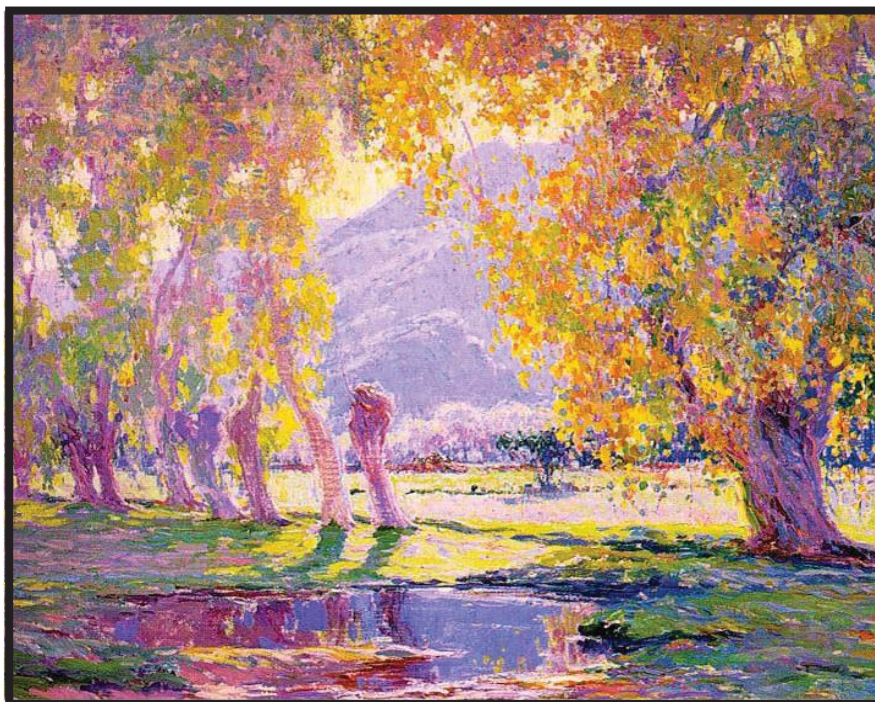


THĒMIS

Revista de Derecho



Antonio Brack Egg • Lorenzo de la Puente Brunke • Manuel Pulgar-Vidal
Daniel A. Farber • James Salzman • Iván Lanegra Quispe • Jorge Caillaux
Roxana Barrantes • Karim Kahatt • Pierre Foy Valencia • José Luis Capella
Patricia Iturregui • Ada Alegre Chang • Lucía Ruiz • Martha Nussbaum
Wesley D. Sherman • Carlos Andaluz Westreicher • Adriana Soto Carreño
Carlos Manuel Rodríguez • Juan Miguel de la Cuétara • Gaspar Ariño Ortiz
Gustavo Lazo Saponara • Alfredo Bullard González • Giorgio Massari Figari
Christian Chávez • Antonio Rodríguez Lobatón • César Delgado-Guembes
Pierino Stucchi López Raygada • Manuel Ruiz Muller • Huáscar Ezcurra



John Frost (estadounidense, 1890-1936)

The Pool at Sundown

THĒMIS

Revista de Derecho



1965 - 2008

Hecho el Depósito Legal: 218-5035
ISSN 1810-9934
Lima, Agosto de 2008.

THEMIS autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y se utilice para fines académicos.

PRESENTACIÓN

El desarrollo urbano es la muestra palpable de nuestra pretensión de victoria frente a la naturaleza. El ser humano se aísla entre concreto y metal, llegando al punto de olvidar el origen mismo de la vida y el ciclo vital de su único hogar, la Tierra. Todo parece fácil cuando las cosas se obtienen de manera tan sencilla como girando una llave o pasando una tarjeta de crédito. Nos confundimos, no obstante, porque no nos damos cuenta de cómo nuestro futuro se tiñe cada vez más del color de la contaminación y la escasez.

Tuvieron que pasar varias décadas para que la naturaleza, a la que ignoramos ingenuamente durante tan largo tiempo, nos sacase en cara los daños que le hemos producido, implorándonos un cambio en nuestra forma de actuar. La Tierra nos dio el ultimátum, y es tiempo de reaccionar. Nosotros, desde el Derecho, como abogados, somos el pilar de una nueva era de desarrollo sostenible, sustentado en normas y obligaciones que a raíz de nuestros debates, llegan a generar conciencia en la población. Nuevo Ministerio, nuevas reformas, nuevos proyectos. No es tan fácil como eso. El cambio climático y la crisis de recursos exigen una profunda reflexión sobre el contenido mismo de nuestras reformas, en tanto ya no hay oportunidad para el ensayo-error.

*Este número de **THEMIS-Revista de Derecho** pretende eso; presentar un análisis crítico de los temas más relevantes del **Derecho Ambiental**, proponiendo soluciones básicas para el mejoramiento de nuestra legislación y la adaptación a lo que las circunstancias nos exigen. La participación de respetados especialistas en la materia refleja la calidad de la edición: James Salzman, Carlos Manuel Rodríguez, Roxana Barrantes, Lorenzo de la Puente, Manuel Pulgar-Vidal, Jorge Caillaux y Antonio Brack son algunos de los tantos nombres que presentamos, y que colaboran no con una descripción, sino con una propuesta: nuestra apuesta por el medio ambiente. Es por ello que nuestro tema central se llama **Derecho Ambiental en el siglo XXI; retos y oportunidades**.*

No somos partidarios del proteccionismo ambiental ciego de los ecologistas radicales, sino seguidores de una gestión de recursos ambientales que permita el desarrollo sostenible sin generar daños al medio ambiente y, a fin de cuentas, a nosotros. Somos conscientes del necesario equilibrio que debe existir entre el ambiente saludable y el respeto de nuestros demás derechos constitucionales como la libertad de empresa o la libertad de contratación.

*Teniendo ello en consideración, dividimos la revista en tres secciones: **Ética y Gestión Ambiental**, para tocar el tema del manejo de los recursos y servicios ambientales; **Retos y Oportunidades**, donde enfrentamos los desafíos más complejos y urgentes de la realidad ambiental peruana y mundial, y **Debate en torno a la regulación ambiental**, cómo no, el punto clave respecto a la visión jurídico-política que deberá seguir nuestro país en pos de un desarrollo sostenible.*

*Por otro lado, no podemos dejar de lado importantes artículos en nuestra sección **Misceláneas**, donde tocamos temas de Teoría General del Derecho, Competencia y Regulación de Telecomunicaciones, entre otros. Además, la sección de **Entrevistas** engloba dos interesantes conversaciones que tuvimos con Gaspar Ariño, Juan Miguel de la Cuétara y, como plato de fondo, Martha Nussbaum. Y para continuar con nuestro infatigable esfuerzo por desarrollar nuestras habilidades como profesionales, Huáscar Ezcurra participa en nuestra sección **Destrezas Legales**.*

Nuestra 56 edición es, entonces, nuestra primera semilla sembrada dentro de un campo de actuales y futuras propuestas. Esperamos, pues, una cosecha rica en conciencia ecológica, respeto ambiental y desarrollo sostenible.

Lima, Agosto de 2008

EL DIRECTOR

THEMIS

Revista de Derecho

Publicación editada por alumnos de la Facultad de
Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

CONSEJO DIRECTIVO

Luis Eduardo Aliaga Blanco (Gestión)
Mayra Bryce Alberti (Financiamiento)
Mario Fernando Drago Alfaro (Contenido)
Pamela Battifora del Pozo (Marketing)
Alvaro Palao Carrera (Actualidad Jurídica)
María Gracia Sáenz González (Proyección Académica)
Aarón Verona Badajoz (Desarrollo Social)

MIEMBROS ACTIVOS

Actualidad Jurídica

Carlos Eduardo Coterá Solano
Viviana Andrea Gálvez Córdova
Miguel Morachimo Rodríguez
Carla Rizo-Patrón Labarthe
José Agustín Valencia-Dongo Medina

Contenido

María Rebeca Barrón Rodríguez
Costanza Borea Rieckhof
María José Higuera Chicot
Monica Nuñez Salas
Nicolás Vassallo Burneo

Desarrollo Social

Andrea Domínguez Noriega
Sebatian Soltau Salazar
Martín Sotero Garzón

Financiamiento

María Lucía Bellido Bertie
Aldo Cáceres Martínez
Oscar Daniel del Valle Salinas

Alessandra Espino Beltrán
Francisco José Miranda Aguilar
Milan Pejnovic Delgado
Mariano Perú Mayandía

Gestión

Milton Daniel Francisco Pimentel
Arabella Gonzáles Netto
Manuel Fabricio Privat Colla
Deborah Woll Castañeda

Marketing

Guillermo Francisco Alarcón Zubiaurr
Sergio Emilio Arellano Gonzales
Andrea Morelli Ferreyros
Stefany Porudominsky Rotstain

Proyección Académica

María Cristina Alva Noriega
Patricio Ato del Avellanal Carrera
Eduardo Loret de Mola Ugarte
Xavier Palao Carrera
Rocío Raquel Yépez Minaya

COMITÉ CONSULTIVO

Jorge Avendaño Valdez
Javier de Belaunde López de Romaña
Carlos Cárdenas Quirós
Robert D. Cooter
Francisco Eguiguren Praeli
Carlos Fernández Sessarego
Baldo Kresalja Rosselló

Elvira Méndez Chang
Juan Monroy Gálvez
Javier Neves Mujica
Richard A. Posner
George L. Priest
Guido Calabresi
Fernando de Trazegnies Granda

THEMIS-Revista de Derecho no comparte necesariamente las opiniones vertidas por los
autores y entrevistados en la presente edición

Asociación Civil **THEMIS**

Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Teléfono: 626-2000 anexo 5391

Correo electrónico: themis@pucp.edu.pe; editor@themisderecho.org

<http://www.themisderecho.org>

TEMA CENTRAL: DERECHO AMBIENTAL EN EL SIGLO XXI; RETOS Y OPORTUNIDADES

ÉTICA Y GESTIÓN AMBIENTAL

<i>Iván Kriss Lanegra Quispe</i> El Derecho Ambiental: conceptos y tareas	7
<i>Jorge Caillaux Zazzali</i> Ética y Derecho ambiental: hacia una alfabetización jurídico-ecológica	23
<i>James Salzman</i> ¿Un campo verde? El pasado y futuro de los servicios ambientales	35
<i>Roxana Barrantes Cáceres</i> La economía de los recursos naturales: escasez, agotamiento, regalía, explotación y otros conceptos sujetos a evaluación moral (o redistribución estatal)	49
<i>Karim Kahatt Navarrete</i> Los modelos de gobernanza ambiental y su impacto en la industria extractiva: una evaluación del modelo cooperativo y las alianzas multi-actores	67
<i>Manuel Pulgar-Vidal Otárola</i> Ministerio del Ambiente: un largo proceso de construcción de la institucionalidad ambiental en el Perú	87

RETOS Y OPORTUNIDADES

<i>José Luis Capella Vargas</i> Enfrentando los desafíos del Derecho para alcanzar el desarrollo a partir de los bosques	101
<i>Manuel Ruiz Muller</i> La biodiversidad como objeto de protección jurídica: los recursos genéticos, la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales	109
<i>Patricia Iturregui Byrne</i> El régimen legal internacional del cambio climático y el Protocolo de Kyoto: balance y perspectivas	127
<i>Ada Alegre Chang</i> Los residuos sólidos nuevamente en la mira	143
<i>Lucía Ruiz Ostoić</i> Apuntes sobre normatividad e institucionalidad para la gestión del recurso hídrico	155
<i>Carlos Andaluz Westreicher, Carlos Manuel Rodríguez Echandi y Adriana Soto Carreño</i> Mesa Redonda: ¿Son las fuentes de energía alternativa la solución al problema climático y energético del mundo?	169

DEBATE EN TORNO A LA REGULACIÓN AMBIENTAL

<i>Entrevista a Antonio Brack Egg</i> "En el país, más que leyes nuevas, se necesita hacer cumplir la ley"	179
<i>Wesley D. Sherman</i> El aspecto económico del control de la legislación ambiental: un estudio sobre por qué limitar las sanciones penales	189
<i>Daniel A. Farber</i> Derecho, desastres y desigualdad	205
<i>Lorenzo de la Puente Brunke</i> La industria y la rigidez actual en la aplicación de los límites máximos permisibles: caben excepciones	219
<i>Pierre Foy Valencia</i> Consideraciones sobre la justicia ambiental en el sistema jurídico peruano	231
<i>Gustavo Lazo Saponara y Giorgio Massari Figari</i> Una mirada a los caminos verdes de la tributación: los "ecotributos"	249

MISCELÁNEAS

<i>Alfredo Bullard González y Christian Chávez Verástegui</i> La carreta delante de los bueyes: el olvido de la competencia en los procesos de selección	259
<i>César Delgado-Guembes</i> El derecho sin coartada. Del diván a la teoría del derecho. Cómo la discusión del <i>film</i> legal define el sentido del fenómeno jurídico	275
<i>Antonio Rodríguez Lobatón</i> ¿Quién le pone el cascabel a Internet? <i>Net neutrality</i> y la regulación del ciberespacio	291
<i>Pierino Stucchi López Raygada</i> El nuevo diseño del control de conductas para la defensa de la libre competencia: apuntes sobre el Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA)	309

ENTREVISTAS

<i>Martha Nussbaum</i> Educación legal: "la única manera de proteger la libertad intelectual de los estudiantes es manifestar respeto por aquellos colegas nuestros que mantienen posiciones muy distintas a las nuestras"	331
<i>Gaspar Ariño Ortiz y Juan Miguel de la Cuétara Martínez</i> "La convicción de que la empresa pública no es la solución se irá extendiendo"	335

DESTREZAS LEGALES

<i>Huáscar Ezcurra Rivero</i> Persuasión y litigio arbitral: ¿cómo aprovechar la prueba testimonial para persuadir a la autoridad arbitral de nuestra verdad?	341

EL DERECHO AMBIENTAL: CONCEPTOS Y TAREAS

Iván Kriss Lanegra Quispe**

El medio ambiente se ha tornado uno de los temas de debate internacional más importantes debido al acelerado y casi irreversible cambio climático que el mundo experimenta.

Por ello, el autor nos presenta un panorama introductorio sobre el Derecho Ambiental, logrando establecer los parámetros sobre los cuales la regulación ambiental debería actuar, y las tareas pendientes que el Perú tiene con respecto al tema.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y egresado de la Maestría en Ciencia Política de la misma universidad. Egresado del Programa de Derecho Ambiental Internacional y Comparado del Instituto de las Naciones Unidas para la Capacitación y la Investigación - UNITAR. Ha trabajado en las unidades ambientales de los Ministerios de Salud, Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, así como en el Consejo Nacional del Ambiente. Gerente de Recursos Naturales y Gestión del Medio Ambiente del Gobierno Regional de Junín. Profesor de Elementos de Ciencia Política en la PUCP y docente del Diploma de Especialización en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la misma universidad.

Hoy el ambiente importa¹, y constituye una preocupación creciente en nuestra sociedad², aunque todavía de menor importancia en comparación a desafíos como la disminución de la pobreza, la reducción del desempleo, el combate contra la delincuencia o la lucha contra la corrupción³. También se ha convertido en un tema ineludible al abordar puntos críticos de la agenda del país, como son el proceso de apertura comercial, la atracción de inversiones para actividades extractivas⁴, o el manejo de los conflictos sociales, de los que casi la mitad están relacionados con problemas ambientales⁵. Y a lo anterior agreguemos la atención alcanzada por el fenómeno del cambio climático global, cuya cobertura mediática ha contribuido al aumento del interés en los problemas ambientales. Es en este contexto que el Derecho Ambiental ha cobrado mayor relevancia en el Perú. Esta situación no debería sorprendernos, pues la historia nacional ha estado ligada a nuestros, aún abundantes, recursos naturales. De su conservación y aprovechamiento inteligente depende nuestro futuro, así como de nuestra capacidad de adecuarnos a los cambios de las condiciones ambientales, tanto a escala internacional, como local. Desde luego, esto implica considerar la estructura de incentivos que genera la significativa participación de las actividades vinculadas con el aprovechamiento de los recursos naturales para nuestra economía, y sus impactos sobre los sistemas político y jurídico.

No obstante lo anterior, y a pesar del importante desarrollo que ha tenido desde mediados del siglo XX, el Derecho Ambiental es una disciplina jurídica

en formación⁶. Por lo tanto, la discusión sobre sus características es aún necesaria. En tal sentido, resulta fundamental comprender las tareas que debe desarrollar, los desafíos que enfrenta y los caminos que se están explorando para darles respuesta. En el presente artículo abordaremos de manera crítica dichos aspectos, enfatizando sus implicancias para el caso peruano.

I. EL DERECHO AMBIENTAL HOY

A. Crisis ambiental y Derecho

El uso de las herramientas legales para enfrentar los problemas ambientales tiene antecedentes muy antiguos⁷. Sin embargo, el Derecho Ambiental contemporáneo está conectado al momento histórico en el cual lo medioambiental se incorpora a la agenda pública de los estados con economías desarrolladas bajo la imagen de una crisis. La comunidad y el sistema científico, los efectos económicos del deterioro ambiental, el movimiento ecologista y alternativo, la reacción social contra la modernización y los desastres ambientales, actuando en los regímenes democráticos de los países industrializados, contribuyeron a la construcción de la imagen de una *crisis ambiental*⁸. Los problemas medioambientales fueron presentados como amenazas significativas para la salud de la población y como un riesgo real para la especie humana en el largo plazo. Desde luego, dicha imagen tiene correlatos objetivos. Como ha recordado el famoso historiador británico Paul Kennedy, en el siglo XX, en comparación con el siglo anterior, se cuadruplicó

¹ En una encuesta realizada en Lima Metropolitana en el mes de mayo de 2007 por el Instituto de Opinión Pública de la Pontificia Universidad Católica, el 88% de los encuestados consideraron que el problema de conservación del medio ambiente es muy importante.

² El número de personas que considera que la situación del medio ambiente de Lima y el Callao está empeorando ha venido creciendo durante los últimos tres años, de 34.1% en el 2005 a 42.3% en el 2007, conforme a la encuesta que realiza anualmente la Universidad de Lima.

³ Encuesta Nacional sobre Corrupción, elaborada por Apoyo Opinión y Mercado en octubre de 2006. Resultados similares aparecen continuamente en las encuestas publicadas en el país.

⁴ Ejemplo de esto representa la incorporación de la temática dentro del Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica, tema que además ha tenido una presencia importante en el Protocolo Adicional acordado con posterioridad para viabilizar la ratificación del acuerdo.

⁵ En lo que va del primer trimestre del año 2008, la Defensoría del Pueblo del Perú ha reportado que los conflictos sociales de origen ambiental representaron el 49% del total en enero y febrero y 48% en el mes de marzo, dentro de un contexto de aumento creciente de los conflictos sociales activos. Reportes de Conflictos Sociales de la Defensoría del Pueblo números 47, 48 y 49. Disponibles en: www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales.php.

⁶ Como ha resaltado Raul Brañes, esto no implica negar la existencia del Derecho Ambiental como especialidad jurídica, sino dejar constancia de que la legislación ambiental se encuentra en una etapa de construcción de sus principios y de sus técnicas. BRAÑES, Raúl. "Manual de derecho ambiental mexicano". México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 2000. p. 47. El mismo especialista, haciendo referencia a la experiencia latinoamericana, afirmó que el Derecho Ambiental, a pesar de sus progresos, aún no ha llegado a ser el instrumento jurídico que requiere una gestión ambiental moderna. BRAÑES, Raúl. "Tres décadas de evolución del derecho ambiental y su aplicación en América Latina". En: Universidad Externado de Colombia. "Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente". Tomo III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2002. pp. 127-128.

⁷ Una apretada síntesis sobre el tratamiento jurídico de las cuestiones ambientales en Roma, la Edad Media y en los inicios de la modernidad, puede encontrarse en Gonzáles Villa, Julio Enrique. "Derecho Ambiental Colombiano". Tomo I. Parte General. Lima: Universidad Externado de Colombia. 2006. pp. 37-51.

⁸ GARRIDO PEÑA, Francisco. "Las ecopolíticas". En: Ballesteros, Jesús y Pérez Adán, José (editores). "Sociedad y medio ambiente". Valladolid: Editorial Trotta. 1997. pp. 304-306.

la población mundial, la economía del mundo se multiplicó por catorce, el consumo energético aumentó dieciséis veces, la expansión industrial alcanzó un factor de 40, las emisiones de dióxido de carbono fueron trece veces superiores, y se consumió nueve veces más agua. Los seres humanos consumimos de 1900 a 1999 (un siglo) diez veces más energía que lo que se consumió del año 900 a 1899 (un milenio)⁹.

Durante las décadas de los sesenta y setenta del siglo XX se formó una opinión pública, al interior de los países arriba mencionados y con el apoyo de una naciente sociedad civil global, favorable a introducir reformas o cambios institucionales en los sistemas políticos y jurídicos, con el fin de enfrentar la crisis develada. Como reacción, las autoridades gubernamentales empezaron a mostrar preocupación por el estado del ambiente y dictaron normas legales orientadas a enfrentar los problemas de contaminación originados por el modelo de desarrollo industrial, estableciendo organizaciones públicas especializadas en el tema. Al mismo tiempo se fue desarrollando un conjunto de acuerdos internacionales sobre la materia, algunos vinculantes y otros no, tanto de carácter bilateral como multilateral. Como resultado de este proceso, muchos países cuentan en la actualidad con un conjunto complejo y vasto de normas orientadas a proteger los elementos que conforman la tierra y sus procesos ecológicos¹⁰.

Este fenómeno se extendió pronto a los países ubicados fuera del mundo industrializado, en especial después de la Cumbre de Estocolmo en 1972, proceso que continuó y se profundizó luego de la Cumbre de la Tierra en 1992. El Perú no ha

estado ajeno a esta tendencia¹¹, siendo los hitos más cercanos en el despliegue de su institucionalidad ambiental la dación del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales en 1990¹², la creación del Consejo Nacional del Ambiente en 1994¹³, la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental del año 2004¹⁴, y la promulgación de la Ley General del Ambiente en el 2005¹⁵. La reciente discusión sobre la creación del Ministerio del Ambiente es parte del mismo proceso¹⁶. A pesar de lo señalado, la efectividad de la institucionalidad existente se ha mostrado muy limitada, en vista que nuestro país sigue teniendo un peor desempeño ambiental en comparación no sólo con los países desarrollados, sino incluso con nuestros pares de América Latina, Asia y África¹⁷.

B. La definición de Derecho Ambiental

Pero, ¿qué caracteriza al Derecho Ambiental contemporáneo? En primer lugar, una concepción *holística* del ambiente. Éste es concebido como un sistema en el cual sus distintos componentes, vivos o no, generan al asociarse algo más que la simple suma de sus partes: las condiciones para la vida de la persona y para la conservación de los ecosistemas¹⁸. En segundo lugar, se presupone una relación causal entre la acción humana y los problemas ambientales, lo cual sirve de base para la asignación de obligaciones y responsabilidades jurídicas. El problema medioambiental no es (por lo menos no totalmente) fruto del azar o de fuerzas incontrolables de la naturaleza, sino es un efecto (deseado o no) de las actividades del hombre. Por ello, es posible regularlo (al menos en parte). En consecuencia, el Derecho Ambiental

⁹ MCNEILL, John R. "Algo nuevo bajo el sol. Historia Medioambiental del Mundo en el Siglo XX". Madrid: Alianza Editorial. 2003. pp. 15-16.

¹⁰ SHELTON, Dinah y Alexander KISS. "Judicial Handbook on Environmental Law". Nairobi. UNEP. 2005. p. 3.

¹¹ Para una mirada panorámica del desarrollo legislativo ambiental en el Perú ver: ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. "Manual de Derecho Ambiental". Lima: PROTERRA. 2006; y PULGAR-VIDAL, Manuel e Isabel CALLE. "Manual de Legislación Ambiental". Lima: SPDA. 2003.

¹² Decreto Legislativo 613.

¹³ Ley 26410, modificada por la Ley 28245.

¹⁴ Ley 28245, modificada por la Ley 29050.

¹⁵ Ley 28611.

¹⁶ La creación de la nueva entidad fue anunciada por el Presidente de la República el 20 de diciembre de 2007.

¹⁷ De acuerdo con el Banco Mundial, el costo del deterioro ambiental es equivalente a aproximadamente el 3.9% del PBI del país. Banco Mundial. "Análisis Ambiental del Perú: Retos para un desarrollo sostenible". Resumen Ejecutivo. Lima: Banco Mundial. 2007. pp. 8,13.

¹⁸ Esa es la orientación, por ejemplo, adoptada por el legislador en la redacción del artículo 2, numeral 3 de la Ley General del Ambiente, en donde se señala que el ambiente "... comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros". Raúl Brañes ha caracterizado a las normas que tienen esta orientación como "propriadamente ambientales". Etapas previas de esta evolución son las normas de "relevancia ambiental casual", entendidas como aquellas derivadas del período del desarrollo del capitalismo, que no tuvieron en lo ambiental tema de preocupación, pero que tuvieron efectos innegables sobre el ambiente. Otra etapa, más reciente, está vinculada con la transformación del Estado Liberal en el Estado de Bienestar, un modelo que amplió el campo de intervención estatal, incluyendo aquí la protección separada de cada uno de los elementos del ambiente, como el aire, el agua, los bosques, etc. A esta legislación la denomina Brañes "sectorial de relevancia ambiental". BRAÑES, Raúl. Op. Cit. "Manual de derecho ambiental mexicano". pp. 38-45.

estudia la regulación jurídica de las acciones y relaciones humanas que impactan sobre las condiciones ambientales que en conjunto son consideradas necesarias para la buena vida de la sociedad y para la protección de las personas, así como para el buen funcionamiento de los ecosistemas¹⁹.

Esto genera no sólo una necesidad de normas eficaces y eficientes para alcanzar las metas de la regulación ambiental, también nos lleva a discutir la manera como se distribuyen los riesgos de la sociedad moderna²⁰. En ella "... la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por lo tanto, los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de carencia son sustituidos por problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica"²¹. Sin embargo, en sociedades como la peruana, podemos encontrar ambas cuestiones operando simultáneamente. Por otra parte, el conocimiento y la percepción sobre la naturaleza de dichos riesgos y los medios para enfrentarlos han ido desde luego variando²², pero, en general, se asume que existen ciertas *condiciones ambientales mínimas* que deben protegerse en tanto hacen posible el desarrollo pleno de la persona humana, por lo que, en palabras de Amartya Sen, no reducen significativamente las posibles *trayectorias de desarrollo personal*, permitiendo la expansión de las libertades reales de las que gozan los seres humanos²³. Desde luego, no está exenta de debate

la definición, al menos provisional, de dichas condiciones mínimas y de los mejores medios para alcanzarlas. Lo que puede estar en cuestión son las fuentes o causas de los riesgos ambientales o los efectos o impactos que generan o podrían generar. En ocasiones, la ausencia de conocimiento científico completo nos lleva a actuar en un marco de incertidumbre inevitable²⁴.

Los resultados de estas operaciones, determinación de las condiciones ambientales esperadas, la identificación de los riesgos y la definición de los mejores medios para enfrentarlos son traducidos a instituciones jurídicas, derivando en un sistema de asignación legal de los bienes ambientales, así como de los costos de las cargas y riesgos medioambientales entre los distintos actores de la sociedad, generando a su vez obligaciones y responsabilidades específicas, cuya concreción, sin embargo, no depende totalmente de la legislación ambiental, sino de la institucionalidad política y jurídica como un todo. La finalidad última del sistema jurídico, en su dimensión ambiental, es la de asegurar el mantenimiento de las condiciones ambientales mínimas, o dicho en términos jurídicos, asegurar la posibilidad efectiva del goce del derecho a un ambiente adecuado.

Esta perspectiva implica que el Derecho Ambiental debe resolver tanto problemas de justicia²⁵ como de eficiencia. Lo primero está vinculado a criterios éticos y políticos para asignar las cargas y riesgos. Lo segundo está ligado a criterios técnicos y de

¹⁹ Para una revisión de las principales definiciones de Derecho Ambiental en la literatura jurídica actual revisar CAFFERATTA, Néstor. "Introducción al Derecho Ambiental". México D.F.: INE-SEMARNAT. 2004. pp. 17-26.

²⁰ De acuerdo con Niklas Luhmann, el riesgo alude a la existencia de posibles daños futuros que en el presente tienen el carácter de inseguros o más o menos improbables, y que son consecuencia de la actuación u omisión humana, es decir, que están vinculadas con la toma de decisión. De esta manera se lo diferencia de los peligros, que teniendo similares características, su origen es atribuido al entorno. Es decir, la voluntad humana no está involucrada en su origen, lo cual también lleva a la noción de responsabilidad. LÓPEZ CEREZO, José A. y José Luis LUJÁN. "Ciencia y Política del Riesgo". Madrid: Alianza Editorial. 2000. pp. 22-24. La importancia de los riesgos para la comprensión de la sociedad contemporánea ha sido destacada especialmente por Ulrich Beck. Ver, por ejemplo: BECK, Ulrich. "La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad". Barcelona: Paidós. 1998; "Políticas Ecológicas en la Edad del Riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada". Barcelona: El Roure Editorial. 1998; "La invención de lo político. Para una teoría de la modernización reflexiva". Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. 1998; "La sociedad del riesgo global". Madrid: Siglo XXI. 2002.

²¹ BECK, Ulrich. "La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad". Op. Cit. p. 26.

²² El análisis de los riesgos ha desarrollado técnicas destinadas a evaluar cuantitativamente sus alcances, comparar distintos escenarios de riesgo, gestionarlos y comunicarlos. Instituto Nacional de Ecología. "Introducción al análisis de riesgos ambientales". México D.F.: INE-SEMARNAT. 2003. pp. 15-20.

²³ SEN, Amartya. "Desarrollo y libertad". Bogotá: Editorial Planeta. 2001. pp. 19-20.

²⁴ Mientras que en situaciones de riesgo no sabemos que va a pasar aunque sí podemos calcular la probabilidad de que se produzca un determinado efecto, en las situaciones de incertidumbre sabemos que ciertos escenarios pueden presentarse, pero sin conocer la probabilidad de que ello ocurra. Esto debe distinguirse a su vez de la ignorancia, situación en la que ni siquiera podemos plantearnos escenarios probables, y de la indeterminación, en la cual la conexión de los hechos y sus vínculos de causalidad, es decir sus hipótesis explicativas, están dentro del campo de lo incierto. LÓPEZ CEREZO, José A. y José Luis LUJÁN. Op. Cit. pp. 100-101.

²⁵ Por justicia (social) entendemos el modo en el cual los bienes (ventajas) y males (cargas) debieran ser distribuidos entre los miembros de una sociedad humana. MILLER, David. "Principles of Social Justice". Londres: Harvard University Press. 2003. p. 1. En este marco, es el modelo de la justicia distributiva el más comprensivo. Sin embargo, algunos autores proponen ir más allá, y revisar los modelos tradicionales de justicia para incorporar las especificidades de lo "ecológico" o "ambiental". VICENTE JIMÉNEZ, Teresa. "El nuevo paradigma de la justicia ecológica". En: Vicente Giménez, Teresa (coordinadora) "Justicia ecológica y protección del medio ambiente". Madrid: Editorial Trotta. 2002. pp. 59-67.

costo-beneficio al momento de optar por distintas opciones e instrumentos de política y derecho. Desde luego, ambos procesos se presentan interrelacionados. No obstante, el primero alcanza mayor intensidad al momento de definir tanto el contenido del derecho a un ambiente adecuado como los objetivos de la política ambiental. Lo segundo se hace más intenso respecto de la selección de los instrumentos y su aplicación. Y atravesando todo el proceso, el Derecho Ambiental aparece interrelacionado fuertemente con el conocimiento científico, que le brinda la base para muchas de las decisiones críticas que deben tomarse, sin dejar de reconocer las limitaciones del conocimiento ambiental ya indicadas.

Los problemas de justicia son también centrales al momento de priorizar las políticas. Se debe enfrentar restricciones al momento de decidir qué problemas atender primero, y desde luego, deberíamos enfocarnos en aquellos que afectan aquello que valoramos más, por ejemplo los riesgos ambientales que reducen significativamente la expectativa de vida, o que causan más muertes en comparación con otros factores. Finalmente, no debe dejarse de lado la cuestión de la Justicia Ambiental Intergeneracional. No se trata sólo de pensar en las consecuencias para las generaciones actuales, también se debe considerar, con todas las dificultades de pensar y decidir sobre un futuro desconocido, a las generaciones aún por venir²⁶. Es aquí donde se plantea con más claridad el problema de los límites del crecimiento, originado en el carácter finito de los de la Tierra,

otro de los aspectos destacados en el desarrollo del Derecho Ambiental²⁷.

El entender esta especialidad legal como un problema complejo de justicia y eficiencia, hace más sencillo explicar la interrelación con las distintas especialidades dentro del Derecho y su carácter transversal en relación a otras áreas del quehacer científico. Esto sucede, con relación al primer punto, porque instituciones jurídicas fundamentales, como la *propiedad* (y los *derechos reales*), los *contratos*, la *responsabilidad* o los *derechos humanos*, son necesarias para precisar el contenido del derecho al ambiente adecuado y el sistema de distribución de bienes, cargas y riesgos. Del mismo modo, respecto al segundo punto, la necesidad de atender los problemas éticos, políticos, técnicos y económicos mencionados, lleva a acudir a las disciplinas distintas a la jurídica, que se han abocado al estudio detallado de dichas cuestiones, como son la filosofía, la ética, las ciencias sociales, las ciencias naturales, entre otras.

Otra dimensión a considerar deriva de las consecuencias que tiene el proceso de globalización para el Derecho Ambiental. El carácter asimétrico de la globalización, no sólo en sus aspectos económicos, y la presión que puede generar sobre los recursos ambientales de los países, en especial en aquellos que dependen en gran medida de sus recursos naturales para su sostenimiento, son aspectos que no pueden soslayarse al momento de diseñar reglas de Justicia Ambiental Global²⁸.

²⁶ Al respecto, el principio de sostenibilidad recogido en el artículo V del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente establece que la gestión ambiental y el ejercicio y la protección de los derechos ambientales "... se sustentan en la integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo nacional, así como en la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones". Frente a este problema Teresa Vicente nos plantea, citando a Visser't Hooft, que los seres humanos pertenecemos a una "empresa colectiva de continuación" de la especie humana, frente a la cual el mantenimiento de nuestra estructura básica de supervivencia obliga a no considerar sólo los intereses individuales y colectivos existentes, sino también la continuidad, expresada en las futuras generaciones, de mantener dicha estructura básica. VICENTE GIMÉNEZ, Teresa. "Orden Ambiental – Orden Jurídico, Interdependencia, Participación y Condicionabilidad". En: Vicente Giménez, Teresa (coordinadora). Op. Cit. pp. 53-54. Nos encontramos frente a un interés supraindividual y supracoleectivo, que comprende a la especie humana entera.

²⁷ Uno de los libros más famosos al respecto es el informe encargado por el MIT al Club de Roma, un grupo de científicos formado en 1968, publicado en 1972. Ahí se señalaba que de mantener las tendencias (presentes a inicios de los setenta del siglo pasado) en materia de crecimiento de la población mundial, industrialización, contaminación ambiental, producción de alimentos y de agotamiento de los recursos naturales, se llevaría a que el planeta alcanzara los límites de su crecimiento en el curso de los siguientes cien años. MEADOWS, Donella H.; MEADOWS, Dennis L.; y Jorgen RANDERS. "Los límites del crecimiento Informe al Club de Roma sobre el predicamento de la humanidad". México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1975. El Informe fue objeto de intenso debate y críticas, que han buscado introducir variables como el cambio tecnológico como forma de superar los límites físicos del planeta, aunque terminan por simplemente postergar el punto en el cual el crecimiento se hace insostenible, sin descartar la existencia del límite. RODRÍGUEZ TAPIA, Lilia y Daniel RUIZ SANDOVAL VALVERDE. "El concepto de capital natural en los modelos de crecimiento exógeno". En: Análisis Económico, segundo semestre. Año/volumen XVI. Número 033. México D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana – Azcapotzalco. pp. 120-127.

²⁸ Como ha señalado Raul Brañes, "los Estados deberán eliminar gradualmente las asimetrías ambientales existentes y prepararse para sumarse a un orden jurídico ambiental de alcances planetarios. Nada más erróneo que pretender 'ventajas' ambientales mediante una legislación nacional laxa o de aplicación laxa, como puede haber sucedido en algunos países donde se han suprimido exigencias ambientales habituales en otros países. En un mundo moderno, los 'paraísos' ambientales funcionan cada vez menos". BRAÑES, Raúl. "La Legislación Ambiental Latinoamericana en el Contexto de la Globalización Económica". En: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. "Foro 10 años del Código del Medio Ambiente. Oportunidades en el contexto de la globalización económica". Lima: SPDA. 2001.

La necesidad de criterios orientadores que sirvan para responder a todas las cuestiones expuestas ha llevado a generar principios para el Derecho Ambiental, lo que a su vez ha contribuido a afirmar su especificidad como área del quehacer jurídico. También a este nivel es posible identificar un conjunto de *lineamientos de política* que pueden orientar las decisiones arriba señaladas, así como las áreas de intervención pública y la selección apropiada de los instrumentos de política²⁹. Aunque el término “principio” tiene múltiples acepciones jurídicas, puede ser definido como concepción o convicción general que inspira el ordenamiento jurídico, facilitando al juez la toma de decisión cuando no hay norma aplicable al caso concreto, orientando la interpretación y aplicación de las normas legales, siendo al mismo tiempo el fundamento doctrinal de la propia norma positiva³⁰. Las funciones de orientación de la interpretación e integración de las normas ambientales son recogidas en la Ley General del Ambiente. Dichos principios constituyen la propia base doctrinaria de dicha Ley.

Los lineamientos de política tienen en cambio otras características y funciones. Constituyen un verdadero programa de gestión pública, definiendo las prioridades que el propio Estado debe considerar. Sin embargo, su formulación general permite que sean usados de forma complementaria para resolver los problemas de interpretación e integración normativa a que refiere el artículo 7 de la Ley General del Ambiente. Por dicha razón, también deben ser desarrollados con detalle a fin de generar un verdadero programa de gobierno que entre a los detalles de la gestión pública ambiental.

Pasando revista a los principales principios reconocidos ampliamente en la literatura y en la legislación, vemos que el principio de *prevención* propone la prioridad jerárquica que tiene el evitar los daños ambientales frente a su reparación. El

principio de *precaución* atiende las situaciones de riesgo, incertidumbre e ignorancia. Los principios de *internalización de costos* y de *responsabilidad ambiental* buscan asignar las cargas y riesgos en aquellos que los generan. El principio de *equidad* se orienta a abordar los problemas de justicia ambiental, mientras que el de *sostenibilidad* considera las preocupaciones intergeneracionales. El principio de *gobernanza ambiental* responde a la necesidad de una traducción institucional democrática de las demandas ambientales. Y en el ámbito internacional, el principio de *la (necesaria) cooperación internacional* responde al carácter transfronterizo de los problemas ambientales, mientras que el principio de *responsabilidades comunes pero diferenciadas* responde a las asimetrías existentes entre los países³¹.

Cabe hacer una breve mención al tema de las fuentes del Derecho Ambiental. Mientras las fuentes materiales son los componentes de la crisis ambiental, las fuentes formales son en principio las mismas que corresponden al Derecho en general³². No obstante, la evolución del Derecho Ambiental en el Perú ha tenido en la legislación la fuente largamente más importante. El otro aspecto a considerar es el carácter de norma de orden público, contra la cual no se puede pactar.

C. El ámbito del Derecho Ambiental

¿Cuál es el ámbito temático del Derecho Ambiental? La mayoría de definiciones se ubican en dos grandes perspectivas. Una centra su atención en los problemas de contaminación ambiental y en el deterioro de las condiciones del medio, así como, de forma derivada de los puntos anteriores, del tratamiento jurídico del daño ambiental. Desde otra perspectiva, se ha identificado al Derecho Ambiental con la conservación de los recursos naturales, de tal forma que se asegure el aprovechamiento sosten-

²⁹ Un ejemplo de dichos lineamientos es el contenido del artículo 11 de la Ley General del Ambiente.

³⁰ ROJAS QUIÑÓNEZ, Claudia María. “Evolución de las características y de los principios del derecho internacional ambiental y su aplicación en Colombia”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004. pp. 133-135.

³¹ Todos estos principios han sido recogidos en la Ley General del Ambiente, tanto en su Título Preliminar como en su artículo 12, incisos f y h. Para una revisión detallada de los distintos intentos de definir los principios del derecho ambiental revisar: CAFFERATTA, Néstor. Op. Cit. pp. 26-44. Sin embargo, algunos de los principios que desarrolla dicho autor con detalle resultarían comunes al derecho, como es el denominado principio de congruencia (de la legislación ambiental en todos sus niveles), o los principios de subsidiariedad (del Estado frente a las acciones de los particulares), y de solidaridad (de las responsabilidades de los distintos niveles de gobierno) que constituyen principios típicos de organización del Estado en todas sus áreas. Por otro lado, la gradualidad no constituiría propiamente un principio del Derecho Ambiental, pues no toda política o legislación debe ser gradual y, en segundo lugar, porque resulta ser un recurso habitual en muchas áreas, en donde se plantean avances por etapas en el logro de los objetivos planteados, dando un tiempo apropiado para el cumplimiento de las nuevas normas y para la consecución de los objetivos de política por parte de los particulares y del propio Estado.

³² FOY, Pierre. “En busca del Derecho Ambiental”. En: Foy, Pierre (editor). “Derecho y Ambiente. Aproximaciones y estimativas”. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 1997. p. 91.

nible de los mismos y no se vulnere la calidad ambiental. Se habla por lo tanto de protección ambiental y conservación de los recursos naturales.

Aunque es posible diferenciar ambas perspectivas o enfoques, ellas se encuentran estrechamente entrelazadas. Lo que se requiere es asegurar que el ambiente en el cual se desarrolla la vida humana reúna las condiciones para proteger la salud de las personas y la propia viabilidad de los ecosistemas en el mediano y largo plazo. En consonancia con lo expuesto, la Ley General del Ambiente recoge en primer lugar la perspectiva de la protección ambiental, para luego, a renglón seguido, vincular dicha tarea con el aprovechamiento de los recursos naturales³³.

En consecuencia, desde el enfoque de la protección ambiental se puede considerar la regulación jurídica de la calidad del aire, agua y el suelo; la exposición a las energías (ruido, radiaciones); la regulación de los residuos (en especial los tóxicos y los peligrosos), y la gestión de situaciones de emergencia ambiental. También se puede incluir los impactos sobre el ambiente global, como las emisiones de gases de efecto invernadero que contribuyen al cambio climático, el uso de sustancias agotadoras de la capa de ozono, la regulación del transporte transfronterizo de sustancias y residuos peligrosos, las restricciones al uso de contaminantes orgánicos persistentes, o la definición de reglas de responsabilidad por los daños ambientales transfronterizos³⁴.

Por su parte, mirando el lado de los recursos naturales, encontramos, entre otros aspectos, la conservación de la biodiversidad, la protección de las especies vulnerables, la puesta en valor de los servicios ambientales, la protección de espacios naturales (incluyendo bienes globales como el mar internacional, la Antártida y el espacio exterior) y del paisaje.

Desde luego, esta división conceptual no puede llevarnos a pretender poner límites estrictos entre ambas áreas pues, como hemos indicado, ambas son simplemente miradas que se realizan desde distintos puntos a un mismo problema. Incluso, aspectos como la relación entre las comunidades nativas y campesinas y la política ambiental no

pueden plantearse sin considerar la protección ambiental y la conservación de los recursos naturales como un todo indisoluble.

II. DERECHOS AMBIENTALES, INTERVENCIÓN ESTATAL E INSTRUMENTOS LEGALES

A. Las tareas del Derecho Ambiental

A partir de la definición de los objetivos, principios y ámbito del Derecho Ambiental podemos discutir las tareas centrales que tiene a su cargo, tanto en su dimensión nacional como en la internacional. Podemos organizar dichas acciones en tres grandes áreas. Estas son:

1. *Consagrar y definir el contenido jurídico del derecho a un ambiente adecuado para vivir.* Esta primera tarea consistiría en incorporar el derecho de las personas a gozar de un ambiente sano, saludable o adecuado en las constituciones políticas, Tratados o en otros instrumentos jurídicos de la más alta jerarquía. Además, implicaría darle contenido a dicho derecho, es decir, definir qué es exactamente el "ambiente saludable" al cual tenemos derecho.
2. *Definir las acciones o relaciones humanas que son consideradas como generadoras de impactos negativos significativos sobre el derecho a un ambiente adecuado y que requieren de la regulación legal del Estado.* La segunda tarea se orientaría a identificar las acciones o relaciones que serán objeto de regulación legal, dado que su presencia o ausencia pueden generar riesgos relevantes al goce del derecho al ambiente adecuado y tienen el potencial de generar problemas que no pueden ser resueltos sin la intervención legal del Estado.
3. *Desarrollar y aplicar con eficacia los instrumentos legales que permitirán garantizar el goce efectivo del derecho al ambiente adecuado.* Esta tercera tarea se avocaría a instituir y desarrollar los instrumentos jurídicos que permitirán alcanzar los objetivos de desempeño ambiental establecidos, incluyendo la creación de organizaciones públicas especializadas en el área, la definición de obligaciones específicas a cargo de los parti-

³³ Artículo 2, numeral 2 de la Ley General del Ambiente. De acuerdo con la misma norma, los regímenes de otorgamiento de derechos de dichos recursos son regulados por leyes especiales.

³⁴ Para una revisión detallada de los Tratados con contenido ambiental suscritos por el Perú ver: FOY, Pierre; NOVAK, Fabián; VERA, Germán y Sandra NAMIHAS. "Derecho Internacional Ambiental". Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 2003.

culares y del Estado, y la determinación de sanciones jurídicas frente a las acciones u omisiones a aquellas obligaciones que los distintos actores (públicos y privados) tomen. Esta última tarea implicaría además generar los mecanismos legales que permitan asegurar el goce del derecho al ambiente sano, incluyendo los mecanismos judiciales de protección de derechos. Naturalmente, aquí también se encuentra incluido el desarrollo y aplicación de los instrumentos de gestión ambiental.

Aunque la formulación de estos tres campos presenta un orden lógico, el despliegue jurídico de los mismos puede presentar otras secuencias de desarrollo y un carácter dinámico que lleva a una revisión permanente de las definiciones alcanzadas en cada una de dichas tareas.

A continuación analizaremos cada uno de estos puntos y expondremos los principales retos que se enfrentan actualmente al momento de abordarlos.

B. El derecho al ambiente y su contenido

En la actualidad, el reconocimiento formal del derecho a un ambiente adecuado, en sus distintas formulaciones, ha dejado de ser una tarea pendiente. No obstante, la discusión sobre su contenido sigue estando presente, y es muy probable que ello continúe siendo así, en tanto siga también evolucionando nuestro conocimiento y relación con el ambiente, aspectos consustanciales a la historia humana.

La consagración casi universal del derecho a un ambiente sano o adecuado donde vivir ha sido fruto de un proceso incorporación progresiva tanto en los ordenamientos nacionales como en diferentes instrumentos internacionales³⁵. La

construcción del nuevo derecho humano ha partido de una visión *antropocéntrica*, aunque débil, que pone a la persona en el centro de las preocupaciones, convirtiendo al ambiente en un *objeto de protección*.

Dentro de esta tendencia, la inclusión del derecho en cuestión en la Constitución Política del Perú de 1979 marcó el inicio de su reconocimiento formal en nuestro sistema jurídico³⁶. La Constitución de 1993 reafirmó el reconocimiento del nuevo derecho, señalando que “toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”³⁷. La Ley General del Ambiente no ha hecho sino desarrollar esta disposición constitucional al reconocer que “toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida”³⁸, formulación que agrega algunos elementos a la utilizada en la constitución. El primer agregado lo conforma el carácter irrenunciable del derecho. Esta característica se deriva de su naturaleza *supraindividual*. El ambiente es un bien que pertenece a la especie humana, no a los individuos particulares que viven hoy. Por lo tanto, la renuncia al mismo está lógicamente descartada, en tanto uno no puede renunciar a lo que no le pertenece. El segundo aspecto hace referencia al adjetivo saludable. Sin duda, esta posición reafirma la especial relevancia que tiene el ser humano en la definición del contenido del derecho. La salud humana se convierte entonces en el primer criterio a considerar al momento de diseñar y aplicar la política y el derecho ambiental. Finalmente, la referencia al pleno desarrollo de la vida, no apunta a una visión biocéntrica³⁹ del Derecho Ambiental, sino a la necesidad de considerar a la vida en general como objeto (y no sujeto) de protección. No obstante, no escapamos de una visión antropocéntrica, aunque débil, pues seguimos en el marco de los derechos de la persona humana. El Perú es, adicio-

³⁵ Entre los más importantes hitos en el ámbito internacional, podemos mencionar la Declaración de Estocolmo de 1972, en donde se señaló que “el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar”; la Resolución 45/94 de 1990 de la Asamblea General sobre la necesidad de asegurar un ambiente sano para el bienestar de las personas; el Principio 1 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992, en donde se declara que “[l]os seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”; la Declaración de Bizkaia sobre el Derecho Humano al Medio Ambiente de 1999, en donde se afirmó que “toda persona, tanto a título individual como en asociación con otras, tiene el derecho a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. El derecho al ambiente es uno que puede ejercerse ante los poderes públicos y entidades privadas, sea cual sea su estatuto jurídico en virtud del Derecho nacional e internacional. El derecho al ambiente se ha de ejercer de forma compatible con los demás derechos humanos, incluido el derecho al desarrollo”.

³⁶ El derecho fue recogido en el artículo 123, fuera del listado de derechos al inicio de la Constitución de 1979, de la siguiente manera: Todos tienen el derecho de habitar en un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza.

³⁷ Artículo 2, numeral 22 de la Constitución Política del Perú de 1993.

³⁸ Artículo 1 del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente.

³⁹ BELLVER CAPELLA, Vicente. “Las Ecofilosofías”. En: Ballesteros, Jesús y José Pérez Adán. “Sociedad y medio ambiente”. Valladolid: Editorial Trotta. 1997. pp. 257-258.

nalmente, parte de tratados de Derechos Humanos que han consolidado el alto reconocimiento otorgado por nuestro ordenamiento legal al derecho a un ambiente adecuado⁴⁰.

No obstante lo expuesto, el debate prosigue respecto a la respuesta a la pregunta ¿qué es un ambiente adecuado o saludable?, o formulado de otra manera ¿qué características tiene un ambiente adecuado? Los ordenamientos jurídicos deben por lo tanto avanzar en definir el contenido del derecho y precisar cuál es, en concreto, el objeto de protección. Las vías para tal proceso son básicamente la legislación y la jurisprudencia⁴¹. En el primer caso, el principal instrumento legal para tal fin es el Estándar de Calidad Ambiental, es decir, la norma que fija los niveles de presencia de elementos contaminantes en el ambiente (agua, aire, suelo, etcétera) que no ponen en riesgo la salud de las personas ni el adecuado funcionamiento de los ecosistemas⁴². También deben considerarse las normas que definen que ciertos componentes son necesarios para la buena salud del ambiente, aunque en ocasiones la formulación mantiene un nivel de generalidad bastante apreciable. Es precisamente por dicha causa que entra a tallar el papel de los jueces, quienes con sus decisiones frente a casos particulares, contribuyen a delinear los contornos de un derecho de la complejidad del que estamos analizando.

Por otra parte, del derecho a gozar del ambiente adecuado se deriva lógicamente el derecho a que dicho ambiente se preserve, (dentro de las condiciones adecuadas), lo cual a su vez genera obligaciones públicas y también particulares (éstos últimos desarrollan actividades que impactan en el ambiente). De ahí se hace necesaria la existencia

de derechos que permitan su defensa frente a afectaciones de los dos derechos anteriores. Estos son los derechos de acceso a la información, la participación y a la justicia ambiental. Por el primero se busca resolver, al menos en parte, los problemas de la asimetría de información descrito líneas arriba. La participación está vinculada al reconocimiento del carácter político del proceso de definición del contenido del derecho al ambiente, e incluso de la definición de los mecanismos para hacerlo eficaz. El acceso a la justicia ambiental, implica que la ciudadanía, ante afectaciones a su derecho a un ambiente adecuado, podrá acudir a medios de defensa eficaces y oportunos⁴³. Por último, el citado derecho lleva implícito un correlato en forma de deber a cargo de la propia ciudadanía, el cual no puede ser dejado de lado⁴⁴.

Con estos elementos, es posible definir los objetivos sustantivos de la política ambiental, es decir, las metas de desempeño ambiental. Es en esta etapa en que se introduce la variable temporal. La calidad ambiental es un bien que en ocasiones requiere, por las dificultades técnicas o socioeconómicas de su provisión, de plazos para ser alcanzado.

C. La identificación de los sectores a regular y el papel del Estado

¿Cuándo un área de la actividad humana pasa a ser materia de regulación jurídica con fines ambientales? Aunque pueda parecer evidente, la respuesta a esta pregunta presupone conciencia sobre los riesgos de ciertas actividades. Desde luego, el conocimiento sobre aquéllos y la percepción de los mismos están sometidos a límites objetivos y subjetivos.

⁴⁰ Por el ejemplo el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado mediante el Decreto Ley 22129, complementada por la Observación General 14 del año 2000, que reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, siendo una de las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, el mejoramiento en todos sus aspectos ambientales. Dichas mejoras entrañan en particular, la prevención y reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas tales como radiaciones y sustancias químicas nocivas u otros factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente a la salud de los seres humanos. También debe citarse el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", que en su artículo 11 reconoce que toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. Este tratado ordena a los Estados Parte, la promoción, preservación y mejoramiento ambiental. El Gobierno Nacional deberá promover la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

⁴¹ Las fuentes consuetudinarias pueden también ser relevantes, en especial frente a la definición del derecho al ambiente adecuado en el contexto de las comunidades campesinas y nativas. No obstante, carece de la vocación de universalidad de la legislación y la jurisprudencia.

⁴² Artículo 31 de la Ley General del Ambiente.

⁴³ Estos derechos han sido desarrollados en el Principio 10 de la Declaración de Río. También están desarrollados en los artículos II, III y IV del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente. Son denominados por algunos autores como derechos ambientales accesorios o adjetivos, con relación al derecho principal o sustantivo que es el derecho al ambiente adecuado.

⁴⁴ En la segunda parte del artículo I del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente se establece "(...) el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país".

Como ha señalado Cass Sunstein: "cuando la gente carece de información acerca de la probabilidad de daño real, tiende a recurrir a lo que los psicólogos llaman la heurística de disponibilidad". Las personas responden a la cuestión de la estimación de la probabilidad buscando ejemplos que les vengan a la mente con facilidad. Si son capaces de encontrarlos entonces ya no investigan la realidad. Así, el recuerdo vivo de un hecho estadísticamente infrecuente genera una sobrestimación de los riesgos originados por dicho hecho. Lo mismo sucede al revés, un hecho no disponible en la mente, pero estadísticamente importante, es ignorado o subestimado. Y cuando la gente tiende a centrarse en la peor situación para ellos imaginable y no piensa en absoluto acerca de las cuestiones de probabilidad, aparece el fenómeno del *descuido de la probabilidad*. Algo es visto como tan malo que la simple posibilidad de su ocurrencia me ciega ante la probabilidad de que ello efectivamente suceda. Como vivimos en un mundo con múltiples y diversos riesgos, y al mismo tiempo carecemos de información sobre todos ellos y de sus interacciones con otros riesgos, tendemos a utilizar estos mecanismos, a pesar de que pueden llevarnos a grandes errores. Cuando los medios les dan especial cobertura a ciertos riesgos, haciéndolos fuertemente disponibles, o enfatizando el carácter negativo de sus resultados, se puede generar una fuerte demanda de regulación estatal de un riesgo que puede guardar poca correspondencia con la realidad. Si los funcionarios públicos son sensibles a estas presiones y no se cuenta con los mecanismos institucionales que obliguen a una evaluación adecuada de los riesgos, es muy probable que el Estado gaste nuestro dinero y tiempo en precauciones sin sentido o, peor aún, incremente otros riesgos más importantes. Por lo tanto, es necesario evaluar los riesgos antes de tomar acciones para regularlos⁴⁵.

Una herramienta útil para lo anterior es el análisis costo-beneficio (de ahora en adelante, "ACB"). Desde luego, esta vía no carece de problemas. Aún en el caso de contar con la información nece-

saria, la necesidad de reducir a un solo factor la valoración de los distintos riesgos es un problema. Martínez Alíer y Roca Jusmet han distinguido, sobre la base de una propuesta de John O'Neill, entre la comparabilidad, es decir el poder elegir racionalmente entre una opción y otra, y la conmensurabilidad, que implica poder afirmar que una opción es más valiosa que otra. Lo segundo no puede realizarse porque las sociedades operan con una multiplicidad de valores. Por ello, si pregunto ¿es X más valioso que Y? la repregunta puede ser ¿respecto a qué punto de referencia?⁴⁶ Por lo tanto, si las evaluaciones que realizan los actores están separadas por distintas valoraciones, e inclusive por distintas perspectivas culturales, entonces la opción elegida tendrá que, o reflejar la posición de uno de los grupos, o llevar las cosas a una suerte de transacción imperfecta, resultados que podrían llevarnos a cuestionar severamente la legitimidad del proceso. Debemos agregar que la mayoría de los bienes ambientales carecen de mercados que les asignen precios, y que enfrentan un alto grado de incertidumbre sobre los acontecimientos futuros, razón por la cual la valoración es harto complicada. Adicionalmente, en países como el nuestro, la ausencia de información confiable hace aún más dificultoso avanzar en dicho análisis⁴⁷.

Por dicha razón, el ACB debe ser considerado como una ayuda para la toma de decisiones y no una herramienta para intentar reemplazarla⁴⁸. De esta manera se evitan "estocadas en la oscuridad" y se generan las condiciones para una deliberación democrática, responsable y reflexiva⁴⁹. Estamos ante un proceso político, apoyado por la técnica.

Ahora, una vez identificados los riesgos relevantes, queda la tarea de determinar si su regulación estatal es o no necesaria. La intervención del Estado suele justificarse en las limitaciones que enfrentan los mercados y los arreglos sociales para enfrentar los problemas ambientales. En este campo se presenta una discrepancia entre los intereses privados y el interés público o, en un modo más restringido, entre los costos privados y

⁴⁵ SUNSTEIN, Cass R. "Riesgo y razón. Seguridad, ley y medioambiente". Buenos Aires: Katz. 2006. pp. 14-17.

⁴⁶ MARTÍNEZ ALIER, Joan y JORDI ROCA JUSMET. "Economía ecológica y política ambiental". México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 2000. pp. 257-269.

⁴⁷ Aunque el Perú ha producido cantidades considerables de datos sobre los recursos naturales y las características geográficas del país, la sistematización de dicha información y su traslado a presentaciones que permitan su fácil comprensión es todavía una tarea pendiente. Como es lógico suponer, la mayor parte de los contaminadores poseen los recursos para enfrentar de mejor manera estas carencias, que también les afectan pero en un grado menor.

⁴⁸ REVESZ, Richard L. y ROBERT N. STAVINS. "Environmental Law and Public Policy". Washington D.C.: Resources for the Future. Discussion Paper. 2004. p. 23.

⁴⁹ SUNSTEIN, Cass R. Op. Cit. p. 29.

los costos sociales. Esto es producto de un conjunto de fallas que presenta el mercado, como es el caso de las externalidades y los bienes públicos, además de problemas vinculados con la asimetría de la información⁵⁰.

El libre funcionamiento del mercado no es suficiente para garantizar que la economía asigne eficientemente los bienes ambientales generando el máximo beneficio social. Las externalidades y los bienes públicos ambientales son ejemplos en los que el mercado no es capaz de proveer la cantidad que la sociedad desearía como óptima, de acuerdo a los costos y las preferencias sociales. El conocido Teorema de Coase establece que las externalidades pueden enfrentarse sin la presencia del Estado cuando los derechos de propiedad están bien definidos, el mercado es competitivo y los costos de transacción de los acuerdos entre los propietarios son bajos. Habitualmente estas condiciones no se presentan en las externalidades ambientales. Internalizarlas implica que los agentes privados asuman el costo de evitar el daño ambiental o de repararlo, lo cual puede lograrse mediante la integración entre empresas (cuando las externalidades se producen entre ellas) o por medio de la intervención del Estado. Por su parte, los bienes públicos ambientales podrán ser gestionados siempre que lo máximo que se esté dispuesto a pagar por ellos sea mayor que el costo de su provisión⁵¹. Otro problema es la asimetría de información, quizás la falla de mercado más perversa. Normalmente los economistas tienden a asumir que el costo de la información no es relevante, estando disponible libremente para cada uno de los actores. Sin embargo, la información es costosa y la carencia de la misma impide que los mercados operen con eficiencia. En este contexto, el contar con información básica confiable sobre el costo de los daños que genera el deterioro ambiental y el de las medidas que evitarán o reducirán dicho deterioro, no es posible diseñar políticas que sean tanto eficientes (respecto a los recursos utilizados) como justas (respecto a cómo se distribuyen los bienes, cargas y costos ambientales)⁵².

Este conjunto de fallas de los mecanismos de mercado justifica la presencia de la regulación

jurídica en materia ambiental, la que debe orientarse a enfrentar dichos fallos y a generar las condiciones adecuadas para la provisión de los bienes públicos ambientales que demanda la sociedad, así como a establecer reglas que permitan reducir los problemas de asimetría de la información. Desde luego, al estar dentro de un campo público los criterios de valoración de la eficiencia y eficacia de la actuación estatal y sus objetivos, serán aspectos que deberán procesarse políticamente, aspecto que hace aún más complejo su abordaje. En cualquier caso, el dilema principal que deben enfrentar los hacedores de la política ambiental gubernamental y del Derecho Ambiental es cómo alcanzar objetivos sociales (como la equidad) sin destruir los incentivos al trabajo y la eficiencia que normalmente ofrecen los mercados.

D. Organizaciones e instrumentos⁵³

El diseño legal de los organismos públicos encargados de la gestión ambiental así como de los instrumentos de gestión ambiental coherentes con la política establecida, y eficaces en sus resultados, constituye una de las áreas de mayor interés para el Derecho Ambiental. Un análisis de este tipo, no obstante, no puede sólo considerar el conocimiento teórico y práctico acumulado, sino también las condiciones concretas de la sociedad en la cual se aplica, incluyendo tanto la esfera del mercado y del Estado, como la dimensión socio-cultural, aspectos en constante transformación.

Los instrumentos de gestión ambiental presuponen la existencia de una política medioambiental, conformada al menos por lineamientos y objetivos medianamente definidos, así como una red de organizaciones públicas y privadas de soporte. Sin metas claras, es imposible saber si los instrumentos nos llevan o no a algún objetivo, y sin una estructura de soporte, ni siquiera es posible avanzar.

En tanto la aplicación de los instrumentos y la asignación de competencias a las entidades públicas obligan a generar una estructura de relaciones jurídicas entre los particulares, al igual que entre estos y el Estado, conllevan normal-

⁵⁰ OCAMPO, José Antonio. "Políticas e Instituciones para el desarrollo sostenible en América Latina". Santiago de Chile: CEPAL. 1999. pp. 13-15.

⁵¹ LABANDEIRA, Xavier; LEÓN, Carmelo y Ma Xosé VÁSQUEZ. "Economía Ambiental". Madrid: Pearson - Educación. 2007. pp. 82-86, 89.

⁵² STERNER, Thomas. "Policy Instruments for Environmental and Natural Resource Management". Washington D.C.: RFF. 2003. p. 3.

⁵³ Esta es una versión revisada y ampliada de una parte del capítulo 1 de LANEGRA QUISPE, Iván K. "El (Ausente) Estado Ambiental. Razones para la reforma de las instituciones y las organizaciones públicas ambientales en el Perú". Lima: Realidades. 2008. pp. 34-40.

mente un conjunto de normas legales que rigen su implementación⁵⁴.

Al hablar del componente de las organizaciones públicas dedicadas a la aplicación de la política y el derecho ambiental, estamos haciendo referencia a:

- a) La existencia de organizaciones estatales con funciones en materia ambiental, sea este último aspecto su objetivo principal (o misión) o no. Aunque la presencia de funciones ambientales dentro de las tareas de los gobiernos puede rastrearse casi desde el nacimiento de las ciudades⁵⁵, es a mediados del siglo XIX, con la atención a los problemas derivados de la creciente industrialización y sus impactos sobre las ciudades⁵⁶ y con los esfuerzos pioneros de conservación y la creación de parques nacionales⁵⁷, que se crean organismos especializados en la temática ambiental. En la década de los sesenta e inicios de los setenta del siglo XX aparecen las primeras organizaciones públicas con enfoques ambientales modernos como la Environmental Protection Agency (EPA) en Estados Unidos o sus equivalentes europeos y asiáticos. En América Latina, el Ministerio de Ambiente y los Recursos Naturales de Venezuela en 1976 fue un esfuerzo pionero seguido por todos los países de América Latina y el Caribe⁵⁸.
- b) El diseño interno de cada una de las organizaciones estatales. En este punto se observa una gran diversidad de opciones. Aunque las formas ministeriales (o sus equivalentes) constituyen el modelo predominante, al interior de ellos podemos encontrar diversidad de esquemas de organización, lo que se explica en buena medida por las distintas prioridades nacionales; lo que a su vez refleja los problemas y potencialidades ambientales que son propios de cada Estado.
- c) Los recursos humanos, tecnológicos, de infraestructura y financieros disponibles en dichas organizaciones. Las organizaciones públicas ambientales están sometidas a las mismas restricciones y potencialidades que el resto del sector público. Dada la complejidad técnica del diseño y aplicación de la política ambiental, resulta fundamental la calidad de la burocracia. En países que no cuentan con una carrera pública consolidada, los funcionarios deciden en un clima de inestabilidad e incertidumbre. De esta manera, la burocracia se vuelve muy vulnerable a las presiones externas y se dificulta la acumulación de conocimiento práctico sobre cómo enfrentar los distintos desafíos ambientales. En general, las organizaciones ambientales son vistas como de menor prioridad frente a sus pares económicos y sociales, lo cual se expresa claramente en el nivel de gasto público de aquéllas⁵⁹.
- d) La forma como se distribuyen las funciones o competencias entre las distintas organizaciones. Esta distribución se produce de forma vertical, entre los distintos niveles de gobierno existentes en cada país; y de forma horizontal, al interior de cada nivel de gobierno. El desafío mayor lo representa el carácter fuertemente transectorial de la política ambiental. Al involucrar a los distintos componentes del ambiente (agua, aire, suelo, biodiversidad, etcétera) y a las distintas actividades humanas que pueden afectarlo (minería, energía, industria, pesca, agricultura, turismo, asentamientos humanos, etcétera), se genera un gran desafío sobre cómo distribuir las funciones ambientales.
- e) Los mecanismos de coordinación entre las organizaciones con funciones ambientales, entre éstas y otras organizaciones públicas que pueden influir en los resultados de la gestión pública ambiental, así como con otras organizaciones no estatales o con la ciudadanía en general. Derivado del problema de transectorialidad descrito en el punto anterior, se hace indispensable contar con meca-

⁵⁴ Desde luego, aquí es necesario reconocer la posibilidad de instrumentos voluntarios, que deben su eficacia a la voluntad de los actores de aplicarlos, sea por razones altruistas, o por favorecer otros objetivos indirectos.

⁵⁵ Así ha sido tanto en las ciudades de la antigüedad griega y romana, como en el medioevo. RODRÍGUEZ NEILA, Juan Francisco. "Ecología en la Antigüedad Clásica". Madrid: Arco Libros, 1996; y ZUPKO, Ronald E. y Robert LAURES A. "Straws in the Wind: Medieval Urban Environmental Law-The Case of Northern Italy". Colorado: Westview. 1996.

⁵⁶ En el Reino Unido, ya en 1863, se dictaba la Ley sobre el Alcali, generando la figura del Alca Inspectorate, que se convirtió en la década de los 70 en Her Majesty's Inspectorate of Pollution. KOLSTAD, Charles. "Economía Ambiental". México D.F., Oxford, 2001. p. 19.

⁵⁷ El primer Parque Nacional fue Yellowstone en los Estados Unidos en 1871, aunque la idea data de 1832. http://es.wikipedia.org/wiki/Parque_nacional.

⁵⁸ Hoy denominado Ministerio del Poder Popular sobre el Ambiente.

⁵⁹ De acuerdo a un estudio de la CEPAL del año 2005, el gasto público de todo el Estado Peruano no superaba el 0.38% del PBI. ABUGATTAS, Javier. "El gasto medio ambiental en el Perú: exploración inicial". Santiago de Chile: CEPAL. 2005.

nismos de coordinación entre las propias entidades ambientales. Muchos países han generado Sistemas Nacionales Ambientales, responsables de esta tarea. Otros mecanismos utilizados han sido los Consejos para el Desarrollo Sostenible, que involucran a múltiples sectores públicos y no públicos vinculados con la gestión ambiental. Quizás el desafío mayor es la coordinación con otras esferas de la actuación pública, como el presupuesto, la inversión o el sistema de control. En los regímenes democráticos presidenciales, en ocasiones sólo el Presidente de la República tiene suficiente influencia para definir políticas transversales de este tipo. Finalmente, la participación de la ciudadanía resulta fundamental para la buena gestión ambiental, siempre que se realice sobre la base de un marco promotor claro, y basado en los principios de responsabilidad, transparencia y buena fe.

Todos estos aspectos, el análisis de las organizaciones y sus mecanismos de toma de decisión han sido objeto de importantes estudios, en especial en lo que respecta a los problemas del control jerárquico, o cadena de mando, y a la necesidad asociada de comunicar información y decisiones. Sin embargo, no debe caerse en la obsesión de tratar de diseñar la organización perfecta, pues su resultado se enfrenta a restricciones históricas, económicas y sociales, por lo que no es probable que alguna reforma gubernamental pueda superar todas las tradiciones heredadas que se arraigan en la maquinaria del gobierno⁶⁰.

Por otra parte, la elección de los instrumentos más convenientes para alcanzar los resultados esperados nos permiten distinguir entre aquellos de regulación directa y otras formas alternativas que han mostrado su utilidad en la experiencia reciente. Por el lado de los instrumentos de regulación directa, podemos establecer una línea de intensidad regulatoria. La menor intensidad regulatoria (a nivel de instrumentos) corresponde a un menor riesgo a regular, por lo tanto, basta con la aplicación general de las normas ambientales, o el uso de esquemas de registro o declaraciones. Un riesgo mediano, pero con resultados muy conocidos, permite un enfoque estandarizado de regulación. Riesgos más complejos obligan a

esquemas a medida (*bespoke*), que permitan ajustar los instrumentos a las necesidades específicas de regulación.

Al mismo tiempo, dentro de la regulación directa podemos establecer esquemas de *command and control* con distintos grados de rigidez o flexibilidad en el mandato y esquemas de permiso previo (Evaluación de Impacto Ambiental). Hoy en día, se privilegian los resultados a los medios. Por lo tanto, se deja a los regulados la mayor flexibilidad posible en la elección de los medios para alcanzar los resultados esperados. Por otra parte, las principales aproximaciones alternativas que se han explorado son la tributación ambiental, los sistemas de intercambio de derechos de emisión, la regulación voluntaria y la negociada, así como la educación y formación, y los modelos de control social basados en una participación de la sociedad civil en la regulación. Estos esquemas alternativos suponen la existencia de un modelo de regulación directa bien establecido, y son por lo tanto complementarios y no sustitutos de aquélla.

El éxito de un instrumento, es decir su eficiencia y eficacia, depende de la interacción compleja de un conjunto de factores: la naturaleza de los problemas ambientales abordados, los actores involucrados y sus visiones sobre la relación entre la sociedad y el ambiente; las condiciones socio-económicas y políticas, las restricciones y el contexto legal; las capacidades de gestión; las necesidades de coordinación y consenso para incorporar las distintas sensibilidades de los actores; así como la integración y vinculación con otros instrumentos. Por ello, los instrumentos no deben ser evaluados en abstracto, debiendo ser adecuados a las condiciones concretas de aplicación⁶¹.

Desde el inicio de la regulación ambiental moderna, se han venido desarrollando una variedad de instrumentos que han sido recogidos por los distintos ordenamientos jurídicos, los que pueden ser agrupados en seis categorías:

- a) *Los instrumentos de regulación directa* (incluyendo los denominados de comando y control), basados en la promulgación de normas así como en la ecuación de coerción y sanción. Este es el caso, por ejemplo, de la fijación de un Límite Máximo Permisible (sea de

⁶⁰ PETERS, B. Guy. "La política de la burocracia". México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1999. pp. 241, 284-296, 297-302.

⁶¹ RODRÍGUEZ-BECERRA, Manuel; ESPINOZA, Guillermo; y David WILK, (editores). "Gestión ambiental en América Latina y el Caribe: evolución, tendencias y principales prácticas". Washington D.C.: BID. 2002. pp. 175-176.

emisiones, vertimientos o energías)⁶², el cual luego es objeto de acciones de fiscalización y, de ser el caso, de sanción. También forman parte de esta categoría la fijación de prohibiciones, como la de no lanzar residuos sólidos en las calles, o de obligaciones, como la de disponer los residuos sólidos peligrosos en rellenos de seguridad⁶³, o de no comerciar especies protegidas.

- b) *Los instrumentos de licencia*, por los cuales se solicita al administrado el cumplimiento de ciertas condiciones obligatorias a fin de obtener un permiso o licencia antes del desarrollo de alguna actividad o del uso de algún bien. Aquí se incluye la certificación ambiental que se obtiene al final de un proceso de Evaluación de Impacto Ambiental⁶⁴, o la licencia para aprovechar la flora y fauna silvestre.
- c) *Los instrumentos de ordenamiento territorial*, mediante los cuales se establecen restricciones o se facilita la ocupación del espacio físico del país, alentando la compatibilidad entre las actividades económicas y el potencial socioeconómico y ambiental del territorio. Las áreas naturales protegidas son otro ejemplo.
- d) *Los instrumentos económicos*, que aprovechan las fuerzas del mercado para convertirlas en incentivos para el cumplimiento de las políticas y normas ambientales. Los típicos instrumentos económicos inciden sobre los precios, mediante subsidios o utilizando la política tributaria. Así sucede, por ejemplo, cuando el régimen tributario altera los precios relativos, incentivando el consumo de bienes y servicios ambientalmente adecuados⁶⁵. Otra herramienta la constituye el pago por la protección de ciertos bienes ambientales necesarios para la generación de ciertos servicios ambientales como la generación de agua, la conservación de bosques naturales o la protección de los suelos⁶⁶. Otra forma de ope-

rar es mediante la creación de mercados. En esta categoría encontramos los mercados de derechos de emisiones o vertimientos a nivel de cuenca, localidad o incluso a escala global como es el caso del mercado de carbono derivado del Protocolo de Kyoto. En estos casos el Estado crea instituciones que permiten la formación del mercado, como la constitución de derechos de propiedad o los mecanismos de transferencia de derechos.

- e) *La educación, la investigación, la asistencia técnica y la información ambiental*, que buscan actuar a partir de los consumidores o productores, bajo el supuesto que un cambio en los valores (en el largo plazo) y en la información disponible (en el corto y mediano plazo) llevarán a mejores decisiones sociales.
- f) *La participación ciudadana y los instrumentos de control social de la gestión ambiental*. En este caso, se acude a una ciudadanía activa como factor que permite vigilar el buen desempeño de la gestión pública. Aun más, la participación, se constituye en un elemento indispensable dentro de las sociedades complejas que deben tomar decisiones bajo escenarios de incertidumbre, de riesgo, o al momento de establecer los criterios de justicia ambiental.

El proceso de diseño y aplicación de los instrumentos requiere de mecanismos que aseguren su coherencia interna, y de un proceso ordenado de creación, revisión y, finalmente, de eliminación. En tal sentido, son dos los principales elementos de transectorialidad que deben ser cuidados al momento de desarrollar dichos instrumentos. En primer lugar, los criterios para diseñar y ejecutar los instrumentos deben ser compartidos. De lo contrario, podrían producirse diferencias arbitrarias al momento de utilizar el mismo instrumento por distintas entidades públicas. En se-

⁶² El Límite Máximo Permisible (LMP), es la medida de la concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos que caracterizan a un efluente o una emisión que, al ser excedida, causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su incumplimiento es pasible de sanciones administrativas por la autoridad competente, y potencialmente también objeto de persecución penal.

⁶³ Ambas obligaciones se encuentran contenidas y desarrolladas en la Ley General de Residuos Sólidos y su Reglamento.

⁶⁴ Los Estudios de Impacto Ambiental son el principal instrumentos de evaluación de impacto ambiental. Contienen una descripción de la actividad propuesta y de los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente físico y social, a corto y largo plazo, así como la evaluación técnica de los mismos. Deben indicar las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables. De no ser posible cumplir con la legislación ambiental, el proyecto no podrá obtener la licencia y por lo tanto no podrá realizarse. No todos los proyectos de inversión requieren un EIA, algunos les basta una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), o incluso no requieren pasar por evaluación ambiental, por considerarse que sus impactos son poco significativos.

⁶⁵ Es el caso del índice de nocividad que debe aplicarse para ajustar los impuestos a los combustibles, buscando disminuir la carga tributaria de aquellos más limpios, y hacerla más importante en los más contaminantes. En el Perú, la estructura tributaria favorece el consumo de combustibles como el Diesel, cuyos niveles de concentración de azufre es uno de los más permisivos del mundo.

⁶⁶ El pago por servicios ambientales ha tenido un desarrollo importante a nivel internacional, en especial en países como Costa Rica, alentando la conservación de ecosistemas vitales para el futuro de sus comunidades. WUNDER, Sven. "Pagos por servicios ambientales: Principios básicos esenciales". Yakarta: Centro Internacional de Investigación Forestal. 2006. pp. 1-3. ROSA, Herman; KANDEL, Susan y Leopoldo DIMAS. "Compensación por Servicios Ambientales y Comunidades Rurales. Lecciones de las Américas y Temas Críticos para Fortalecer Estrategias Comunitarias". San Salvador: PRISMA. 2003. pp. 6-16.

gundo lugar, hay instrumentos cuya aplicación tiene impactos transectoriales en diversos grados. El caso más representativo lo constituyen los Estándares de Calidad Ambiental, los cuales son referencia para todas las actividades humanas y también para el manejo de todos los recursos naturales. Pero también un Límite Máximo Permisible o la aplicación de la Evaluación de Impacto Ambiental requieren de una mirada transectorial a fin de asegurar su adecuada utilización. En este contexto, la política ambiental debe asegurar ambas tareas. Para el primer caso, con la promoción de normas legales que establezcan criterios generales de aplicación de los instrumentos de gestión ambiental. Para el segundo punto, estableciendo procedimientos que incorporen una visión transectorial en la aplicación de los señalados instrumentos.

Por lo tanto, un buen modelo de regulación ambiental responde a una adecuada definición de sus objetivos de política y de sus programas de acción (políticas públicas); el desarrollo de una organización eficiente y eficaz a cargo del tema (diseño adecuado, burocracia ambiental de calidad, recursos financieros suficientes, etcétera), y un conjunto de instrumentos efectivos. Respecto a este último punto, debe destacarse que el cumplimiento, la implementación y la efectividad⁶⁷ de la legislación ambiental dependen en primer lugar,

y en gran medida, de un modelo de fiscalización idóneo. Un modelo de este tipo construye un esquema apropiado de monitoreo y vigilancia, centrando las energías en los sectores con mayores riesgos y en donde los problemas de incumplimiento son más importantes. Aunque el esquema busca ser preventivo y brindar amplias oportunidades para adecuar las actividades a las obligaciones derivadas de los instrumentos de política y las normas ambientales, es claro que un esquema sin capacidades reales coercitivas no generará los incentivos mínimos para hacer posible el buen funcionamiento de la regulación ambiental.

Pero estos mecanismos pierden eficacia si no están acompañados de mecanismos judiciales eficaces⁶⁸. El problema de la responsabilidad por el daño ambiental (el ambiente y sus componentes) y por el daño a través del ambiente (a la salud humana y a la propiedad)⁶⁹; la revisión de las decisiones administrativas⁷⁰; los mecanismos constitucionales de protección de los derechos (los procesos de amparo, cumplimiento y de *habeas data*)⁷¹, y el Derecho Penal⁷² son parte de la agenda a afrontar. Junto a ellos también hay que considerar los procesos adecuados según las características particulares de los problemas ambientales, y la generación de nuevas capacidades en los operadores del sistema judicial (jueces, fiscales,

⁶⁷ El cumplimiento implica que el actor hace lo que la legislación dice que debe hacer. La implementación o aplicación es el proceso de llevar a la práctica los compromisos legales. Aunque el cumplimiento puede producirse sin implementación, o éste llevar al incumplimiento, lo habitual es que el cumplimiento se logre por la eficacia de los mecanismos de implementación. ZAEKE, Durwood, KANIARU, Donald y KRUIKOVA (editores). "Making Law Work. Environmental Compliance and Sustainable Development". Cameron May Limited. International Law Publishers. 2005. p. 22.

⁶⁸ En general, estos problemas han sido discutidos bajo el concepto de acceso a la justicia ambiental, el cual incorpora también otras vías distintas a la judicial. Para una mirada general de los principales problemas en esta materia se puede encontrar en Universidad Externado de Colombia. "Justicia Ambiental. Las acciones judiciales para la defensa del medio ambiente. Jornadas Internacionales en Derecho del Medio Ambiente". Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2001.

⁶⁹ Los problemas de incertidumbre científica y la dificultad de establecer las relaciones causales entre las actividades contaminantes y sus impactos, sea sobre el ambiente o sobre los seres humanos y sus bienes, reducen significativamente la eficacia de los mecanismos de responsabilidad. MENELL, Peter S. "The limitation of legal institutions for addressing environmental risks". En: The Journal of Economic Perspectives. Volumen 5. Número 3. Verano de 1991. p. 111.

⁷⁰ En el caso peruano esto es especialmente relevante. La necesidad de proteger a la persona frente a un potencial comportamiento arbitrario del gobierno (la administración), fundamenta el derecho a acudir a la revisión judicial de los actos administrativos. Sin embargo, la eficacia de las medidas administrativas en el campo ambiental depende en gran medida del factor temporal. El no aplicar la medida administrativa puede llevar a la generación de daños, que como vimos, son en algunos casos irreparables. DANÓS O., Jorge. "Responsabilidad Administrativa por Daño Ambiental". En: Chirinos, Carlos (editor) "Responsabilidad por el Daño Ambiental en el Perú". Lima: SPDA. 2000.

⁷¹ En especial a través de los procesos de amparo y el de *habeas data* se ha generado una jurisprudencia con ciertos elementos orientadores para la interpretación y aplicación del derecho ambiental, aunque no muy innovador en comparación con los criterios establecidos en la legislación ambiental vigente. Una síntesis de las principales sentencias del Tribunal Constitucional respecto de la defensa del derecho a un ambiente adecuado podemos encontrarla en Tribunal Constitucional del Perú. "La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sentencias vinculadas con los artículos de la Constitución". Lima: Gaceta Jurídica. 2006. pp. 158-167.

⁷² Aunque no es posible sostener los objetivos de política ambiental en el derecho penal, dado que el Derecho Ambiental es en principio preventivo, y lo penal es siempre ultima ratio, la existencia de delitos ambientales debidamente tipificados, y con sanciones apropiadas a las características de los daños generados, constituye una medida que puede desalentar ciertas prácticas que merecen sin duda el carácter crímenes ambientales. En buena medida, respecto al carácter sancionador, el Derecho Penal Ambiental se sostiene en su par administrativo, con la natural diferencia de grado en sus consecuencias para los infractores. Este no es el caso del Perú, en el cual existen problemas de mala tipificación, de política criminal (sanciones no acordes con la gravedad de las faltas, en comparación con otros delitos), así como restricciones formales innecesarias (informe de la autoridad administrativa como requisito de formalización de la acción penal). Para una revisión detallada de estos temas puede acudirse a CARO CORIA, Dino Carlos. "Derecho Penal del Ambiente. Delitos y Técnicas de Tipificación". Lima: Gráfica Horizonte. 1999. Ver en especial los capítulos V y VI.

abogados litigantes). Tampoco debemos olvidar el correlato en la esfera internacional⁷³, y las posibilidades que se abren con la aplicación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos ambientales⁷⁴.

Tanto el desempeño administrativo como el judicial, y la política ambiental como un todo, requieren de un buen esquema de evaluación y seguimiento, insumo central para la mejora continua del modelo regulatorio. Este proceso genera, al mismo tiempo, la base para la rendición de cuentas y el apoyo social y político necesario para la regulación ambiental. Estos resultados son cruciales para la sociedad civil (en especial dentro de una perspectiva de derechos), para la fiscalización política derivada del Legislativo y para la justificación de nuevos pasos frente a actores clave como los gremios empresariales, reflejando claramente los beneficios de la regulación y los problemas concretos que enfrentan⁷⁵.

III. REFLEXIONES FINALES

En el año 1991, Peter S. Menell, actual Director del Centro Berkeley para el Derecho y la Tecnología, señalaba que los objetivos del *Derecho Ambiental* eran desalentar el deterioro ambiental y compensar a las víctimas de los daños ambientales, y que éstos se encontraban entre los más importantes y difíciles problemas que debían encarar las modernas sociedades industriales, como la norteamericana. La elección de instituciones regulatorias para controlar los riesgos ambientales, a partir de mecanismos judiciales, administrativos y de mercado (o una combinación de ellos) tenía una influencia crucial en el logro de dichos objetivos⁷⁶. Ese mismo año, Lawrence Summers, entonces jefe de economistas del Banco Mundial, se preguntaba con ironía, en un memorándum dirigido a sus colegas del Banco, sobre las razones que justificaban que su institución no alentara

explícitamente la migración de las industrias más contaminantes a los países menos desarrollados. Luego de un hasta divertido análisis, mostraba que la respuesta no parecía encontrarse en el análisis económico, sino en cosas *algo incómodas* como los derechos intrínsecos sobre ciertos bienes, razones morales, intereses sociales y la falta de mercados adecuados; aspectos que podían afectar en realidad, reflexionaba, a todas las políticas de liberalización del Banco Mundial⁷⁷. Es también en 1991, y de seguro por simple coincidencia, que se derogaron en nuestro país disposiciones del Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales, promulgado apenas el año anterior, como medida destinada a evitar que se afectaran las nuevas políticas de promoción de las inversiones privadas⁷⁸. Lo que muestran estos hechos es que las tensiones entre la Justicia Ambiental y la eficiencia seguirán, y probablemente se agravarán ante las crecientes presiones que la especie humana está ejerciendo sobre el planeta. Enfrentar estos hechos constituye quizás el mayor desafío para el Derecho en este siglo.

Durante los últimos diecisiete años se ha realizado un esfuerzo importante a nivel global, tanto en países industrializados como en aquellos que no lo son, por avanzar en las tareas del *Derecho Ambiental*. Como se ha visto, hemos alcanzado una mayor claridad sobre éstas, lo cual no se ha visto reflejado necesariamente en un desarrollo similar en la definición precisa de los objetivos de desempeño, en la correcta elección de los sectores a regular, ni en el fortalecimiento de las instituciones ambientales y de los instrumentos de gestión⁷⁹. Para alcanzar estas metas se requerirá de un intenso esfuerzo de múltiples actores. Entre estos se encuentra la propia universidad, quien tiene a su cargo la tarea de promover la formación y la investigación en esta especialidad fundamental para el presente y futuro del país.

⁷³ En los tribunales internacionales se ha generado también una jurisprudencia de la mayor relevancia para comprender la evolución en la concepción de los problemas ambientales y de las responsabilidades que corresponden a los estados frente a ellos. KISS, Alexandre y Dinah SHELTON. "International Environmental Law". Nairobi: UNEP. 2004. p. 51.

⁷⁴ El carácter de normas de orden público de la normativa ambiental genera una fuerte restricción al uso de estos mecanismos, en especial en la conciliación y el arbitraje. No obstante, algunas materias derivadas de dichos conflictos pueden ser atendidas mediante estos mecanismos. La Ley General del Ambiente, en sus artículos 151-154 intenta abordar este instrumento.

⁷⁵ Environment Agency (Reino Unido). "Delivering for the environment. A 21st Century approach to regulation". Londres: Environment Agency. 2005. p. 4.

⁷⁶ MENELL, Peter S. Op. Cit. p. 93.

⁷⁷ ASUMAN, Daniel M. y Michael S. MCPHERSON. "El análisis económico y la filosofía moral". México D.F.: Fondo de Cultura Económica – CIDE. 2007. pp. 23-25.

⁷⁸ Fundamentalmente el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada.

⁷⁹ Para una revisión de las causas que explican este pobre desempeño ambiental para el caso peruano puede revisarse el capítulo 6 de LANEGRA QUISPE, Ivan K. Op. cit. Loc. Cit.

ÉTICA Y DERECHO AMBIENTAL: HACIA UNA ALFABETIZACIÓN JURÍDICO-ECOLÓGICA

Jorge Caillaux Zazzali*

¿Cuál es la relación entre el Derecho Ambiental y la Ética? ¿Es la perspectiva pragmática la más útil en estos tiempos? ¿Cómo plasmar en la realidad los principios éticos?

En el presente artículo el autor responde estas interrogantes y presenta el componente ético como fundamental para un desarrollo sostenible.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fundador y actual Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA).

Voy a comenzar este breve ensayo apoyándome en uno de los últimos trabajos de Edward O. Wilson, –entomólogo y biólogo estadounidense conocido por su trabajo en evolución y socio-biología– publicado en su libro “El futuro de la vida” (2002)¹, que –confío– me permitirá llevar al lector a iniciarse en la comprensión de las relaciones profundas que existen entre la ética y el Derecho Ambiental. Wilson desarrolla ampliamente el argumento de que la vida en el planeta se sustenta en una unidad genética; para ello revisa los avances sobre el estudio del genoma humano y su relación con los demás organismos vivos. Esa unidad genética está en la base de los fundamentos de la disciplina jurídica que hoy conocemos como Derecho Ambiental, que propone incorporar al sistema legal de un país o región, y al sistema legal internacional, un conjunto de normas que garanticen una conexión racional, pragmática y positiva entre el sistema que gobierna la vida de la naturaleza y el sistema que gobierna tanto la conducta como la actividad (y por tanto la vida) de los seres humanos.

Wilson señala que la ciencia y la tecnología representan lo que podemos hacer, y que la moral representa lo que convenimos que debemos o no debemos hacer. Así, la ética de la que proviene una decisión moral es una norma o una regla de comportamiento que sustenta un valor; este valor, a su vez, depende de un propósito, de un acto de voluntad. “En tanto todos los organismos descienden de un antepasado común, es correcto decir que la biosfera empezó a pensar como un todo cuando nació el ser humano. Si el resto de la vida es el cuerpo, nosotros somos la mente. Es por ello que nuestro lugar en la Naturaleza, visto desde una perspectiva ética, es pensar acerca de la creación y proteger el planeta viviente”, afirma Wilson, probablemente el científico vivo más leído –junto con Fritjof Capra– por los interesados en pensar sobre las relaciones entre el ser humano y el ambiente.

I. LOS DOS CHIPS

Los seres humanos tienen incorporado en su mundo interior, en su conciencia, en sus sueños y

en sus propios genes, un *chip* o un componente que expresa lo que podríamos llamar, por ahora, un sentimiento favorable hacia “el bien”, manifestado en el deseo de promover el equilibrio, la armonía, la solidaridad y, entre otros sentimientos y deseos, un orden de convivencia basado en la justicia y la paz –tanto en el aspecto espiritual como en su relación con el mundo exterior y los demás seres vivos, incluidos los de su misma especie–. Este *chip* positivo, constructivo, solidario, convive, se integra y colisiona con otros componentes (otros *chips*) en la forma de sentimientos y pensamientos de signo contrario, relacionados con lo que generalmente llamamos “el mal”, que se manifiesta a su vez en violencia, egoísmo, codicia y el ánimo de imponerse sobre las especies que conviven en la misma comunidad, ejerciendo una suerte de poder sobre los demás.

La historia de la humanidad está signada por la forma en que, según Freud², las fuerzas del *eros* y del *thanatos* se manifiestan en las diferentes comunidades humanas y en sus expresiones culturales. Esta misma relación tiene tan diversas expresiones como culturas existen en el mundo, pero adquiere dimensiones mayores cuando trasciende las fronteras de una comunidad, país, región y llega a afectar la conducta y la personalidad dominante de los hombres y mujeres que habitamos el planeta. En el siglo XXI sabemos bien lo que significa esta experiencia de sentirse parte del mundo y ya no sólo de una comunidad particular. Por ejemplo, la palabra “globalización” –aunque no nos hayamos puesto a pensar mucho en su verdadero significado– describe con claridad este proceso integrador/desintegrador que apenas comenzamos a comprender sin saber a ciencia cierta la dimensión que adquirirá en el tiempo, con sus costos y beneficios. De allí la importancia de sentarse un momento a observar este proceso y a reflexionar sobre la mejor forma de orientarlo y conducirlo, si en verdad nos sentimos capaces de influir en él desde cada una de nuestras pequeñas esferas de actuación. Cuando nos damos el trabajo de invertir tiempo en analizar el momento actual de la historia de la humanidad, descubrimos que –en el centro del proceso de

¹ WILSON, Edward O. “The Future of Life”. New York: First Vintage Book Editions. 2003. El libro ha sido traducido al español por: WILSON, Edward O. con el título “El futuro de la vida”, Galaxia Gutenberg; Círculo de Lectores. 2002.

² Interesante leer el siguiente texto de Sigmund Freud tomado de “El malestar de la cultura” (1930): “La cuestión fatal de la especie humana párese que es la de determinar si el proceso cultural que se ha operado en ella conseguirá o no dominar –y hasta qué punto– los trastornos de la vida comunal causados por (...) la agresión y la autodestrucción (...) Los hombres han llevado su capacidad de someter las fuerzas de la naturaleza a un extremo tal, que si las usasen ahora podrían muy fácil exterminarse los unos a los otros hasta no quedar ninguno. No lo ignoran, y de ahí brota gran parte de su actual inquietud, de su abatimiento, de su ánimo aprehensivo”.

globalización– vuelve a aparecer la relación particular entre el hombre y la naturaleza, relación que siempre tiene un componente ético por el simple hecho de ser una construcción humana.

Cuando la Asociación Civil THEMIS me solicita tratar el tema de la Ética y el Derecho Ambiental en las relaciones del hombre con la naturaleza y la sociedad, me está invitando precisamente a revisar los fundamentos mismos de la conducta humana tal como hoy en el Perú se manifiestan en la permanente dinámica entre aquellos que detentan el poder y ejercen la política y aquellos otros (nosotros) quienes hemos delegado este poder de representación junto con los recursos económicos resultantes de nuestras contribuciones o impuestos. Es en esta relación que vale la pena distinguir la contribución de los científicos quienes con sus observaciones y constataciones dan cuenta de hechos probables y comprobables que constituyen muchas veces la base de las relaciones entre el político y el ciudadano, las mismas que a veces permiten construir una visión común a partir de una suerte de consenso y otras veces se expresan en desequilibrios cuando la verdad científica no es asumida como tal por el político o viceversa.

A esta altura del año 2008 podríamos afirmar que estamos a punto de convenir en la bondad conceptual de un nuevo tipo de desarrollo que la sociedad moderna postula o propone a través de la expresión “*desarrollo sostenible* o *desarrollo sustentable*”³, concepto cargado de presupuestos éticos pero también de connotaciones económicas, sociales y ecológicas. En este breve ensayo, espero ofrecer al lector un conjunto de elementos que le permitan interpretar las decisiones políticas y económicas que en el Perú tienen relación con la sustentabilidad de su desarrollo haciendo énfasis en el medio ambiente y sus componentes; –en los que incluyo no solamente los recursos naturales renovables y no renovables, sino también los recursos culturales y aquellos otros elementos y servicios de la naturaleza (por ejemplo, la diversidad biológica o los ecosistemas)– que la Economía recién comienza a valorar, como en una

reacción tardía a las verdades descubiertas con mucho esfuerzo por los científicos.

II. UNA ÉTICA DE LA RAZÓN Y DEL PRAGMATISMO

Aldo Leopold⁴ decía que la ética, *ecológicamente* hablando, es una limitación a la libertad de acción del hombre en la lucha por sobrevivir. Pero agregaba que la ética, *filosóficamente* hablando, es una diferenciación entre una conducta antisocial y una conducta social. En ambos casos se trata de reconocer la relación de interdependencia entre individuos o grupos de una comunidad que normalmente evoluciona hacia formas de cooperación. Así, Leopold concluía que todas las éticas se basan en una misma premisa: el individuo es miembro de una comunidad de organismos interdependientes. Su instinto lo lleva a competir por un lugar destacado en la comunidad mientras que su sentimiento ético lo lleva a su vez a cooperar con los demás (quizás para precisamente garantizar que exista una posibilidad de competir).

Para acercarnos a comprender la relación entre Ética y Derecho Ambiental, analicemos primero el significado de desarrollo sostenible, dentro del cual se enmarca toda política ambiental que pretenda cumplir una función integradora. La definición clásica de desarrollo sostenible lanzada al mundo por el Informe Brundtland “Nuestro Futuro Común”⁵; señala que “el desarrollo sostenible es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”. Luego subraya “el concepto de necesidades, en particular las necesidades esenciales de los pobres a las que se debería otorgar prioridad preponderante”. El Informe Brundtland destaca los dos primeros objetivos de toda política hacia el desarrollo sostenible: revitalizar el crecimiento económico y cambiar la calidad del crecimiento. De un lado, afirma que “una condición necesaria pero no suficiente para la eliminación de la pobreza absoluta es un rápido aumento de los

³ En este ensayo utilizo indistintamente, como muchos en Latinoamérica, las expresiones “desarrollo sostenible” y “desarrollo sustentable”, entendiéndolo que se refieren a lo mismo y, por tanto, pido al lector los considere como expresiones sinónimas.

⁴ LEOPOLD, Aldo (1847-1948) fue uno de los más influyentes conservacionistas norteamericanos que se hizo famoso luego de su muerte con la publicación en 1949 de su obra “A Sand County Almanac”, de donde he tomado las ideas de este párrafo. Una frase de Leopold mediante la cual definió su *land ethic* (ética de la tierra) es particularmente famosa: “Una cosa es buena cuando tiende a preservar la integridad, estabilidad y belleza de la comunidad biótica. Es mala cuando tiende precisamente a lo contrario”. Ver: http://en.wikipedia.org/wiki/Aldo_Leopold.

⁵ COMISIÓN MUNDIAL DEL MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO. “Nuestro Futuro Común”. Madrid: Alianza Editorial. 1987. pp. 67, 74 y 77.

ingresos *per cápita* del Tercer Mundo”, y de otro lado, requiere un cambio en el contenido del crecimiento de manera que sea menor el consumo de materiales y de energía, así como más equitativos sus efectos. Este cambio es necesario en todos los países como parte de un conjunto de medidas destinadas a mantener las existencias del capital ecológico, mejorar la distribución de los ingresos y reducir el grado de vulnerabilidad a las crisis económicas”.

La propuesta ética contenida en el concepto de desarrollo sostenible recoge en su seno varios elementos representativos de la complejidad de la sociedad moderna que hoy considero solamente podrían ser integrados por lo que podría llamarse una *ética de la razón y del pragmatismo*. Me refiero a los tres componentes clásicos del desarrollo sustentable: el componente social, el económico y el ambiental; éstos normalmente se representan con tres círculos concéntricos para expresar las relaciones de interdependencia entre ellos pero en realidad, solamente pueden integrarse en tanto exista una voluntad y una decisión política cuyo basamento supone una decisión ética.

No obstante, en el siglo XXI, cuando la velocidad de las decisiones y la constatación de que una sola persona puede llegar a tener un poder global capaz de afectar la conducta de la mayoría de seres humanos, pareciera que los principios y valores éticos no tienen la fuerza suficiente como para influir en las decisiones cotidianas de los individuos y para moldear u orientar los procesos de transformación de la sociedad si no logran traducirse en hechos concretos y mensurables, por ejemplo, en términos de reducción de costos económicos y/o prevención de desastres o impactos susceptibles de afectar la salud y la vida de las poblaciones. De allí mi interés en calificar la ética que requiere nuestros tiempos como una ética de la razón y del pragmatismo.

El Derecho Ambiental ha sido el precursor en el proceso de ir regulando los tres componentes del desarrollo sostenible a través de varios instrumentos con el objeto de lograr ciertos objetivos que permitan un uso racional (legal, democrático, eficiente, sostenible, equitativo) de los recursos

naturales, así como disminuir los impactos negativos de las actividades del hombre sobre la naturaleza y la sociedad.

Por ejemplo, el componente social del desarrollo sostenible alude a la necesidad de que la actividad humana se organice de manera transparente, permitiendo al ciudadano el acceso a toda la información disponible para que, a su vez, esté en capacidad de opinar y participar en la toma de decisiones. Ello se traduce en normas que obligan a las empresas públicas y privadas a informar previamente sobre sus proyectos de inversión, en legislación que reconoce el derecho ciudadano de acceder oportunamente a la información relevante y en normas que exigen la realización de audiencias públicas o consultas ciudadanas con el objeto de evaluar previamente los distintos intereses en juego frente a una determinada iniciativa de inversión. Estos intereses, a su vez, no están exclusivamente relacionados con la protección ambiental pues normalmente incluyen intereses culturales, religiosos y hasta otras opciones de desarrollo económico (un ejemplo es el desarrollo rural frente al industrial o minero). Jurídicamente, el ámbito de lo social ha dado lugar al concepto del “consentimiento informado previo”, especialmente en el caso del comercio de residuos peligrosos y al instrumento denominado “licencia social”, por el cual una empresa pública o privada logra obtener cierta legitimidad en la comunidad donde pretende operar precisamente por haber logrado establecer lazos de comunicación basados en los principios de transparencia, responsabilidad social y, en un caso ideal, una visión común compartida.

El componente económico del triángulo de la sostenibilidad tiene relación con la ecoeficiencia, es decir, con el uso eficiente de los recursos naturales no solamente para minimizar costos, promover el reciclaje y prevenir la contaminación y el desperdicio de recursos, sino también con el objetivo de que el beneficio de la inversión económica no recaiga sólo sobre las generaciones actuales sino también sobre las generaciones futuras⁶. De allí la propuesta del pensamiento ambientalista de que se invierta mucho más en, por ejemplo, el desarrollo de energías renovables en tanto las no

⁶ El debate en torno al desarrollo sostenible a veces se polariza, a contracorriente de lo que plantea el Informe Brundtland, poniendo de un lado el énfasis en las relaciones intra-generacionales (eliminación de la pobreza hoy) y dejando en suspenso la responsabilidad frente a las generaciones futuras (inter-generacionales). La verdad es que cualquier inversión actual en maximizar la eco-eficiencia beneficiará sin duda a alguna a las próximas generaciones, circunstancia que Nuestro Futuro Común reiteradamente reconoce al subrayar que la atención de los problemas de las actuales generaciones es prioritario.

renovables, por su propia naturaleza, llevan intrínseco su futuro agotamiento. El fenómeno del cambio climático, junto con el constante incremento del precio del petróleo, ha venido a intensificar las inversiones en el desarrollo de energías alternativas en una mezcla de incertidumbre sobre el funcionamiento del clima y sus efectos sobre la vida del ser humano, y de pragmatismo, en tanto –por ejemplo– la energía solar hasta ahora postergada en los planes de inversión adquiere hoy gran interés por haberse abierto una amplia franja de precios en el mercado energético que permite vislumbrar su rentabilidad económica así como su eco-eficiencia. Con este mismo componente económico recobra vida hoy un antiguo derecho muchas veces no reconocido o postergado: el derecho de la población local donde se ubican los recursos naturales y las inversiones a beneficiarse con parte de la renta que éstos producen, ya no solamente por una cuestión de equidad, sino como una suerte de vacuna contra el conflicto social y la inestabilidad de la actividad económica respectiva. La revisión de los beneficios del canon y de los derechos de explotación de los recursos naturales así como su eventual extensión a otros recursos naturales como por ejemplo el canon por los servicios ambientales que prestan a terceros las zonas de la cuenca alta por el hecho de ser fuentes de producción de agua o la conservación de los bosques o de ciertas áreas naturales comienza a considerarse como instrumentos de gestión y de distribución de beneficios que tienen relación con el componente económico de la sustentabilidad.

En tercer lugar, el componente ambiental que destaca en la descripción del concepto del desarrollo sostenible, alude a lo que podríamos denominar genéricamente como el respeto a “los límites de la naturaleza”. En efecto, se trata de que el desarrollo de una región, de un país y, en verdad, de toda la humanidad, tenga en cuenta que la naturaleza es un organismo vivo que funciona sobre la base de la interrelación de una diversidad de sistemas vivos que cumplen múltiples funciones operando como piezas de una gran maquinaria natural que ofrece al ser humano y a las distintas formas de vida del planeta la posibilidad de crecer, reproducirse y de evolucionar

saludablemente en una suerte de viaje vital donde unas especies suceden a las otras en permanente estado de interacción y de mutuo beneficio. En términos prácticos y locales, el componente ambiental del desarrollo se refiere a que la actividad humana debe aprovechar de manera racional el patrimonio o capital natural que utiliza para la producción y la realización de sus obras, cuidando que el impacto en el ambiente circundante no afecte el funcionamiento del ecosistema, destruya las áreas protegidas por su valor ecológico, afecte negativamente el paisaje o devalúe el patrimonio cultural de la localidad respectiva, etcétera. La expresión más representativa desde el Derecho Ambiental es la creación del instrumento denominado *evaluación de impacto ambiental* destinado precisamente a identificar *a priori* las causas y los posibles impactos (positivos y negativos) de una actividad económica, con el objeto de tomar las medidas preventivas, internalizando así el costo de la protección ambiental.

Finalmente, como envolviendo el conjunto de círculos concéntricos descriptivo del desarrollo sostenible, está el componente ético que, –para efectos puramente relacionados con una estrategia de persuasión social–, propongo denominar provisionalmente como una ética de la razón y el pragmatismo. Si partimos del reconocimiento de que el ser humano solamente tomará decisiones radicales si es que instintiva y/ o racionalmente constata que su propia supervivencia o su economía está en juego, entenderemos mejor la importancia de invertir muchos más recursos en una educación ambiental para el desarrollo sostenible. Thomas Berry⁷ señala que “el hombre es menos un ser en la Tierra o en el universo que una dimensión de la Tierra y por ende del universo”. Con esto, Berry insiste en lo que muchos ecologistas y ambientalistas han afirmado en numerosos escritos: el hombre debe tomar conciencia que el planeta no es solamente su hábitat, sino que es el único lugar donde la persona, cada ser humano, puede satisfacer no únicamente el hambre de su cuerpo, sino también “su hambre de significado”. Theodore Roszak⁸, hace treinta y un años, señalaba que “somos una especie que busca significados, criaturas que han

⁷ BERRY, Thomas (1914); quien decía que el universo es una comunión de sujetos antes que una colección de objetos. En “Dream of the Earth”, Berry observa que “más allá de nuestro código genético y cultural, los humanos necesitamos ir a la Tierra como que es la fuente de donde venimos y pedirle su consejo porque la Tierra contiene la estructura psíquica así como la forma física de cada ser u organismo viviente del planeta” (traducción libre).

⁸ ROSZAK, Theodore. “Persona/Planeta. Hacia un Nuevo paradigma ecológico”. Primera edición. Barcelona: Editorial Cairós. 1985.

de tener una identidad con un propósito determinado en el universo, con la misma urgencia con que debemos disponer de aire para respirar y alimentos para comer". En su estupendo libro titulado "Persona/Planeta", Roszak nos propone "utilizar la conexión persona/planeta como nuestro principal indicador de economía sana..." y señala que los derechos y necesidades de la persona tienen estrecha relación con los derechos y necesidades del planeta, dice además que el enemigo común de las personas y del planeta es la tendencia desenfrenada del ser humano a producir a gran escala, a crear instituciones y sistemas globales o colosales que no guardan relación con la escala humana.

No hay duda de que la educación es el primer y último recurso para la transformación de nuestra visión y de nuestra misión en este mundo. El peligro inherente a una sociedad urbana que moldea nuestro medio ambiente construyendo un hábitat de cemento desintegrado de la naturaleza es muy grande puesto que aleja al ser humano del ritmo natural de la vida y ahonda su extrañamiento, pues lo lleva a sentirse absolutamente libre para dar rienda suelta a su *chip* de especie todopoderosa capaz de considerarse como el único gran protagonista de la historia en la vida del planeta. Como seguro coincidirán conmigo en que el mejor incentivo para lograr cambios en la conducta de las personas es con la integración de sus intereses y por tanto de sus respectivos miedos y deseos, una ética de la razón y del pragmatismo pretende movilizar las conductas y las acciones humanas a partir de una educación orientada a demostrar que serán mayores los beneficios económicos y de seguridad personal y familiar si la sociedad se organiza en base a los principios y valores de la sustentabilidad o sostenibilidad.

III. ALGUNOS PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL Y SUS PRESUPUESTOS ÉTICOS

Los principios del Derecho Ambiental Internacional son la expresión más clara de los presupuestos éticos que llevaron a la comunidad inter-

nacional a comprometerse con el cambio hacia una mejor relación entre hombre y naturaleza. Estos principios han sido incorporados a los sistemas jurídicos nacionales, especialmente a nivel constitucional, desde los cuales luego se desarrollaron los instrumentos jurídicos que constituyen el corpus normativo ambiental. La legislación internacional (desde las declaraciones no vinculantes o *soft law* hasta los Tratados que obligan a los Estados participantes) ha estado a la vanguardia de las decisiones políticas de poner en aplicación y cumplimiento las obligaciones y derechos ambientales, y todo ello se potencia cuando la lógica económica, el mercado de bienes y servicios ambientales y la inversión en proyectos de investigación y de desarrollo tecnológico asociado a los recursos naturales y el ambiente se convierten en una herramienta para el desarrollo.

No es este el lugar para repasar los mencionados principios del Derecho Ambiental⁹ pero el interesado en conocer su génesis debe leer la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 y la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible del 2002¹⁰. En todos estos instrumentos precursores del Derecho Ambiental, subyace una serie de principios éticos planteados como objetivos que la sociedad global debe alcanzar para caminar hacia el desarrollo sostenible.

Paralelamente, en 1987, la Comisión Mundial para el Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, responsable de la elaboración del citado Informe Brundtland, hizo un llamado para la creación de una carta que tuviera los principios fundamentales para el desarrollo sostenible. La Cumbre de la Tierra de Río en 1992 no incluyó la Carta en sus conclusiones. Posteriormente la Carta de la Tierra fue relanzada en La Haya el 29 de junio del 2000, iniciativa que ha convocado, en su análisis y redacción, a personalidades provenientes de todos los sectores y de todas las religiones. Formalmente "la misión de la iniciativa de ahora en adelante es establecer una base ética sólida para la sociedad global emergente y ayudar a crear un

⁹ Una relación sucinta y aleatoria de los principios del Derecho Ambiental a que me refiero sería la siguiente: a) principio precautorio; b) principio contaminador-pagador; c) principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas; d) principio de acceso a la información, participación ciudadana y acceso a la justicia; e) principio de consentimiento informado previo; f) principio de intereses difusos; g) principio de distribución equitativa de los beneficios resultantes del aprovechamiento de los recursos genéticos, entre otros.

¹⁰ Todos estos documentos pueden encontrarse en la página web del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA): <http://www.pnuma.org/>.

mundo sostenible basado en el respeto a la naturaleza, los derechos humanos universales, la justicia económica y una cultura de paz”¹¹.

Desde que en 1978 concluí mi tesis universitaria sobre “El Medio Ambiente y su Protección Jurídica en el Perú”¹², descubrí que el proceso de creación del Derecho Ambiental en el mundo y en el Perú tomaría mucho tiempo pues su propuesta es realmente revolucionaria: se trata de incorporar al sistema jurídico de un país y de todos los países una serie de obligaciones y derechos –con sus consecuentes costos económicos– frente a la naturaleza, el medio ambiente y la ciudadanía nunca antes reconocidos ni por el Derecho ni por la Política o la Economía. Ron Ángel, uno de los más destacados propulsores de la citada iniciativa sobre la Carta de la Tierra decía que “la ética global puede definirse como un grupo de ciudadanos enfrascados en un debate crítico sobre los pactos por los cuales todos vivimos. El objetivo de estas discusiones es lograr que los pactos de nuestra civilización sean más sensibles a las relaciones de vida de nuestra existencia, que sean más incluyentes en cuanto a sus miembros, más respetuosos y preocupados por la integridad de los mismos y más holísticos en el alcance de las múltiples disyuntivas morales que nos ocupan a fin de que las comunidades prosperen”¹³.

Repasemos algunos de esos principios que poco a poco se han venido traduciendo a nivel de las legislaciones nacionales en instrumentos legales para la gestión ambiental con el objeto de identificar en ellos el o los componentes éticos subyacentes.

IV. LA ÉTICA Y EL PRINCIPIO PRECAUTORIO

No hay físico moderno ni estudioso de los fenómenos naturales que ignore la permanente tensión que el hombre moderno vive en torno al tiempo. La percepción de un tiempo que se acaba, de un tiempo que conduce hacia la muerte y que no puede atraparse o detenerse ha creado una

cultura de la velocidad donde la expresión “corto plazo” es guía y fundamento de muchas de las decisiones de los seres humanos. En el Perú y en Latinoamérica es común decir que no somos capaces de mirar el largo plazo y el porvenir; es decir, de pensar y actuar incorporando al presente las preocupaciones del futuro. El argumento principal para pensar, actuar y resolver los problemas del corto plazo es el de la necesidad de atender las necesidades urgentes que genera la pobreza. Así, bajo la bandera de combatir la pobreza nos enfrascamos en una visión oportunista generando conductas propias de una vida en emergencia tejidas desde la educación inicial, de una sociedad aparentemente diseñada para subsistir el día a día. Esta afirmación es obviamente exagerada y no puede generalizarse, pero sí toma especial relevancia cuando nos concentramos en nuestra forma de relacionarnos con los recursos naturales existentes a nuestra disposición. El afán extractivista frente a los *bienes comunes*, como en el caso de los recursos forestales y recursos pesqueros, grafica la tendencia de aprovechar al máximo la capacidad tecnológica humana para obtener el mayor volumen posible de recursos en el menor tiempo con el único objeto de lograr ingentes ganancias. Probablemente la única forma de combatir o motivar conductas compatibles con el aprovechamiento sostenible de los recursos sea la educación y lo que Fritjof Capra denomina “alfabetización ecológica”, instrumentos que pueden perfectamente convertir lo que hoy constituye una debilidad o fragilidad de la sociedad moderna y pobre en un ingrediente potente para el cambio social¹⁴.

No obstante, la observación y contemplación de la Naturaleza y de sus ritmos nos conduce a experimentar otro tipo de tiempo, ya no el tiempo lineal y preciso delimitado por los minutos y las horas, sino un tiempo circular, donde las cosas se dan o suceden cuando maduran; es decir, cuando los factores siempre cambiantes de la naturaleza se conjugan precisamente para dar lugar al acontecimiento. Dice Cormac Cullinan que este

¹¹ Ver la Carta de la Tierra en: http://www.cartadelatierra.org/innerpg.cfm?id_menu=47.

¹² Pueden encontrarse algunos ejemplares de mi tesis para bachiller en Derecho en la biblioteca de la Universidad Católica del Perú.

¹³ ENGEL, Ron. “El pacto de la Carta de la Tierra”. 2004. En: <http://www.earthcharterinaction.org/pdfs/TEC-ESP-PDF/SPA-p.38-40-Engel.pdf>.

¹⁴ Fritjof Capra concluye su libro “La Trama de la Vida” con algunas de las siguientes afirmaciones: “Una de las confrontaciones más importantes entre la Economía y la Ecología deriva del hecho de que la naturaleza es cíclica, mientras que nuestros sistemas industriales son lineales. Nuestras empresas toman recursos, los transforman en productos y desechos, para luego vender los productos a los consumidores, quienes producen más desechos luego de consumir los productos. Los modelos sustentables de producción y consumo deben ser cíclicos, imitando los procesos cíclicos de la naturaleza. Para lograr tales modelos cíclicos, es necesario rediseñar fundamentalmente nuestros negocios y nuestra economía...”. “Cuando se acaba nuestro siglo y vamos hacia el comienzo de un nuevo milenio, la supervivencia de la humanidad dependerá de nuestra alfabetización ecológica, de nuestra habilidad para entender estos principios de ecología y vivir de acuerdo con ellos.” Ver: CAPRA, Fritjof. “La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos”. Barcelona: Editorial Anagrama. Colección Argumentos. 1999.

tiempo es un *wild time*, un tiempo salvaje/silvestre que se ha convertido en un bien escaso, salvo para cierta comunidad de agricultores, pescadores o de pueblos indígenas cuyas percepciones tanto temporales como personales siguen respetando o reconociendo la existencia de tiempos circulares que recorren el sistema de la vida y su gran cuerpo pesado que es la Tierra.

Podrá comprenderse, entonces, la dificultad y la resistencia que en la práctica tiene y ha tenido la aplicación del principio precautorio reconocido por la mayoría absoluta de las naciones del mundo cuando suscribieron la Declaración de Río de Janeiro de 1992, la misma que en su artículo 15 establece que, "con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente".

En efecto, la incertidumbre científica respecto de las amenazas que ciertas actividades pueden significar para el ambiente, es y ha sido utilizada como justificación suficiente para no tomar medidas de prevención o para postergarlas. El caso del cambio climático es probablemente el ejemplo más representativo de esta soterrada manera de diferir las inversiones y acciones de protección ambiental en nombre de una supuesta exigencia técnica de contar con pruebas fehacientes para sustentar las decisiones políticas y legales. Mientras de un lado la comunidad científica mundial ha venido alertando a los Estados, especialmente a los causantes del fenómeno del calentamiento global, sobre las tendencias y probables consecuencias de ello, los políticos y gobernantes preocupados por defender los intereses de la industria de sus propios países, así como su liderazgo en los mercados internacionales, han

postergado hasta el cansancio la adopción de acuerdos vinculantes para mitigar los efectos de este fenómeno inducido por el ser humano. Si bien el Convenio Marco sobre el Cambio Climático incorpora el principio precautorio, la opinión pública mundial ya es consciente de que hasta la fecha no existe un compromiso decidido por parte de las naciones que más han contribuido y contribuyen al cambio climático¹⁵.

Es, pues, evidente que el principio precautorio (la respuesta del Derecho Ambiental ante la incertidumbre) ha fracasado en este caso y probablemente seguirá fracasando en otros casos como el de la aplicación expansiva de nuevas tecnologías (por ejemplo, los productos transgénicos), de las cuales aún no tenemos pruebas suficientes de su inocuidad o de su posible grave impacto en la salud humana y en el funcionamiento de los sistemas ecológicos. No se trata de pretender detener las investigaciones biotecnológicas pues, en verdad, el desarrollo del conocimiento humano sobre la naturaleza y los organismos vivos, específicamente en el campo de la ingeniería genética, es ya una realidad que abre cada día nuevas avenidas de conocimiento, sino que, precisamente por ello, la aplicación de este conocimiento exige más que nunca claridad en los objetivos e, idealmente, una ética global compartida que enmarque y regule su propagación, especialmente en el campo de la creación de nuevos organismos vivos, pues no cabe duda de que estamos ingresando a dimensiones desconocidas que influirán en la evolución de las especies. Precisamente, el Convenio sobre la Diversidad Biológica aprobado en Río de Janeiro en 1992 comprometió a las Partes a desarrollar un Protocolo sobre Bioseguridad y, ocho años después, en el año 2000, se aprobó el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, cuyas normas se aplican "al movimiento transfronterizo, el tránsito, la manipulación y la utilización de todos los organismos vivos modificados que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la

¹⁵ El artículo 3 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático es un buen ejemplo del componente ético que subyace a esta norma internacional. "3.1. Las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades [...]". "3.3. Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prevenir, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible [...]". "3.5. Las Partes deberían cooperar en la promoción de un sistema económico internacional abierto y propicio que condujera al crecimiento económico y desarrollo sostenibles de todas las Partes, particularmente de las Partes que son países en desarrollo, permitiéndoles de ese modo hacer frente en mejor forma a los problemas del cambio climático [...]". Para acceder al texto de la Convención, ver nota a pie de página 10.

diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana”¹⁶.

V. LA BIOTECNOLOGÍA Y LOS PROBLEMAS ÉTICOS Y AMBIENTALES

En efecto, el desarrollo de la biotecnología plantea una serie de problemas éticos que comienzan al preguntarse si el ser humano debe aplicar la tecnología molecular y modificar la naturaleza a nivel de la composición genética de las especies. Un segundo problema es si resulta ético liberar al ambiente organismos vivos cuyos impactos en el entorno están lejos de ser comprendidos a cabalidad (lo que obliga a definir hasta dónde aplicar el principio de precaución). Un tercer problema es si resulta ético desarrollar sistemas de propiedad intelectual que asignan derechos exclusivos sobre formas de vida (por más alteradas o modificadas que se encuentren) muchas veces a partir de conocimientos tradicionales acumulados por poblaciones indígenas y compartidos libremente con la comunidad científica mundial. Este último caso incluye un problema de equidad en la distribución de los beneficios resultantes del desarrollo tecnológico que ha sido reconocido en el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992.

El debate se centra entre quienes plantean que el desarrollo tecnológico debe prescindir de consideraciones éticas y quienes plantean que el desarrollo de tecnologías que crean nuevas formas de vida deben de un lado reconocer los límites del conocimiento humano sobre el comportamiento de la naturaleza y, de otro lado, respetar las creencias, valores y consideraciones ético/morales que sustentan el modo de vida y la relación con la naturaleza de muchos pueblos del mundo. Solamente una decisión política, amparada en principios éticos, podría ser capaz de detener el afán de introducir al mercado en el corto plazo, sin la debida evaluación y prueba en el tiempo, productos riesgosos elaborados a partir de la manipulación de genes y la transposición de éstos de una especie a otra, contrariando el curso natural de los procesos evolutivos y el ciclo natural de la vida, y poniendo en riesgo ya no una comunidad

o un pueblo, sino probablemente a la humanidad entera.

VI. LA RELECTURA DE HARDIN Y LA NECESIDAD DE ENCONTRAR RESPUESTAS ÉTICAS A CIERTOS PROBLEMAS AMBIENTALES

Garret Hardin¹⁷ y su “Tragedia de los Comunes” ha influenciado a muchos a pensar que la asignación de derechos de propiedad sobre bienes comunes permite resolver ciertos problemas en la asignación eficiente de recursos. En verdad, la propuesta de Hardin es eso pero mucho más. Hay ciertos bienes que tienen valores inconmensurables –no pueden valorizarse económicamente– (por ejemplo, el bosque tropical) y para los cuales los criterios de eficiencia y los cálculos técnicos de “cuánto se puede deforestar para ser sostenibles en el aprovechamiento”, son absolutamente inadecuados y llevan a lo que Joel Vogel¹⁸ llama una “economía de la deforestación” por la cual se calcula cuánto se puede deforestar sosteniblemente, pero deforestar al fin y al cabo. Para estos bienes, dice Vogel, las soluciones técnicas y los cálculos económicos no sirven: su mantenimiento y conservación –como proveedores de servicios ambientales de diverso tipo– para el bienestar de las generaciones presentes y futuras únicamente se puede sostener en decisiones éticas que prescindan del cálculo económico. Esta situación, frente a la realidad y la presión por deforestar, exige decisiones valientes en función a esos valores inconmensurables que son imposibles de calcular. En otras palabras, decisiones políticas basadas en principios éticos desarrollados a partir de asumir la responsabilidad que nos toca en este planeta en tanto especie pensante y creadora.

De allí la importancia central de la creación y mantenimiento de las áreas naturales protegidas en cualquier política de conservación de la diversidad biológica. Estos santuarios naturales que normalmente representan grandes extensiones geográficas –pues intentan conservar sistemas ecológicos que funcionan como centros de biodiversidad para la producción y reproducción de

¹⁶ Más de 130 países adoptaron el Protocolo de Seguridad de la Biotecnología en Montreal, Canadá, el 29 de enero de 2000. Se lo llamó Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad en homenaje a Colombia, que fue anfitrión de la Conferencia Extraordinaria de las Partes de la Convención sobre Diversidad Biológica (CDB) en Cartagena en 1999. Como los Estados Unidos de Norteamérica no son parte del Convenio sobre la Diversidad Biológica no pueden ser parte de este Protocolo. Ver el texto completo en: <http://www.prodiversitas.bioetica.org/doc2.htm>.

¹⁷ HARDIN, Garret. “La tragedia de los comunes”. *Science*, Volumen 162, Número 3859. 1968. pp. 1243-1248. El texto en inglés puede obtenerse en: www.garretthardinsociety.org/articles/art_tragedy_of_the_commons.html.

¹⁸ VOGEL, Joseph Henry. “Una propuesta basada en “La tragedia de los comunes”: Un museo de bioprospección, de los derechos de propiedad intelectual y del conocimiento público”. 2007. Ver en: bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/pr/cis/rcs/16/-8k.

especies de flora y fauna, incluyendo la evolución y mantenimiento de recursos genéticos– han sido y vienen siendo sistemáticamente amenazados y destruidos por el afán de aprovechamiento de los recursos no renovables existentes en el subsuelo. El reciente despertar político sobre el peligro para la humanidad que representa el fenómeno del cambio climático ha puesto en valor la importancia de los ecosistemas boscosos y la necesidad de preservar las áreas naturales protegidas, pero el proceso de deterioro sigue siendo más rápido que el de su manejo sostenible si, como dice Vogel, éste fuera posible y el de su conservación como centros de biodiversidad. No obstante, es posible que pronto la economía de los recursos naturales incorpore al patrimonio forestal y biológico aún existente en estado natural como activos intangibles, pagando a sus poseedores por su conservación y manejo sostenible en tanto sean reconocidos por la economía y la política como piezas claves del funcionamiento del ciclo de vida del planeta que prestan servicios múltiples normalmente considerados externalidades por el sistema de precios. Pero, obviamente, este objetivo requiere una vez más de decisiones políticas globales sustentadas en lo que vengo llamando una ética de la razón y del pragmatismo.

VII. LOS APORTES Y SUGERENCIAS DEL SECTOR EMPRESARIAL

El Consejo Mundial Empresarial para el Desarrollo Sostenible (“BCSD”, por sus siglas en inglés) es quizás la mejor expresión de cómo las grandes corporaciones mundiales comenzaron a integrar en sus procesos de planeamiento y productivos la variable ambiental y posteriormente a otros actores sociales nunca antes considerados. Julio Moura, *Chief Executive Officer* del Grupo Nueva (fundado por el suizo Stephan Schmidheiny¹⁹), señala: “Si tu barrio no es sostenible, si existe criminalidad, pobreza, si hay conflictos y te encuentras con odios, si padeces enfermedades y tienes gente pobremente educada, si la gente migra a las ciudades grandes porque no encuentran opciones de trabajo, entonces tu comunidad no

es sustentable y tu negocio tampoco lo será. Finalmente, esto es verdad para todo el país y para todo el mundo. Si la sociedad no es sana el mercado tampoco lo será y entonces la economía y los negocios no serán saludables”²⁰.

Esta evaluación tan simple de la realidad se viene reproduciendo en el sector empresarial a nivel mundial partiendo de reconocer la sustentabilidad como marco estratégico de una empresa o grupo empresarial. El empresariado peruano no es ajeno a este proceso, a tal punto que hoy en las universidades y en las empresas comienzan a formarse y demandarse especialistas en tender puentes entre empresa y comunidad/sociedad, cuya función principal es prevenir conflictos y legitimar la presencia, el accionar y las inversiones de la empresa a partir de la creación de espacios para el diálogo y el intercambio en la búsqueda de compartir y construir visiones comunes frente al desarrollo.

Esta nueva manera de relacionarse con el medio ambiente y con la sociedad no necesariamente tiene su base exclusivamente en una ética empresarial orientada a la realización de la justicia social y el respeto a la naturaleza, pues incluye un componente racional y de supervivencia/conveniencia que abre la puerta a relaciones en las que todos ganan (*win-win*) y que, en el lenguaje actual de la responsabilidad social corporativa, aparece como argumento fuerte para el cambio de enfoque de las inversiones hacia los objetivos del desarrollo sostenible. El concepto de ecoeficiencia difundido ampliamente por Schmidheiny²¹ y por el BCSD, cuyo valor práctico descansa en un uso mucho más eficiente de los recursos naturales y de los materiales que requiere una industria y, por tanto, susceptible de contabilizarse, dio paso luego al interés del empresariado a preocuparse por asumir una responsabilidad mayor, ya no solamente con el medio ambiente, sino con la comunidad local (buscando una suerte de pacto de convivencia) y, en verdad, con la sociedad en general, siempre a partir de una constatación: de que las empresas no pueden ser islas en un mar

¹⁹ Stephan Schmidheiny, empresario nacido en Suiza, fue el promotor de la constitución del Consejo Mundial Empresarial para el Desarrollo Sostenible (BCSD) que se lanzó en la Cumbre Mundial de Río de 1992. Schmidheiny creó la Fundación AVINA en 1994, que tiene una oficina en el Perú, y se convirtió en un líder mundial del empresariado y de la sociedad por su terca decisión de invertir en apoyar a los líderes sociales anónimos que con su trabajo comunal, local o nacional y normalmente desde organismos no gubernamentales o desde sus propias empresas, están comprometidos con la transformación de la sociedad en el marco del desarrollo sostenible. Vale la pena leer allí su pequeño ensayo del 2002 denominado “Passion for Ideas –How Innovators Create the New and Shape Our World”. Ver: www.StephanSchmidheiny.net.

²⁰ HOLLIDAY, Schmidheiny & Watts. “Walking the Talk. The Business Case for Sustainable Development”. Greenleaf Publishing. 2002.

²¹ Para Schmidheiny, “Ecoeficiencia significa básicamente agregar más valor a un bien o servicio utilizando menos recursos naturales y produciendo menos desperdicio y contaminación. El prefijo eco hace referencia tanto a la economía como a la ecología”. Ver: www.StephanSchmidheiny.net.

de problemas. A esta aproximación progresiva basada en la experiencia y en muchas pruebas y errores cuyo lugar común es y ha sido siempre el conflicto social y la necesidad de remontarlo o, en todo caso, de canalizarlo a través de reglas razonablemente democráticas la denomino una ética de la razón y del pragmatismo.

En el Perú el BCSD tiene como representante a Perú 2021, entidad privada creada por empresarios que viene promoviendo las prácticas a favor del medio ambiente y la responsabilidad social de las empresas²².

VIII. A MODO DE CIERRE: EL DERECHO AMBIENTAL COMO CONECTOR DEL SISTEMA LEGAL

Vale la pena concluir este ensayo con la definición más difundida en América Latina y El Caribe de lo que se entiende por Derecho Ambiental. Se trata de la definición que mi buen amigo y maestro Raúl Brañes²³ imprimió en un párrafo un tanto árido pero muy útil para comprender la dimensión del objeto de esta disciplina con el siguiente tenor: “El derecho ambiental es el conjunto de normas jurídicas que regulan las 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 espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos”²⁴.

En esta definición encontramos los elementos básicos que conectan el sistema de la vida con el sistema legal ambiental. Parte de la comprobación de la existencia de una trama de vida que involucra en este planeta tanto al ser humano como a todos los demás organismos vivos con sus *sistemas de ambiente*, en muchos de los cuales hasta hoy la ciencia no ha podido identificar a todos sus componentes. El objeto es regular las conductas humanas para prevenir que sus efectos modifiquen de manera sustancial las condiciones de existencia de los organismos vivos. Se trata de la aceptación legal de que la red que teje al sistema

de la vida del planeta debe respetarse o no destruirse de manera significativa para que pueda seguir, mediante sus continuas interacciones, funcionando y evolucionando para beneficio de todos, siendo obviamente el ser humano el principal destinatario de esta inmensa empresa conservacionista, entendiendo la conservación como la entienden todos los especialistas del mundo, es decir, como el uso y aprovechamiento sostenible de los componentes ambientales, incluyendo a los recursos naturales.

Se trata, pues, de que el Derecho Ambiental sea la expresión más avanzada de nuestra alfabetización ecológica. En efecto, Capra señala que “hay muchas diferencias entre los ecosistemas y las comunidades humanas. En los ecosistemas no hay auto-conciencia, ni lenguaje, ni conciencia, ni cultura; y por consiguiente no hay justicia o democracia; pero tampoco codicia o deshonestidad. No podemos aprender nada de los ecosistemas sobre esos valores y limitaciones humanas. Pero lo que sí podemos y debemos aprender de ellos es cómo vivir en forma sustentable. Durante los tres mil millones de años de evolución, los ecosistemas del planeta se han organizado en formas sutiles y complejas de manera de aumentar al máximo la sustentabilidad. Este conocimiento de la naturaleza es la esencia de la eco-alfabetización”²⁵.

En síntesis, debemos considerar que estamos recién en los prolegómenos de esta disciplina jurídica que conocemos como el Derecho Ambiental. Seguramente seguirá avanzando a paso creciente en construir nuevos instrumentos en armonía con el desarrollo científico y tecnológico y con los nuevos desafíos locales, regionales y globales que la sociedad del futuro nos planteará. Lo que sí es claro a esta altura de la historia es que el Derecho Ambiental será exitoso como instrumento de control social en tanto teja redes sostenibles con las demás disciplinas del sistema jurídico, pues su misión es precisamente la de constituirse, como decía Brañes, en una ciencia de síntesis.

Lima, mayo del 2008.

Jorge Caillaux Zazzali

²² Perú 2021; en su página web esta institución se presenta como “una asociación civil sin fines de lucro, liderada por empresarios, que desde 1994, venimos trabajando para lograr una Visión Nacional compartida de largo plazo, y por la difusión y promoción de la Responsabilidad Social (RS) como metodología de gestión empresarial, para que la empresa se convierta en agente de cambio para alcanzar el Desarrollo Sostenible del Perú”. Ver: www.peru2021.org/.

²³ BRAÑES, Raúl; (1934-2004); probablemente el jurista latinoamericano de mayor influencia en la construcción del Derecho Ambiental en América Latina y El Caribe. Su definición del Derecho Ambiental es ya un clásico en las aulas universitarias. Ver: “La fundación del Derecho Ambiental en América Latina”. PNUMA-ORPALC. 2006.

²⁴ BRAÑES, Raúl. “Manual de Derecho Ambiental Mexicano” (1994); Fundación Mexicana para la Educación Ambiental; Fondo de Cultura Económica, México. p. 27.

²⁵ Ver nota 14.

¿UN CAMPO VERDE? EL PASADO Y FUTURO DE LOS SERVICIOS AMBIENTALES*

James Salzman**

Actualmente se vive un creciente interés por los servicios ambientales, y se plantean nuevos retos con relación a su manejo. ¿Es posible entenderlos como servicios en el sentido tradicional o suponen una categoría radicalmente nueva? ¿Debe rechazarse todo tipo de subsidios y de planes de pago para evitar el surgimiento de incentivos perversos?

En un artículo profundamente detallado, el autor ofrece una visión coherente de la actualidad de los servicios ambientales, así como de los retos que ofrecen y las opciones para sortearlos.

* El presente artículo fue originalmente publicado en Journal of Land Use & Environmental Law 21. La traducción estuvo a cargo de Monica Nuñez, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos al autor por permitirnos la publicación del presente artículo.

** Profesor del curso de Políticas Ambientales en la Universidad de Duke.

Para entender el poder y reto de los servicios ambientales, es mejor empezar nuestra historia hace quince años, bajo el sol incandescente del desierto de Arizona. Fue allí donde, atravesando una multitud de reporteros y cámaras, el 26 de setiembre de 1991 ocho hombres y mujeres ingresaron a una enorme estructura de vidrio, sellando herméticamente la puerta que daba al exterior. Este mundo en miniatura de 3.15 acres, llamado Biósfera II, había sido diseñado sin escatimar gastos con el objetivo de recrear las condiciones de la Tierra (presumiblemente llamada Biósfera I). La Biósfera II buscaba recrear un ambiente verdaderamente auto-sostenible, incluyendo una selva tropical, océano, pantano, sabana y hábitats desérticos. Estos ocho valerosos aventureros, conocidos como los "Bionautas", intentaron permanecer dentro de este mundo miniatura por dos años. A los dieciséis meses de su aventura, sin embargo, los niveles de oxígeno se habían caído a plomo en un 33%; los niveles de óxido nitroso habían aumentado ciento sesenta veces, alcanzando niveles en que podrían causar daños cerebrales; las hormigas y enredaderas habían arrasado con la vegetación, y diecinueve de las veinticinco especies que habitaban la Biósfera se encontraban extintas, al igual que todos los polinizadores. El experimento fue abandonado¹.

¿Qué fue lo que falló? Con un presupuesto que excedía de doscientos millones, los diseñadores de la Biósfera II intentaron establecer sistemas biológicos capaces de recrear los servicios básicos que sustentan la vida misma –servicios como la purificación del aire y agua, control de peste, renovación de la fertilidad del suelo, regulación del clima, polinización de cultivos y de vegetación, así como la desintoxicación y descomposición de desperdicios. Estos servicios naturales, conocidos como "servicios ambientales", frecuentemente son dados por sentado; sin embargo, son absolutamente esenciales para nuestra existencia, como los habitantes de la Biosfera II lo aprendieron con pesar².

Creados por la interacción entre los organismos vivos y su medio ambiente, los servicios ambien-

tales proveen las condiciones y procesos que sustentan la vida humana. Dada la evidente importancia para nuestro bienestar, podríamos asumir que a los servicios ambientales se les asignaría un precio al interior de los mercados y serían protegidos por reguladores. Salvo raras excepciones, sin embargo, no se da ninguna de dichas situaciones. Las razones a las que, básicamente, se debe esta falta de reconocimiento, son tres.

La primera de ellas es la ignorancia. En nuestra sociedad, disfrutamos de los beneficios de comida y servicios con el simple acto de pasar una tarjeta de crédito –beneficios que los emperadores y reyes del pasado tan sólo habrían podido imaginar–; sin embargo, generalmente olvidamos de dónde provienen. ¿Realmente nos sorprende que muchos niños, al preguntarles por el origen de la leche, respondan –sin dudarlo– "del supermercado"³? La disociación de la sociedad moderna, entre computadoras, automóviles y ropa por un lado, y biodiversidad, ciclismo nutritivo y polinización del otro, es real y difícil de superar para una población en creciente urbanización.

La ignorancia sobre los servicios ambientales se entiende más allá del público en general. Para entender las políticas instrumentales que protegen los servicios o administran el paisaje que nos provee de dichos servicios, debemos entender la provisión de servicios en una escala ecológica local –cómo se genera y cómo llega a su destinatario. Tenemos una idea bastante clara de que talar enteramente un bosque, por ejemplo, debilitará dramáticamente el ecosistema de servicios de retención de nutrientes, purificación del agua y control de desbordes e inundaciones. Sin embargo, y felizmente, la mayor parte de la actividad de administración no implica la destrucción total de un área. Mucho más comunes son los cambios marginales: ¿cómo afectará la calidad del agua, las inundaciones y las poblaciones de aves al talar el veinte por ciento de este bosque en este lugar? En la mayoría de los casos que implican un cambio en el uso de la tierra, se trate de bosques, pantanos o alguna otra área, simplemente no conocemos la respuesta.

¹ MAUGH, Thomas H. "2 Years Inside a Living Lab Is it Science or a Stunt?". En: L.A. TIMES, 23 de setiembre de 1991. p. 1.; TILMAN, David y Joel COHEN. "Biosphere 2 and Biodiversity: The Lessons So Far". Science 274. 15 de noviembre de 1996, p. 1150.; RADFORD, Tim. "The Buck Stops Here: How Do You Calculate the Real Value of the Earth's Life Support System". En: GUARDIAN. 6 de marzo de 1997. p. 6.

² Además de aquellos enumerados anteriormente, otros servicios ambientales son: mitigación de inundaciones y sequías, biodiversidad y diversos ciclos de importancia. Fuente: "Nature's Services: Societal Dependence on Natural Ecosystems". Gretchen Daily edition. 1997 (en adelante, "Daily").

³ Ver, por ejemplo: CASHMAN, Tyrone. "Where Does it Come From? Where Does it Go?". En: Media Values. Verano de 1990. p. 12. En: http://www.medialit.org/reading_room/articles49.html; MAZZUCCO, Roberta. "From the Farm to Your Table: Where Does Our Food Come From?". Yale-New Haven Teachers Institute. 1997. En: <http://www.yale.edu/ynhti/curriculum/units/1997/7/97.07.07.x.html>.

Esta falta de conocimiento se debe, en parte, a la falta de información relevante y a la dificultad de la tarea. Los experimentos a nivel de ecosistemas son complicados y debe dedicárseles tiempo para poder lograr información confiable. Fundamentalmente, la investigación científica actual se ha concentrado más en entender los procesos ambientales que en determinar los servicios ambientales. Así, no es lo mismo entender cómo funciona un ecosistema a comprender cuáles son los servicios ambientales de los que éste nos provee⁴. Esto ha comenzado a cambiar por medio de estudios de provisión de servicios en paisajes administrados que se publican en diarios conocidos; sin embargo, se trata de una práctica reciente⁵.

El segundo obstáculo al reconocimiento y protección de servicios es económico. La mayoría de los servicios ambientales son bienes públicos. Todos aquellos que vivan en un país con fronteras seguras y bajo índice criminal, por ejemplo, se benefician de ello, paguen impuestos o no. De manera similar, aquellos que viven río abajo de pantanos, se benefician del rol que éstos juegan al demorar inundaciones, sea que hayan pagado para conservar los pantanos o no. De hecho, muchos servicios ambientales, abarcando desde el control de inundaciones y estabilización del clima hasta la polinización, proveen esa forma de beneficios no-exclusivos⁶. No es difícil encontrar mercado para los bienes ambientales (como el agua limpia y las manzanas), pero los servicios ambientales que subyacen a éstos (como la purificación de agua y la polinización) son gratis. Los servicios carecen de valor de mercado por el simple hecho de que no existen mercados en que éstos puedan ser vendidos o comprados. Como resultado, no existen mecanismos directos para imponer un precio que muestre la escasez o degradación de estos bienes públicos hasta que éstos fallan (en dicha situación, el valor escondido de estos bienes se evidencia en los costos de repararlos o sustituirlos). Cuando compramos una propiedad en los pantanos, pagamos por la ubicación y la belleza del paisaje, no por el rol que los pantanos juegan como hábitat de vida marina o como filtro de nutrientes. Son estas circunstancias las que

hacen que sea tan sencillo dar por sentados los servicios ambientales.

Esta situación se hizo trágicamente evidente con las recientes inundaciones de Nueva Orleans. Los pantanos que habrían podido desacelerar las inundaciones habían venido siendo degradados lentamente por el desarrollo de tuberías y la canalización del Mississippi, que ahogó los pantanos con sedimento⁷. Durante la elevación de las aguas en Nueva Orleans, la población se dio cuenta de la importancia de los servicios que las zonas pantanosas les hubieran podido proveer, pero dicho reconocimiento llegó muy tarde.

Otro obstáculo económico para la creación de mercados de dichos servicios es el problema de la acción colectiva. Los mercados de servicios ambientales sólo podrán establecerse si existen grupos diferenciados de compradores (beneficiarios de servicios) y vendedores (proveedores de servicios). De otra manera, los costos de transacción serían demasiado elevados para la formación de los contratos. La naturaleza de bien público de muchos servicios hace de esto una verdadera preocupación. La biodiversidad, por ejemplo, beneficia la agricultura al asegurar la provisión del servicio de diversidad genética y beneficia la farmacología al proveer antibióticos y otros compuestos medicinales⁸. El problema radica en que todos nos beneficiamos de ello, y en que los costos de transacción de encontrar suficientes beneficiarios y lograr que ellos negocien por el servicio son demasiado altos. Por ende, no nos sorprende que los compradores privados de los beneficios de la biodiversidad sean difíciles de encontrar, lo que explica por qué existen tan pocos mercados para la biodiversidad. Como resultado, si el uso de la tierra provee servicios ambientales valiosos, pero éstos son aprovechados por un grupo difuso de beneficiarios, es poco probable que surja un mercado por estos servicios si es que no está acompañado de intervención gubernamental.

Como punto final, no vale nada que la ignorancia y la existencia de bienes públicos –entendidos

⁴ KREMEN, Claire. "Managing Ecosystem Services: What Do We Need to Know About Their Ecology?". En: Ecology Letters 8. 2005. p. 468 (establece que "es reducida nuestra habilidad para predecir cuánta tierra debe protegerse y cómo deben restringirse dichos terrenos para proveer suficiente cantidad y calidad del agua"). Entrevista telefónica con Gretchen C. Daily, Profesora Asociada del Departamento de Ciencias Biológicas de la Universidad de Stanford. 14 de enero de 2003.

⁵ Ver: p. 18, *infra*.

⁶ Asimismo, no son rivales, en cuanto el disfrute y consumo que una persona hace de los servicios no resta beneficios a otra.

⁷ HIRSH, Dennis. "Wetlands' Importance Now Made Clear". En: Atlanta Journal-Constitution. Sección A11. 12 de setiembre de 2005. En: <http://www.ajc.com/opinion/content/opinion/0905/12edwetlands.html>.

⁸ Apenas uno de cuatro fármacos se deriva de recursos vegetales y uno de cada cuatro, de animales y microorganismos. Ver: MYERS, Norman. "Biodiversity's Genetic Library". En: Daily. Ver: nota 2, *supra*. pp. 259, 263.

como las barreras para la creación de mercados—estén relacionados. Los mercados generan conocimiento. Tenemos un entendimiento muy avanzado de cómo manejar las tierras de cultivo para maximizar la producción de cultivos comerciales por el simple hecho de que *se trata de cultivos comerciales*. Manejar la tierra eficientemente en la producción de cultivos genera una ganancia. Tenemos un entendimiento mucho más pobre de cómo administrar la tierra para la provisión de servicios; no porque los servicios carezcan de valor sino porque los dueños de las tierras no pueden captar el valor que su tierra provee. Los mercados de agricultura manifiestan claramente a los agricultores del valor que tiene el cambiar la vegetación remanente para sembrar nuevos cultivos; pero no existen mercados para la biodiversidad, la calidad del agua o el control de inundaciones que reflejen la pérdida de beneficios en la tierra una vez que ésta es utilizada.

El obstáculo final es de índole institucional. Tal como se señala en la primera sesión de cualquier curso de Derecho del Medio Ambiente, las jurisdicciones políticas raramente coinciden con áreas de trascendencia ecológica como las líneas divisorias de aguas. Las líneas fronterizas de los estados, provincias y municipalidades no siguen eficientemente los límites ecológicamente trascendentes. Como resultado, los esfuerzos por administrar paisajes que nos aseguran la provisión de servicios son fácilmente confundidos con los problemas de acción colectiva. En una fascinante contradicción a esta práctica, Nueva Zelanda y un significativo número de estados australianos han creado cuerpos de captación administrativa que ejercita autoridad en el planeamiento del uso de la tierra a través de una línea divisoria de aguas⁹; pero siguen siendo una excepción a la regla.

Dadas estas barreras para el reconocimiento, la asesoría y la administración de los servicios am-

bientales, no debería sorprendernos que nuestras leyes no protejan los servicios ambientales de manera explícita. La protección legal de estos sistemas no constituía un objetivo primario (ni secundario) cuando nuestras leyes ambientales básicas fueron bosquejadas hace cerca de dos décadas. En general, las normas que regulan la contaminación en nuestro país (por ejemplo, el Clean Air Act¹⁰ y el Clean Water Act¹¹) se basan en estándares de salud humana. Nuestras normas de conservación (por ejemplo, el Endangered Species Act¹² y el Marine Mammal Protection Act¹³) son específicas para cada especie. El planeamiento por medio de normas de administración de recursos (por ejemplo, el National Forest Management Act¹⁴ y el Federal Land Policy and Management Act¹⁵) deben acomodar múltiples usos muchas veces conflictivos entre sí. Por supuesto, parte de estas normas, tales como la sección 404 del Clean Water Act —que rige los estándares de calidad del agua y los programas de permisos en pantanos—¹⁶, las provisiones para hábitats críticos del Endangered Species Act¹⁷ y el uso de especies indicadoras como el búho manchado¹⁸ del National Forest Management Act, claramente podrían coadyuvar en la conservación de los servicios ambientales. El punto consiste en que, sin embargo, estas leyes no tuvieron la intención de proveer estándares legales para la conservación del capital natural y de los servicios que éste provee; como muchos autores han manifestado, en la práctica ellas no proveen dichos estándares¹⁹.

¿Cómo podríamos utilizar las normas para proteger los servicios ambientales? Comencemos con un paisaje hipotético. El agua se mueve a través de líneas divisorias de aguas, a través de valles de cultivo y hacia un lago que provee agua potable para una comunidad cercana. Existe una preocupación creciente sobre los niveles de nutrientes en el lago. Los ingenieros expertos en aguas desean construir una planta de tratamiento. Otros

⁹ Consejo Distrital de Tasman, *et al.* "Integrated Catchment Management for the Motueku River, Project Summary" En: http://icm.landcareresearch.co.nz/site_details/programme_summary.htm; Autoridad de Catchment/Pesca de Sydney. "About the Sydney Catchment Authority" En: <http://www.sca.nsw.gov.au/about> (Describe la historia y el propósito de la Autoridad de Pesca de Sydney).

¹⁰ 42 U.S.C. §§ 7401–7671(q) (2000).

¹¹ 33 U.S.C. §§ 1251–1387 (2000).

¹² 16 U.S.C. §§ 1531–1544 (2000).

¹³ *Ibid.* §§ 1361–1421(h).

¹⁴ *Ibid.* §§ 1600–1614.

¹⁵ 43 U.S.C. §§ 1701–1785 (2000).

¹⁶ Clean Water Act § 404, 33 U.S.C. § 1344 (2000).

¹⁷ 16 U.S.C. § 1533 (2000).

¹⁸ *Ibid.* § 1604(g)(3)(B).

¹⁹ Ver, por ejemplo, RUHL, J.B. "Ecosystem Services and the Common Law of 'The Fragile Land System'". En: *Natural Resources and Environment* 20. Otoño de 2005. pp 3–4.; BURNETT, David W. "New Science But Old Laws: The Need to Include Landscape Ecology in the Legal Framework of Biodiversity Protection". En: *Environs Environmental Law and Policy Journal* 23. Otoño de 1999. pp. 47, 68–69.; HOUCK, Oliver A. "On the Law of Biodiversity and Ecosystem Management". En: *Minnesota Law Review* 81. 1997. pp. 869, 880–83; RUHL, J.B.. "Biodiversity Conservation and the Ever-Expanding Web of Federal Laws Regulating Nonfederal Lands: Time for Something Completely Different?". En: *University of Colorado Law Review* 66. 1995. p. 555.

ingenieros, sin embargo, están convencidos de que los niveles de nutrientes podrían reducirse a un costo mucho menor si los agricultores cercaran los linderos de sus propiedades. Ello permitiría que la vegetación creciera de manera paralela a los riachuelos y, en el proceso, capturara muchos de los nutrientes que fluyen con la corriente. Al elegir qué instrumento o política legal utilizar para regular el comportamiento de los agricultores, el gobierno puede elegir de un grupo de cinco herramientas. Me gusta referirme a ellas como las “cinco P”: prescripción, penalidades, persuasión, derechos de propiedad y pago.

A través de la *prescripción*, el gobierno se basa en regulaciones de tipo ordena-y-controla, ordenando ciertos comportamientos, prohibiendo otros e imponiendo penalidades por la falta de cumplimiento. “*Debéis cercar las riberas, o ateneros a...*”¹ las penalidades financieras y los cargos, modifican el comportamiento mediante las señales financieras de impuestos y tasas. Aquel acercamiento no prohíbe rotundamente ciertas actividades pero las hace más costosas (así como cobrar por metro de ribera sin cercar). La *persuasión* se basa en una aproximación informativa: educar a los propietarios sobre las consecuencias de sus prácticas administrativas sobre el paisaje e informarlos acerca de los enfoques alternativos. La meta de este enfoque es la auto-regulación; explicar a los agricultores cuáles son los beneficios que recibirían al estabilizar las riberas en sus terrenos. La cuarta aproximación es la basada en el Derecho Real, los *derechos de propiedad*. Estos instrumentos están basados en la privatización y asignación de accesos a los recursos, sin importar si se trata del derecho a una pesca particular o a la habilitación para emitir cierta cantidad de gases contaminantes. En nuestro ejemplo, podríamos requerir que los agricultores eligieran entre implementar cierto porcentaje de cercas al lado de la orilla o a cubrir el equivalente en concesiones de implementación que pudieran intercambiarse. El enfoque final es el *pago*; ello usualmente asume la forma de un subsidio, ya sea como un pago directo o ahorro fiscal (*tax break*), justificado por un tema de bienes públicos —la sociedad obtiene grandes beneficios de ciertas actividades pero, por las fallas del mercado, no paga por ellas. A pesar

de que, debido a su impacto sobre los presupuestos estatales, es menos atractivo que la regulación, este enfoque suele ser popular entre los propietarios de tierras por razones evidentes. En efecto, este es el enfoque que generalmente hemos utilizado al promover el cercado de riberas²⁰.

Así, existe un amplio número de estrategias entre las que se puede escoger para diseñar la intervención gubernamental con el objeto de asegurar el cercado de las orillas. Sin embargo, uno podría apreciar el tema desde una perspectiva totalmente distinta. ¿Por qué no —podríamos argumentar— simplemente apreciar la situación por lo que es —la oferta de bienes valiosos a consumidores— a través de un sistema que explícitamente imponga precios por servicios prestados? O, visto de otra manera, ¿por qué no enfocar la provisión de los servicios ambientales que hacen los agricultores como cualquier otra provisión de bienes agrícolas que ellos prestan al mercado? Ciertamente, los agricultores están acostumbrados a los arreglos contractuales por sus productos agropecuarios. ¿Por qué no tratar la oferta de servicios de filtración de agua como una transacción en el mercado, en que los agricultores administran su tierra de la misma manera en que quienes nos proveen de papas y productos lácteos se encargan de sus cultivos comerciales? En muchos aspectos, la provisión de servicios ambientales no diferiría de la oferta de productos agropecuarios, con el nivel de compensación directamente relacionado a la calidad del servicio prestado.

A pesar de que esto suene como una idea disparatada, existen varios mercados ambientales operando alrededor de todo el mundo. El mejor conocido de ellos está en los Estados Unidos. A principios de los noventa, la combinación de regulación estatal y realidad de costos llevó al Estado de Nueva York a reconsiderar su estrategia de abastecimiento de agua. El sistema de agua en Nueva York provee alrededor de 1.2 cientos de millones de toneladas de agua potable a alrededor de nueve millones de residentes neoyorquinos diariamente²¹. El noventa por ciento de esta agua es extraída de la línea divisoria de aguas de Catskill/Delaware, la que se extiende a 125 millas al norte y al oeste de la ciudad²². De acuerdo con las

¹ Nota del traductor: Traducción libre de: “*Thou shalt put in place streamside fencing, or else...*”.

²⁰ Ver: Congressional Research Service. Reportes 98-451. “Animal waste management and the environment”. 1998. (Describe programas de subsidios para protección de las riberas en las granjas).

²¹ GOLDSTEIN, Eric A. y Mark A. IZEMAN. The New York Environment Book 138. 1990.

²² Oficina independiente de presupuesto de la ciudad de New York. “The Impact of Catskill/Delaware Filtration on residential water and sewage charges in New York City 3”. Noviembre de 2000. En: <http://www.ibo.nyc.ny.us/iboreports/waterreport.pdf>.

enmiendas federales al Safe Drinking Water Act, se requirió a los proveedores municipales y de otros tipos que filtraran la superficie de sus provisiones de agua a menos que pudieran demostrar que habían asumido otras opciones como tomar medidas para proteger a sus consumidores de la dañina contaminación del agua²³.

Al enfrentarse a estas dos opciones (proveer de agua limpia a la ciudad por medio de una planta de filtración o a través de la administración del interfluvio, Nueva York fácilmente concluyó que la segunda opción era mucho más efectiva en términos de costos. La construcción de una planta de filtración costaría entre seis y ocho cientos de millones de dólares²⁴. Por otro lado, los esfuerzos de protección de las líneas divisorias de aguas, que incluirían no sólo la adquisición de terrenos cuyas líneas divisorias de aguas se encuentren en situación crítica, sino también el diseño de una variedad de programas diseñados para reducir los niveles de contaminación en el *watershed*, generaría un costo de aproximadamente ciento cincuenta mil millones de dólares²⁵. Actuando en nombre de los beneficiarios de los servicios de purificación de agua de Catskill, la ciudad de Nueva York eligió invertir en capital natural, en lugar de capital construido. Y no se trata solamente de Nueva York; el Ministerio de Ambiente y Energía en Costa Rica cobra un pequeño sobre costo en sus rentas mensuales de agua a cerca de veinte mil consumidores de agua situados alrededor de la ciudad de San José. Estos fondos son utilizados para pagar a los agricultores de las líneas divisorias de aguas más altas que convinieron en preservar y administrar sus bosques²⁶.

Asimismo, Costa Rica también ha lanzado un esquema nacional de pagos por provisión de servicios ambientales, conocido como Pagos por Servicios Ambientales (PSA)²⁷. El PSA permite al

gobierno intervenir en la formación de contratos con propietarios de terrenos por la provisión de cuatro servicios: retención de carbono, calidad y cantidad de agua (agua potable, irrigación y energía hidroeléctrica), conservación de la biodiversidad y belleza estética del ecoturismo²⁸. Para mediados del año 2000, apenas doscientas mil hectáreas de bosque eran utilizadas para la provisión de servicios a cambio de este tipo de pago. Un adicional de ochocientas mil hectáreas habían sido propuestas para la administración de su conservación y no habían sido incluidas en el programa debido al inadecuado financiamiento²⁹.

En Australia, el Departamento de Recursos Naturales y Ambiente del Estado de Victoria ha desarrollado un programa conocido como BushTender, destinado a conservar los remanentes de vegetación nativa dentro de propiedad privada³⁰. A cambio de pagos efectuados por el gobierno estatal, los poseedores de estos terrenos se comprometen a cercar y administrar un porcentaje –acordado– de vegetación nativa por un lapso pactado³¹. Este programa se basa en el modelo del Conservation Reserve Program (CRP) estadounidense, el más grande esquema de pago por servicios ambientales en el mundo³². El CRP provee rentas de pago anual y comparte el costo de las prácticas de conservación que se desarrollan en tierras agrícolas³³.

Existen muchos otros ejemplos que podría presentar en este trabajo³⁴, pero los anteriormente expuestos son suficientes para sustentar dos puntos básicos. En casi todos los mercados de servicios sólidos, el gobierno juega un rol central. Más aún, debido a los bienes públicos y a las barreras de acciones colectivas, en la mayoría de mercados existe un solo comprador. Para simplificarlo, actualmente los mercados de servicios más exitosos operan como monopsonios, con un

²³ Safe Drinking Water Act, 42 U.S.C. §§ 300g-1(b)(7)(C) (2000).

²⁴ Gretchen Daily & Katherine ELLISON. "The New Economy of Nature". 2004. p. 63. (En adelante: Daily & Ellison).

²⁵ Loc. Cit.

²⁶ "New economy of Nature". Ibid. p. 65.

²⁷ Ibid. p. 40.

²⁸ Ibid. p. 42.

²⁹ Es importante destacar, sin embargo, que la mayor parte de la tierra ha sido administrada buscando la biodiversidad, no los servicios del agua. Ello se debe, principalmente, a los recursos disponibles y al número de compradores dispuestos. El Banco Mundial, mediante un préstamo de 32 millones de dólares, y su Global Environment Facility, con 8 millones de dólares de garantía, han provisto los medios para solventar el mantenimiento de la biodiversidad. Loc. Cit.

³⁰ Ver: STONEHAM, Gary y otros. "Auctions For Conservation Contracts: An Empirical Examination Of Victoria's Bushtender Trial". 2002. pp. 12-13. En: <http://eprints.anu.edu.au/archive/00002198/01/stoneha1.pdf>.

³¹ Ibid. pp. 10-11.

³² Farm Service Agency de los Estados Unidos de América. "Fact Sheet: Conservation Reserve Program". Abril de 2003. En: <http://www.fsa.usda.gov/pas/publications/facts/html/crp03.htm>.

³³ Ibid.

³⁴ Ver: el Mercado Ambiental Virtual del Grupo Katoomba. En: http://ecosystemmarketplace.net/pages/section_landing.news.php.

único comprador para múltiples ofertantes de servicios. La razón por la que los contratos de preservación de la biodiversidad han tenido tanto éxito en Costa Rica se debe al rol dominante que jugaron el Banco Mundial y el Global Environment Facility como un único comprador subrogado que se presentó como único comprador mundial en representación del mundo entero. El éxito del BushTender se debe también a que se trata de un monopsonio. Esto es igualmente cierto en el caso de Catskills, en que las autoridades de la ciudad de Nueva York constituyen el único comprador de servicios de purificación de agua. Ya sea que se trata de biodiversidad o de agua, es el gobierno quien paga por estos servicios en nombre de la ciudadanía. Debe resaltarse que este tipo de acciones es totalmente apropiado, dado que mediante ellas se corrigen las fallas del mercado originadas por la propiedad común de estos bienes.

Dado que la mayoría de los mercados de servicios funciona como monopsonio, ellos efectivamente asumen la forma de planes de pago (*payment schemes*). Pero los esquemas de pago por servicios ambientales, así como por cualquier clase de servicio, destacan temas difíciles que necesitan ser confrontados. Existen buenas razones, a pesar de todo, para que “pago” y “subsidios” sean palabras para muchos economistas. En efecto, los planes de pago pueden llevarnos a lo que muchos podrían apreciar como políticas con implicancias relativamente inquietantes: ¿estamos pagando a las personas adecuadas? ¿Estaríamos enviando un mensaje que fomenta o desincentiva una ética de administración de la tierra? ¿Estaríamos, efectivamente, pagando por derechos que los propietarios de terrenos nunca tuvieron?

Si uno considera nuevamente nuestro ejemplo del agua que atraviesa un valle y la exigencia del pago por implementar el cercado en las riberas, luego de un momento de reflexión, el pago por servicios sugiere situaciones tensas. Los agricultores que ya habrían instalado estas cercas carecerían ahora de un potencial para la prestación de servicios y, como resultado de ello, no existirían razones para que reciban el pago. ¿Debería pagársele a un propietario de tierras que provee servicios ambientales? Dado el presupuesto finito con el que contamos, la respuesta a esta pregunta parecería ser un “no”. Es difícil imaginar un plan de pago práctico, por ejemplo, en que todos pagan a alguien cuya vegetación reduce el flujo de nutrientes a una línea divisoria de aguas. Si uno busca casos así de discretos de aprovisionamiento de servicios ambientales, claramente encontrará que algunos usos de la tierra son más importantes que otros. Pero, ¿de qué manera podemos decidir a quién se debe

pagar y a quién no? E incluso se plantea una cuestión más problemática, ¿debería pagarle el gobierno a aquellos que, en muchos aspectos, pueden ser los *causantes* del problema?

Tratándose de los propietarios que actualmente nos proveen de este tipo de servicios (y tienen muy poca ventaja) o aquellos cuyas propiedades causan los mayores problemas en cuanto al traslado de nutriente (y, por tanto, tienen mayor poder para la provisión de estos servicios), ¿deberían ellos recibir pago por servicios ambientales? Asentando estas preguntas, ¿cuál es el paradigma propicio para la provisión de servicios ambientales por agricultores? ¿Deberíamos considerar a los agricultores como responsables de la contaminación y, con ello, sujetarlos al principio de “contaminador pagador”, la piedra angular de muchas de las políticas ambientales actuales? Si es así, entonces presumiblemente no deberíamos pagar a los agricultores sino, por el contrario, gravarlos con impuestos. O, por el contrario, ¿son los agricultores potenciales proveedores de servicios valiosos y, por ello, se merecen el pago tanto como se lo merecerían los operadores de una planta de tratamiento de agua?

Para enmarcar de manera cruda este relato, imaginémonos dos agricultores con terrenos alejados, A y B, quienes crían ganado vacuno para proveer de productos lácteos y cuyos terrenos se encuentran a la orilla de un riachuelo que fluye hacia un reservorio. Preocupado por la erosión de las líneas divisorias de aguas, hace cinco años el agricultor A instaló cercas en los linderos de su terreno, creando un parachoques ribereño de diez pies en su lado de la orilla. Este cambio en la administración de la tierra ha reducido significativamente la cantidad de nutrientes y suelo que se desprendían de su terreno y, consecuentemente, redujo la eutrofización y turbiedad del arroyo. El Agricultor B, por su lado, continuó administrando su tierra de la misma manera en que lo hacían sus predecesores, con nutrientes y abono luego de acontecimientos tormentosos que redujeron la calidad del agua en la reserva que se encontraba al otro lado del riachuelo. ¿El proveedor de agua debería encontrarse dispuesto a realizar pagos para lidiar con la eutrofización y turbiedad del agua? De ser así, ¿cuál de los agricultores debería hacerse acreedor a dichos pagos, y por qué cantidad?

No existe una respuesta sencilla a este rompecabezas. Una respuesta parcial yace en relación con los derechos de propiedad. Si pudiéramos demostrar fácilmente que los agricultores no tienen el derecho a permitir que su abono y suelo

desciendan a la ribera, entonces pagarles por ello sería una mala política. La simple imposición de los derechos de propiedad debería ser suficiente. En la mayoría de los casos, sin embargo, no queda claro que los agricultores tengan este derecho o no. Toma tiempo cambiar las prácticas tradicionales, y el sistema de pagos como sistema de transición puede ser utilizado para agilizar y simplificar este cambio.

Al evaluar los méritos relativos de este argumento, ciertamente es de ayuda considerar si tiene sentido en algún otro escenario. Demos un paso atrás y, por ejemplo, considerémoslo en el contexto de la contaminación. ¿Cuál sería la reacción inmediata a la propuesta de que deberíamos pagar a una fábrica para que deje de contaminar porque todos nos beneficiamos del aire limpio?, ¿es una idea tonta? Pero, ¿realmente son tan distintos los agricultores cuando el servicio que proveen al instalar cercas es sólo un poco mayor que la contribución de su ganado a la eutrofización del agua? Los pagos a la fábrica parecen tontos solamente porque el rol de preocupación por la contaminación de las fábricas ha sido claramente establecido. Las normas de contaminación regulan los límites máximos de emisión de gases. Como resultado, si queremos que éstos mejoren más allá de los estándares para obtener aire más limpio; esencialmente, *sí* les pagamos. En el innovador programa que la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos desarrolló durante el gobierno de Clinton, conocido como Project XL, la Agencia prometió mayor flexibilidad (un pago administrativo legal de alguna clase) como contraprestación a un mejor desempeño³⁵. El intercambio de esquemas bajo el Clean Air Act provee una lección similar³⁶. Cuando son repartidos los permisos para dióxido de azufre, lo son en base a las emisiones históricas, en lugar de ser sometidos a una subasta, básicamente distribuimos permisos para contaminar entre los propietarios de fábricas. Las compañías que emiten menos de lo permitido son premiadas concediéndoles el derecho de vender sus concesiones a otras fuentes contaminantes.

Otra importante preocupación que genera el sistema de pagos es el riesgo moral. Recordemos que el agricultor A ha venido administrando sus tierras con mucho cuidado, instalando la cerca por su propia iniciativa para evitar la erosión de las riberas fluviales; al mismo tiempo, el agricultor B continuó

con sus prácticas tradicionales, permitiendo que su ganado retoce en las orillas sin instalar el cercado. Desde un primer vistazo, pagarle al agricultor B para que mejore su propiedad a partir del cercado ribereño tiene sentido. Ello reduciría la contaminación que desciende a la represa. Pero, ¿cómo podríamos describir este sistema como un plan de pagos por servicios ambientales? De primera impresión, parece que estuviéramos instaurando un pago por la *falta* de servicios ambientales. Ello significa que al agricultor A, quien ya se encuentra proveyendo estos servicios, recibirá menos que el agricultor B, quien actualmente provee escasos servicios. El punto clave radica en que reconozcamos que realmente no estamos pagando por servicios ambientales sino por *mejoras en la provisión de estos servicios*.

Nuestra meta, finalmente, es la mejora en la calidad del agua. Al respecto, deberíamos valorar más aquellas conductas que mejoran la calidad del agua en los márgenes. Ellas serán, primeramente, conductas asumidas que a partir de hoy, y en adelante, mejorarán el *status quo*. Desde esta perspectiva, entonces, inicialmente deberíamos pagar una mayor cantidad a los agricultores B del mundo —aquellos que cambien el uso de su tierra— que a los agricultores A que ya han implementado estas mejoras. Esto se debe a la simple razón de que las acciones que asuma el agricultor B nos llevarán a mayores mejoras marginales.

Este enfoque, sin embargo, podría develar un problema conocido como “riesgo moral”. Si decimos que las personas están recibiendo pagos por proveer un servicio, entonces ¿cómo podemos olvidarnos de aquellos que ya están prestándolo? ¿Qué tipo de mensaje queremos enviar? O, de manera más general, ¿no estaríamos pagando a los malos actores y, por tanto, fomentando el comportamiento no deseable? ¿Cómo contabilizamos la equidad tomando en cuenta la punto de partida ya existente? Es posible que aquellos agricultores que han realizado las inversiones con anticipación y administrado responsablemente sus tierras finalmente no reciban pagos por ello. Sólo aquellos que han sido menos responsables se verán beneficiados; el argumento se dirige a crear un desincentivo sobre el manejo de las tierras. Los propietarios de tierras responsables pueden verse desincentivados si quienes administran de manera menos eficiente su tierra se ven recompensados por

³⁵ U.S. Environmental Protection Agency. “What is Project XL?”. En: <http://www.epa.gov/projectxl/file2.htm>.

³⁶ Clean Air Act, 42 U.S.C. § 7651. (2000).

ello. Ciertamente, esto no conduce a la forma de administración ética de la tierra a la que queremos dirigirnos.

No resulta fácil responder a estos retos. Una solución, a pesar de no ser enteramente satisfactoria, es simplemente afirmar que la vida no es justa. Los Gobiernos subsidian algunas actividades agrícolas más que otras. Los productores de caña de azúcar en Florida pueden recibir mayores cantidades de dinero proveniente del Gobierno Federal que quienes cultivan maíz en Dakota del Sur, y quienes se dedican al cultivo de maní en Georgia pueden recibir mejores consejos de programas de investigación que aquellos que cultivan manzanas en Washington. Más aun, ni las políticas de subsidio ni los mercados están basados en la equidad. Los mercados están diseñados para explotar las diferencias entre compradores y vendedores, no deshacerse de ellas. Un mercado que busca eliminar la heterogeneidad será un mercado llano.

Sin embargo, existen muchas posibilidades de que se trate de pagos innecesarios. En otras palabras, un esquema de pagos atraerá intentos no sólo de aquellos que, motivados por los pagos, están dispuestos a variar las prácticas en el manejo de su tierra, sino también de aquellos que ya realizaron los cambios pero saben apreciar una ayuda cuando la ven. Sin embargo, este problema del “superávit del consumidor” puede no lograr extenderse demasiado, dado que –presumiblemente– la mayoría de personas que querría cambiar el manejo de su tierra ya lo habrá hecho³⁷.

Estas afirmaciones abarcan temas de equidad, no de incentivos perversos. Posiblemente más preocupante es la probabilidad de que los agricultores B del mundo se demoren en implementar prácticas administrativas en sus tierras ante la expectativa de que eventualmente recibirán pagos para hacerlo. En una situación extrema, uno podría imaginarse a los agricultores efectivamente empeorando su manejo del terreno para incrementar los pagos potenciales por la provisión del servicio.

Para situar esto en un contexto más doméstico, imaginemos que nuestra asociación de pro-

pietarios de un condominio quisiera abarcar el problema de las fiestas ruidosas al obligar a los propietarios bulliciosos a implementar un acuerdo restrictivo en sus contratos de arrendamiento³⁸. ¿Podría considerarse como una buena solución el ofrecerles un pago a los vecinos bulliciosos para que implementen dicho acuerdo en sus contratos? No si esto creara un incentivo perverso que motivara a los otros vecinos a subir el volumen de sus equipos de música para verse beneficiados con el pago o, aun peor, si se difundiera esta situación y los amantes del Heavy Metal decidieran mudarse a este condominio con la única finalidad de recibir pagos por utilizar audífonos. En efecto, una crítica común de los subsidios es que pueden, sin estar conscientes de ello, recompensar el comportamiento mismo que intentan suprimir³⁹.

Volviendo a la situación de los agricultores y el paisaje, si el valor relativo de los pagos se comparase a las pérdidas de los comportamientos estratégicos, entonces los riesgos morales tendrían menos probabilidades de convertirse en un problema. Una vez que uno se aleja de las acciones de riesgo moral que imponen costos, sin embargo, el problema se vuelve más difícil, como en el caso de la conservación de la biodiversidad. Pueden existir pequeños costos directos en optar por el cultivo de cereales o la administración de la tierra que degrada el hábitat crítico, y las preocupaciones por el riesgo moral no pueden dispensarse simplemente.

Una preocupación relacionada con la creación de mercados para servicios ambientales se centra en el impacto que ello podría tener sobre las normas públicas que rigen la administración de la tierra. ¿Acaso los pagos públicos por provisión de servicios proyectan el mensaje de que la provisión privada es innecesaria o poco valorada? Los programas de pago del Gobierno pueden poner en riesgo la ética de las tierras al asignarle un precio a la administración ambiental, fomentando que la administración responsable se convierta en dinero en lugar de en valores ambientales. Una vez que los pagos se conviertan en un lugar común, se arriesga a erosionar las nociones comunes de la responsabilidad por el cuidado del ambiente y desmotivar la inversión privada en el ambiente al

³⁷ El uso de una subasta en reverso, como se hace en el esquema Bush Tender australiano, también reducirá el costo de estos pagos, dado que los precios ofrecidos a los agricultores serán relativamente bajos, en el sentido que, dado que lo habrían hecho gratuitamente, cualquier pago es mejor que ninguno.

³⁸ Este ejemplo es una adaptación de: WIENER, Jonathan B. “On the Political Economy of Global Environmental Regulation”, *Geography/Geology/GEO Law Journal* 87. Febrero de 1999. pp. 749, 782.

³⁹ En su ya conocido libro de economía ambiental, por ejemplo, Baumol y Oates presentan una prueba económica que muestra cómo los subsidios otorgados a la industria contaminante son contraproducentes. Ver: BAUMOL, William J. y Wallace E. OATES. “The Theory Of Environmental Policy”. Segunda Edición. 1998. pp. 221-224.

crear la impresión de que la administración ambiental es responsabilidad de los gobiernos y no de los individuos⁴⁰.

Claramente, la ley puede influir sobre la formación de normas, aunque en maneras usualmente complicadas e indirectas. Como análisis final, es útil y mortificante considerar el pensamiento de Aldo Leopold, el famoso ecologista y más influyente escritor en el tema de conservación. Mientras Leopold hubiera bienvenido el compromiso de crear fondos para efectuar pagos por conservación, John Echeverría señala:

“[É]l pensó que la ‘falaz doctrina que afirma que el gobierno debe subsidiar todo tipo de conservación’ finalmente podría ‘llevar a la bancarrota ya sea al Fisco, a la tierra o a ambos’. La propiedad pública ‘puede abarcar sólo una fracción de lo que debe hacerse, e incluso sólo de manera extraña, costosa y con constantes conflictos de intereses’”.

Al final del día, él pensaba que aquellos preocupados por el problema de mantener la salud de la tierra debían lidiar con la realidad de la propiedad privada de las tierras. “El problema básico es inducir a los propietarios privados a conservar en su propia tierra, y la adquisición de millones o billones de tierras no puede alterar este hecho, ni tampoco que hasta ahora ellos no lo han hecho”⁴¹.

Si bien los mercados de servicios ambientales han presentado, tal vez, los más emocionantes desarrollos en la práctica, tres eventos recientes son también dignos de llamar nuestra atención, por cuanto pueden tener consecuencias significativas para la conservación de los servicios ambientales.

El primero fue una conferencia que tuvo lugar en Stanford en mayo del año pasado; en ésta, los representantes del Nature Conservancy and World Wildlife Fund se reunieron con expertos en servicios ambientales de variedad de áreas para soltar ideas acerca de cómo una perspectiva de servicios podría cambiar la manera en que estos grupos realizan sus negocios. No obstante, es muy pronto aún para especular si estas organizaciones adop-

tarán dicha perspectiva, aunque claramente se encuentran interesados.

Uno podría pensar que el mayor cambio desde una perspectiva más amplia de los servicios ambientales, sería la reconsideración de qué tierra debe protegerse y de qué manera debería hacerse. En lugar del enfoque tradicional en el valor que tienen determinados terrenos en términos de biodiversidad, las organizaciones para la conservación podrían –tal vez– proteger íntegramente un área menor en lugar de trabajar con propietarios sobre un área más amplia para administrar sus tierras productivamente. El objetivo sería hacer esto de manera que aseguremos la provisión de servicios, sea respecto de su biodiversidad, polinización, etcétera. El resultado neto sería mayor atención sobre los paisajes donde el hombre ejerce su dominio, desarrollando la consciencia de que, a pesar de la importancia que tienen las reservas naturales, gran parte de la biodiversidad se encuentra en tierras administradas por el hombre.

Una perspectiva de los servicios ambientales también retiene el potencial para proveer flujos de ingresos que apoyen la conservación de la tierra y una gestión que resulte amigable ante la biodiversidad. Aún es demasiado pronto para especular sobre en qué medida los grupos ecologistas preferirán enfocarse en la provisión de servicios, en lugar de partir de la biodiversidad, para cambiar sus estrategias tradicionales frente a la conservación del valor de los paisajes trabajados. No vale nada, sin embargo, que durante cierto tiempo el World Wildlife Fund haya trabajado en base a una pequeña escala de pagos por servicios ambientales, usualmente consiguiendo que las personas paguen por conservar los bosques en base a argumentos centrados en el agua, los arrecifes de coral o las industria de la pesca⁴².

Para que ello suceda, será necesario un incremento en el examen que hace la investigación científica sobre la biodiversidad, por una parte, y la intensidad relativa y la naturaleza del uso de la tierra, del otro. Necesitamos entender a mayor profundidad la capacidad que tienen los paisajes administrados por el hombre para brindar este tipo de servicios (dependiendo en la escala, tipo e

⁴⁰ YOUNG, Mike. “Department of Sustainability and Environment, Duty of Care: An instrument for increasing the effectiveness of catchment management”. 2003. p. 15. En: <http://www.vcmc.vic.gov.au/Web/Docs/Duty%20of%20care-final.pdf>.

⁴¹ ECHEVERRÍA, John. “What Would Aldo Leopold Say?: An Ambiguous Environmental Victory in the House of Representatives”. En: Tom Paine.com. 11 de mayo de 2000. En: <http://www.tompaine.com/Archive/scontent/3094.html>

⁴² Correo Electrónico de Taylor Ricketts, Ph.D. Director de Conservation Science en el World Wildlife Fund. 13 de noviembre de 2005. (En el archivo del autor).

intensidad del uso de la tierra). Ello está comenzando a suceder. El National Center for Ecological Analysis and Synthesis, por ejemplo, ha creado dos grupos de investigación relevantes: uno de ellos examina cómo incorporar los servicios ambientales al planeamiento de conservación y el trabajo de las organizaciones no gubernamentales el general; el otro, asesora sobre la manera cómo que restablecer los servicios ambientales de polinización y paisajes degradados⁴³.

Otro emocionante desarrollo ha sido el lanzamiento de una tienda virtual de servicios ambientales. Este suceso muestra que los mercados —y particularmente los mercados ambientales— no se desarrollan basados en la sola voluntad; ellos requieren una política sana, mucha ciencia y, principalmente, información transparente y oportuna. Para que estos mercados funcionen, es necesario que la gente sepa que existen, y los participantes necesitan saber clara y fácilmente quiénes son los compradores, quiénes los vendedores y cuál el precio. También es necesario que haya un claro entendimiento de los cambios en políticas que propician estos mercados, así como de la ciencia que los sostiene. A la fecha, este vacío de información ha constituido una barrera al crecimiento de los mercados de servicios ambientales. Durante el año pasado, sin embargo, una organización conocida como “The Katoomba Group” o Grupo Katoomba se viene involucrando para llenar este vacío de información⁴⁴.

El Grupo Katoomba es una organización única. Cuenta con una intencionalmente amplia cantidad de miembros, incluyendo compañías de productos forestales, negocios, bancarios, activistas de base y periodistas; ha logrado congrega expertos de Australia, México, Colombia, Suecia, Canadá, el Reino Unido, Brasil, Indonesia, China, Japón, Uganda, los Estados Unidos y docenas de otros países⁴⁵. Durante el año pasado, el Grupo Katoomba ha desarrollado una página web conocida como Mercado Ambiental, con lanzamientos separados en el UICN Global Congress de Bangkok, Londres y la ciudad de Nueva York⁴⁶.

La meta del Mercado es ambiciosa: busca convertirse en un centro proveedor de servicios inte-

grales (*one-stop shop*) donde se pueda encontrar información básica y oportuna acerca de mercados emergentes y esquemas de pago por servicios ambientales alrededor del mundo. Como se percibe de lo anterior, quien quiera participar de un mercado necesita información básica: precios, transacciones, cómo se miden, empaican y venden los servicios; dónde encontrar a los vendedores y compradores; etcétera. Lloyds, de Londres, es hoy conocido alrededor del mundo como un gigante de los seguros, pero vale la pena recordar que comenzó como un café muy popular donde los empresarios se acercaban a intercambiar información acerca de las noticias de envíos⁴⁷. El Mercado busca proveer el mismo tipo de fuente central de información e interconexión para los compradores y vendedores de hoy en día, simplificando las transacciones, catalizando las nuevas formas de pensar y estimulando el desarrollo de los nuevos sistemas ambientales.

Esta página web proveerá la información, disponible a sólo un click de los comerciantes de bienes ambientales, reguladores gubernamentales, negocios afectados por regulación ambiental, bancas y financieras, científicos, organizaciones de desarrollo ambiental y comunitario, así como a productores de poca ganancia interesados en tocar estos mercados. Todos estos jugadores necesitan involucrarse en los mercados ambientales para alcanzar su máximo potencial. La página web también proveerá análisis de las políticas sobre cómo operan estos mercados en la realidad, su impacto sobre los ecosistemas mismos, sobre los productores de bajos ingresos y los grupos comunitarios de países en desarrollo. Varias instituciones han apoyado esta iniciativa, desde el Banco Mundial hasta el U.S. Forest Service, el Citigroup y ABN-AMRO.

El último desarrollo que realmente podría despertar el interés de la gente está relacionado con la Farm Bill del año 2007. Los subsidios a la agricultura son, como todos saben, significativos en los Estados Unidos, así como en muchos otros países. Al tiempo que el asegurar tanto la provisión de alimentos como la prosperidad de los agricultores son metas plausibles, los impactos del intercambio de subsidios son poderosos y

⁴³ Centro Nacional para el Análisis y Síntesis Ecológico. Proyectos de Investigación. En: <http://www.nceas.ucsb.edu/nceas-web/projects/>.

⁴⁴ En aras de la transparencia, señalo que soy parte del Directorio de Katoomba.

⁴⁵ The Katoomba Group, integrantes en: <http://www.katoombagroup.org/members.htm>.

⁴⁶ Ver la página de inicio del Katoomba Group: <http://www.katoombagroup.org>.

⁴⁷ Cronología en: http://www.lloyds.com/About_Us/History/Chronology.htm.

muchas veces resultan terriblemente dañinos para los agricultores de los países en desarrollo que no pueden competir con los granos, frutas y otros cultivos importados⁴⁸. En efecto, un gran número de autoridades conocidas ha argumentado que el paso más importante para promover el desarrollo sustancial sería eliminar los subsidios a la agricultura⁴⁹. Es más fácil decirlo que hacerlo, dado que una reducción sustancial de los subsidios a la agricultura se ha mantenido tradicionalmente fuera de las mesas de diálogo en los encuentros internacionales⁵⁰. Hasta hace muy poco, todos consideraban que estos temas tenían una sensibilidad política muy alta, que los *lobbies* nacionales de la agricultura eran demasiado poderosos, etcétera⁵¹.

En una serie de casos en contra de los subsidios al algodón de los Estados Unidos y a los subsidios al azúcar de Europa, Brasil cambió el *status quo* al persuadir a los centros de conciliación de la Organización Mundial de Comercio de que estos subsidios violaban las normas internacionales de intercambio⁵². Estas decisiones iniciaron abruptamente discusiones (que ya se encontraban en camino desde la Ronda de Doha) para la siguiente serie de reglas de intercambio internacional. Podríamos entrar en mayor detalle sobre la naturaleza intrínseca a las decisiones de Brasil, la "Cláusula de la Paz" y las "cajas" de agricultura de la Ronda uruguayana y las negociaciones que tuvieron lugar en Doha⁵³. Para nuestros propósitos, sin embargo, es suficiente reconocer que los programas de subsidio de materias primas se encuentran bajo amenaza más que nunca antes. El pago directo, el apoyo a las exportaciones y los programas de control de insumos necesitan convertirse en quejas a la Organización Mundial de Comercio. Ello requerirá de una desvinculación entre los subsidios y la producción que no se ha dado nunca antes. En efecto, un sistema parecido

de desvinculación está en camino en la Unión Europea⁵⁴.

¿Por qué me centro en este aparentemente irrelevante relato en medio de una discusión acerca de los servicios ambientales? El *lobby* agrícola no parece estar dispuesto a abandonar sus millones de dólares en subsidios sin antes pelear, así que vale la pena considerar la hidrúlica de esta situación. Si estos fondos no pueden dirigirse directamente a los subsidios que apoyan la producción entonces, ¿adónde podrían dirigirse? Muchas personas hablan acerca de la opción de que estos fondos se dirijan a los sistemas ambientales. Existe un interés creciente en expandir el rol actual de los programas de apoyo a la administración de paisajes (conocidos por sus siglas: CRP, CSP, WRP y EQIP, por ejemplo) del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos (USDA). Este cambio potencial no podría haber sido más evidente que en un discurso dado en el mes de agosto pasado por el Secretario de Agricultura Mike Johanns. En él, declaró: "hoy anuncio que la USDA buscará ampliar el uso de mercados de servicios ambientales a través de mecanismos de mercado voluntarios. Puedo imaginarme un futuro en que los créditos por agua limpia, gases de invernadero y pantanos pueden intercambiarse tan fácilmente como el maíz o los granos de soya"⁵⁵.

Es una señal de los tiempos cuando uno de los más importantes funcionarios del gobierno en cuanto a temas de agricultura llama abiertamente por un futuro basado en el crecimiento y desarrollo de los mercados de servicios ambientales. Es necesario esperar y ver, por supuesto, si llamados tales como el del Secretario Johanns nos guían hacia la reforma. Se dice que la actividad de legislación es tan poco atractiva como ver la

⁴⁸ Ver: LA VIÑA, Antonio. *et al.* "Beyond the Doha Round and the Agricultural Subsidies Debate: Toward a Reform Agenda for Livelihoods and the Environment 6". World Resources Institute: Working Paper. 2005.

⁴⁹ Ver, a manera de ejemplo: GONZALEZ, Carmen G. "Institutionalizing Inequality: The WTO Agreement on Agriculture, Security, and Developing Countries". En: Columbia Journal of Environmental Law 27. 2002. pp. 433, 463-465.; GATHII, James. "A Critical Appraisal of the NEPAD Agenda in Light of Africa's Place in the World Trade Regime in an Era of Market Centered Development". Transnational and Contemporary Problems 13. 2003. pp. 179, 181; UDOMBANA, Nsongurua J. "A Question of Justice: The WTO, Africa, and Countermeasures for Breaches of International Trade Obligations". J. Marshall Law Review 38. Verano de 2005. pp. 1153, 1174; BHALA, Raj. "World Agricultural Trade in Purgatory: The Uruguay Round Agriculture Agreement and Its Implications for the Doha Round". Notre Dame Law Review 79. 2003. pp. 691, 698.

⁵⁰ PETIT, William. "The Free Trade Area of the Americas: Is It Setting the Stage for Significant Change in U.S. Agricultural Subsidy Use?". Texas Technical Law Review 37. Invierno de 2004. pp. 127, 147.

⁵¹ Ibid. pp. 132-133.

⁵² Ver: Panel Report. "United States - Subsidies on Upland Cotton". 8 de setiembre de 2004. pp. 350-351, WT/DS267/R (en ella solicita a los Estados Unidos que "retire los efectos adversos" de sus pagos en apoyo a los productores domésticos de algodón).

⁵³ Ver: World Trade Organization, Agriculture-gateway. En: http://www.wto.org/english/tratop_e/agric_e/agric_e.htm.

⁵⁴ Ver: EUROPA -Agriculture- CAP Reform - una perspectiva a largo plazo para la agricultura sostenible (adoptaba en setiembre de 2003). En: http://europa.eu.int/comm/agriculture/capreform/index_en.htm (que describe la reforma de su Política Agrícola Común).

⁵⁵ El Honorable Mike Johanns, Secretario del Departamento de Agricultura de Estados Unidos, en una conferencia en la Casa Blanca sobre Conservación Cooperativa. En: Nota de Prensa del Departamento de Agricultura de Estados Unidos. Nota de Prensa 0335.05. En: <http://www.usda.gov>.

fabricación de embutidos, y las normas de agricultura pueden ser aun más desagradables.

Sin embargo, esta declaración representa un tiempo de cambio en las políticas de la USDA y tendrá repercusiones importantes en los próximos meses y años. En efecto, hemos avanzado mucho en un corto tiempo.

Nos encontramos en un momento emocionante para trabajar en el campo de los servicios ambientales. Grandes jugadores, desde grupos de conservación ambiental hasta corporaciones mul-

tinacionales, están despertándose a la idea de que una perspectiva en base a los servicios puede aumentar la conservación y ganar una retribución competitiva sobre las inversiones. Los gobiernos, a niveles locales, nacionales e internacionales, están cada vez más atentos al potencial de un enfoque explícitamente basado en conservar los servicios ambientales y crear mercados de estos servicios. Como nunca antes, los investigadores académicos encaran tanto la responsabilidad como la oportunidad de examinar cómo plasmar la teoría de la creación de servicios ambientales en la práctica.

James Salzman

LA ECONOMÍA DE LOS RECURSOS NATURALES: ESCASEZ, AGOTAMIENTO, REGALÍA, EXPLOTACIÓN Y OTROS CONCEPTOS SUJETOS A EVALUACIÓN MORAL (O REDISTRIBUCIÓN ESTATAL)*

Roxana Barrantes Cáceres**

La protección ambiental es un tema que ha tomado por sorpresa tanto al legislador como a la sociedad peruana. Esto supone una serie de desafíos y obstáculos que, para poder ser superados, deben ser identificados.

En un artículo apoyado en el análisis de información y estadísticas de primera mano, encontramos una lúcida fotografía de las dificultades que actualmente encontramos en la legislación nacional para un verdadero desarrollo sostenido; lo que nos permite identificar, si no todos, por lo menos sus principales deficiencias y posibles soluciones.

* Agradezco a los alumnos del curso Economía Ambiental e Incentivos, del semestre 2008-I, de la PUCP, cuyas preguntas contribuyeron a motivar este artículo. Por la asistencia en la investigación, agradezco a María Kathia Cárdenas, del Instituto de Estudios Peruanos. Los errores y omisiones son mi responsabilidad.

** Investigadora principal del Instituto de Estudios Peruanos (IEP).

Si bien al final de los tiempos, sostienen los optimistas, bastará la energía solar y la capacidad creativa de los seres humanos para mantener la vida en el planeta, hasta que lleguemos a ese punto necesitamos los recursos naturales aquí y ahora. Los pesimistas sostienen que es importante conservar los recursos naturales, para lo que tendría que evitarse la explotación irracional. En ese contexto, ¿cuál sería una posición realista o pragmática?

La perspectiva económica para el análisis de los recursos naturales parte de reconocer su carácter de bien privado, opuesto a los bienes ambientales reconocidos como bienes públicos. Como bien privado, tiene mercado y, por lo tanto, un precio acorde a ello que indica su escasez relativa una vez extraído. Pero los recursos naturales, antes de ser extraídos, también tienen un valor que se llama “renta de escasez” y constituyen así un depósito de valor. Tanto el precio como la renta de escasez, junto a la tasa de interés, determinan cuánto de cada recurso se extrae en cada punto del tiempo o, dicho en otras palabras, con qué velocidad se agotan los recursos agotables, o se extraen los recursos renovables.

El párrafo anterior resume los conceptos básicos de la economía de los recursos naturales, que explicaremos en detalle en la primera sección de este artículo. En la segunda sección, tratamos de discernir cómo, si acaso de alguna manera, estos conceptos han sido recogidos en la legislación peruana que regula la explotación de recursos naturales y cómo se han traducido en recursos que han sido asignados a ciertos fines públicos. La gran conclusión es que los conceptos económicos básicos no están recogidos en nuestra legislación y que esa falta puede comprometer el desarrollo sostenible al que, de otro modo, se podría aspirar.

La reflexión contenida en este artículo se construye sobre la base de tres trabajos previos, y de los cuales prestamos extensamente: “Análisis

económico de los recursos naturales”¹, “Hacia un nuevo Dorado. Economía de los Recursos Naturales”², y “Aspectos económicos en la investigación sobre la concesión como instrumento jurídico para el aprovechamiento de los recursos naturales. El canon de recursos naturales”³.

I. LOS TEMAS ECONÓMICOS

A. La perspectiva económica

El primer tema que debemos abordar es si la economía considera que todos los bienes de la naturaleza son recursos naturales. Desde el punto de vista estrictamente económico, solamente serán considerados recursos naturales aquellos que cumplan dos condiciones: (a) que los humanos conozcan sus usos; y (b) que estén dispuestos a pagar por obtenerlo, es decir, que exista una demanda⁴. Así, se establece de partida una distinción entre los recursos naturales, que son bienes privados en el sentido económico, y los bienes y servicios ambientales, que tienen carácter de bien público, es decir, que son no rivales y no exclusivos⁵.

Los recursos naturales pueden ser clasificados en renovables o agotables. Estaremos frente a recursos renovables cuando el tiempo requerido para aumentar los *stocks* sea lo suficientemente corto para el horizonte de planeamiento de los seres humanos. Por ejemplo, los recursos pesqueros son renovables. Serán agotables cuando los aumentos de *stocks* solamente puedan verificarse como resultado de nuevos descubrimientos⁶. Por ejemplo, los hidrocarburos son recursos agotables.

El enfoque económico de los recursos naturales los concibe como parte del acervo de capital de una sociedad, es decir, son parte de la riqueza de una sociedad. Constituyen una forma de capital que no es “creado” como sí lo es el tradicionalmente llamado capital (o activos fijos) o el

¹ BARRANTES, Roxana. “Análisis Económico de los Recursos Naturales”. En: MARTICORENA, Benjamín (editor). “Recursos Naturales, Tecnología y Desarrollo”. Cusco: Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas. 1993. pp. 33-43.

² BARRANTES, Roxana. “Hacia un nuevo dorado. Economía de los Recursos Naturales”. Lima: Consorcio de Investigación Económica. 1997.

³ BARRANTES, Roxana. “Aspectos económicos en la investigación sobre la concesión como instrumento jurídico para el aprovechamiento de los recursos naturales. El canon de recursos naturales”. En: CHIRINOS, Carlos y Manuel RUIZ. “Concesiones sobre Recursos Naturales: una oportunidad para la gestión privada”. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. 2003. pp. 125-152.

⁴ REES, Judith. “Natural Resources, Allocations, Economics and Policy”. Londres y Nueva York: Routledge. 1990.

⁵ La comprensión económica de los bienes privados y de los bienes públicos, según su carácter rival o exclusivo, es una constante fuente de desentendimiento entre abogados y economistas.

⁶ Pero los nuevos descubrimientos pueden no ser parte de las reservas económicas, que son aquellas que resulta rentable extraer, dados los precios actuales. La noción de reservas también tiene varios calificativos.

capital humano (acumulación de conocimiento, experiencia y capacidad para continuar aprendiendo). Así entendidos, los recursos naturales componen el capital natural de una sociedad, sirven como depósito de valor y generan valor en la medida que se utilizan⁷. Estas características nos permitirán luego discutir el concepto de sostenibilidad.

B. La renta de escasez

Los recursos naturales generan una renta de escasez. En economía, el concepto de renta responde a los pagos por encima del costo de oportunidad de un recurso, originados en algún atributo especial⁸. El atributo especial en este caso es el carácter fijo, o agotable, de la oferta dentro del periodo relevante (horizonte de planeamiento) para la toma de decisiones. Cualquier unidad del recurso extraído, digamos una tonelada de cobre, se vende por un precio, que constituye el ingreso por unidad extraída. Ese precio de mercado del recurso extraído tiene dos componentes de costo económico: uno, el más conocido, es el costo de extracción, es decir, todos los recursos sacrificados en el proceso de extracción, como son el pago por la maquinaria, mano de obra, retribución adecuada al capital utilizado, posibles pagos por costos ambientales, otros insumos, etcétera. El otro componente de costo es el de la renta de escasez, ya que al extraer hoy una unidad de un recurso, se impone un costo, ya que la unidad extraída ya no estará disponible en el futuro. Para efectos del cálculo, la renta de escasez es la diferencia entre el precio de mercado y el costo marginal de producción.

La renta de escasez se convierte así en el precio del recurso no extraído, o el precio del recurso en el subsuelo. Por ejemplo, si se desea valorizar las reservas, la renta de escasez es el precio a utilizar. El recurso no extraído tiene precio, o costo de oportunidad, en la medida que el momento cuando se extrae una unidad del recurso, éste ya no está disponible en el futuro. Cuánto se extraiga hoy es importante para determinar cuánto estará disponible en el futuro; de ahí que cada unidad extraída hoy impone un costo de oportunidad a

la extracción futura; y este costo de oportunidad es el que se retribuye mediante la renta de escasez.

La renta de escasez, como hemos explicado, recoge el costo de oportunidad de extraer hoy una unidad de recurso en lugar de esperar hasta mañana. Al fluctuar los precios de mercado de los recursos naturales, el monto que se ajusta no es el costo de extracción, sino es el de la renta de escasez. La intuición económica detrás de esas fluctuaciones es clara: cuanto más bajo el precio de mercado, relativamente menos escaso es el recurso, por lo que la renta de escasez será menor. La recíproca es cierta: cuanto más alto el precio de mercado, relativamente más escaso es el recurso, por lo que la renta de escasez será mayor.

Así entendida, la renta de escasez es un concepto que retribuye a las unidades de recurso que son extraídas, y no a los resultados económicos o contables de la firma responsable de la extracción. Es un concepto vinculado a la cantidad de recursos extraídos, al volumen producido, y no a la existencia de "utilidades contables" en una explotación.

La renta de escasez, en tanto precio del recurso no extraído, constituye ingresos para el dueño del recurso. Así, cobra importancia el derecho de propiedad sobre los recursos del subsuelo, porque quien sea propietario de los recursos naturales, será aquel que tenga derecho a recibir la renta de escasez.

C. La renta de escasez y el costo del usuario

La renta de escasez es un concepto sencillo de comprender en el caso de los recursos agotables: en tanto extraigo, el recurso extraído ya no estará disponible y, por lo tanto, la extracción impone un costo a los demandantes futuros. En el caso de los recursos renovables, como los pesqueros o forestales, extraer hoy una unidad del recurso no solamente evita que esa unidad extraída esté disponible en el futuro, sino también impide que esa unidad siga participando del proceso de vida involucrado por su interacción con los recursos

⁷ DASGUPTA, Partha y Geoffrey HEAL. "Economics Theory of Exhaustible Resources". Cambridge: Cambridge University Press. 1979.

⁸ En: RICARDO, David. "On the Principles of Political Economy and Taxation", Cambridge: Cambridge University Press. 1951: "Rent is that portion of the produce of the earth, which is paid to the landlord for the use of the original and indestructible powers of the soil". (p. 67). "If all land had the same properties, if it were unlimited in quantity, and uniform in quality, no charge would be made for its use, unless it possessed peculiar advantages of situation. It is only, then, because land is not unlimited in quantity and uniform in quality...that rent is ever paid for the use of it." (p. 70).

sin extraer. Si bien son conceptos equivalentes, la noción de costo del usuario puede ser más útil que la de renta de escasez para comprender el costo de oportunidad involucrado en la extracción de recursos renovables.

El costo del usuario, o la renta de escasez, para recursos renovables incluye, así, el costo impuesto a las generaciones futuras por dos conceptos. El primer concepto es el compartido con los recursos agotables, es decir, una unidad del recurso extraída hoy ya no está disponible en el futuro. El segundo concepto es propio de la misma posibilidad de hacer crecer el *stock* del recurso renovable, dando cuenta así de la contribución del recurso extraído en las posibilidades de crecimiento futuro de la misma unidad extraída (como en forestal y pesquero), y de las interacciones con el resto del *stock* (claramente en el caso pesquero).

D. La optimalidad del agotamiento

La decisión de cuánto extraer de un recurso natural en cada momento del tiempo es simple y similar a la decisión sobre cualquier acción: siempre que el costo compense el beneficio. La complicación surge porque, en el caso de los recursos naturales, hay costos adicionales que considerar. En el caso de los recursos agotables, claramente debe agregarse la renta de escasez como costo de oportunidad por la apreciación del recurso sin extraer. En el caso de los recursos renovables, debemos agregar a la renta de escasez propiamente dicha, el costo del crecimiento adicional al periodo siguiente.

En tanto se trata de una decisión intertemporal, es decir, que mi decisión de hoy tiene consecuencias sobre la disponibilidad futura del recurso, el criterio que dominará la decisión es la tasa de interés, la que nos dice cuánto se puede ganar si se extrae el recurso hoy y se coloca el dinero en el banco a ganar un interés. Así, extraeremos si el valor de la contribución al *stock* por no extraer es menor a lo que puede ganarse en inversiones alternativas, y no extraeremos si el valor de la contribución al *stock* por no extraer es mayor a lo que puede ganarse en inversiones alternativas.

Implícita en esta regla está la constatación de que el recurso en el suelo se aprecia a medida que, por la extracción, se hace más escaso. En el caso de recursos agotables, se hablará del óptimo patrón de agotamiento del recurso en el tiempo. El recurso se agotará cuando se alcance el precio máximo que, además, nos indica cuál es el costo

del sustituto renovable más cercano que se denomina “tecnología de contención”. El significado aquí puede ser literal: la tecnología de contención evita que el recurso agotable suba más de precio.

E. Acceso libre

El costo del usuario es incluido en el cálculo de la decisión económica sobre si continuar explotando o no, y cuánto, siempre que los costos que refleje sean privados. Concretamente, ¿cuánto paga al dueño del recurso un extractor de petróleo, por ejemplo? ¿Cuánto paga al dueño de yacimientos de oro un extractor de oro? Evidentemente, el mismo cálculo ocurre con los recursos renovables. Solamente se incluirán todos los costos del usuario si están internalizados, es decir, si algún agente es responsable de ellos.

La internalización del costo del usuario pasa claramente por una acción del Estado que asigne responsabilidades y, de hecho, privatice el recurso. Solamente así, los extractores de recursos renovables tomarán en consideración el efecto de su decisión de cuánto extraer sobre el *stock* actual y sobre las posibilidades de regeneración de ese *stock*. Pero sin acción estatal, los agentes privados también podrían internalizar dichos costos, siempre que hacerlo les sea más beneficioso que el costo involucrado. El hecho que no lo hagan no hace más que confirmar que no resulta privadamente conveniente hacerlo.

Estas circunstancias caracterizan el denominado “acceso libre”. Cuando no hay reglas de internalización de costos para extraer recursos, ninguno de los agentes tomará en cuenta el costo que sus decisiones imponen a los demás. El resultado será la sobreexplotación, que, dicho sea de paso, es racional, es decir, maximiza la utilidad de agentes que no ven más costos que los privados.

F. Conservación y sostenibilidad

La economía entiende la conservación como los desvíos en el patrón de extracción de un recurso natural respecto de lo que sería óptimo. En otras palabras, un recurso está siendo conservado si se prevé su agotamiento en un tiempo mayor que aquel recomendado por la pura eficiencia económica. Un recurso está siendo sobreexplotado si se prevé su agotamiento en un tiempo menor al que el criterio de eficiencia llamaría a realizar. Así, en términos económicos, no hay conservación absoluta de recursos. Como todo en la economía neoclásica, la conservación es relativa, es decir, se define

comparada al patrón óptimo de agotamiento.

Bajo esta perspectiva, es importante reflexionar sobre el destino de los ingresos por la explotación de recursos naturales. Para ello, utilicemos una analogía y preguntémonos qué pasaría si vendemos nuestra casa (activo de capital físico) para comprar alimentos (gasto de consumo recurrente). Rápidamente llegaríamos al acuerdo que si lo hacemos, estaríamos empobreciéndonos, ya que estaríamos limitando nuestra capacidad de generar ingresos en el futuro. Por el contrario, si vendiéramos la casa para comprar una máquina (otro activo de capital físico) o para invertir en educación (activo de capital humano), podríamos afirmar con seguridad que la capacidad de generar ingresos en el futuro no ha sido afectada y que, por lo tanto, el potencial empobrecimiento sería nulo.

Apliquemos el mismo razonamiento a la explotación de recursos naturales. Entendidos como un activo de capital natural, al explotarlos (extraerlos) estamos afectando nuestra capacidad de generar ingresos en el futuro porque lo extraído hoy ya no estará disponible para extracción en el futuro. Cuánto se afecte esta capacidad generadora de ingresos, es decir, cuánto se está enriqueciendo (aumentando la capacidad) o se está empobreciendo (disminuyendo la capacidad), dependerá de cuánto de los ingresos por explotación de recursos naturales es invertido en otras formas de capital. Si los ingresos no se dedican a inversión en otros tipos de capital (como serían infraestructura, educación, máquinas), es razonable afirmar que esa sociedad se está empobreciendo, es decir, que estaría minando, literalmente, su capacidad de generación de riqueza en el futuro. Por el contrario, si se dedican recursos para mantener la capacidad productiva intacta, sea cual sea el tipo de capital en el que se concentra, se hablará de sostenibilidad débil.

II. LO ECONÓMICO Y CÓMO SE PLASMA EN LO LEGAL

En tanto dominan la asignación de recursos escasos, tanto a nivel del individuo, como del hogar, de la empresa, así como de la nación como un todo, la comprensión de los conceptos económicos es fundamental. Ello permitirá evaluar el marco legal, identificando cuáles de los conceptos, si alguno, ha sido incluido en las normas y de este modo en los incentivos que enfrentan los agentes para la toma de decisiones.

Esta sección discute estos temas, enfatizando el aspecto fundamental de los incentivos económicos: el precio de los recursos naturales.

A. ¿Es el canon equivalente a la renta de escasez económica?

El concepto más utilizado en el Perú para dar cuenta de los frutos de la explotación de recursos es el del canon. Sin embargo, tal como veremos, se le usa para atender problemas redistributivos y no para resolver problemas de eficiencia, como los involucrados en la decisión de extracción de recursos naturales.

En el Perú, se ha establecido que los recursos naturales son patrimonio de la nación. En consecuencia, no se otorgan en propiedad a los particulares sino que solamente se otorga el derecho de aprovechamiento (o el usufructo). Dicho en palabras sencillas, los recursos naturales son propiedad de todos los peruanos. Aquel privado que los explote deberá retribuir a todos los peruanos con pagos que ingresan a las cuentas del Tesoro Público.

Se debería hablar así de “derecho de aprovechamiento del recurso natural” y, como tal, debería estar directamente vinculado a las cantidades de recursos que se extraen, o explotan. En otras palabras, el derecho de aprovechamiento, para dar cuenta de la renta de escasez y dar incentivos a una explotación eficiente, debe calcularse sobre la base de las cantidades de recursos extraídas y su valor. Para que el derecho de aprovechamiento refleje la renta de escasez, debe ser un costo del privado que explota, o extrae, o maneja, recursos naturales. Solamente así se internaliza el costo que la extracción actual impone a las generaciones futuras y que constituye el valor del recurso en el suelo –ese que es propiedad de todos los peruanos.

B. ¿Qué dice la Constitución?

El mandato normativo en el Perú, desde la Constitución de 1979 y reafirmado en la Constitución de 1993, establece que las zonas donde se ubican los recursos naturales deben recibir una participación adecuada por su explotación. Es la Constitución de 1993, en su artículo 77, la que establece con claridad que dicha participación es denominada canon. No solamente eso, sino que, también con meridiana claridad, establece que la participación se calcula sobre el impuesto a la renta percibido por la ex-

plotación de recursos naturales en cada zona⁹.

Así concebido, el canon es una regla de distribución de recursos públicos, de la misma manera que lo es el fondo de compensación municipal o el canon aduanero¹⁰. El canon termina siendo una promesa de redistribución de recursos públicos que se puede explicar por la falta de credibilidad de los ciudadanos hacia las reglas, políticas o promesas de redistribución de quien administra el aparato del Estado. Además, no depende solamente de las cantidades de recursos extraídas, que junto con los precios de mercado determinan los ingresos totales y luego la renta imponible, sino también de la eficiencia del operador, en tanto la renta imponible depende también del costo total de producción, o de las maniobras de elusión de impuestos que tenga a bien practicar.

Más aún, el precepto constitucional es muy amplio respecto de quién es receptor potencial de canon, o quién tiene recursos públicos asegurados, al establecer que serán las “respectivas circunscripciones”, que pueden ser varias: caseríos, centros poblados, distritos, provincias, departamentos, regiones. Y claro, esta imprecisión abre la puerta a conflictos y reclamos de recursos públicos por parte de las “respectivas circunscripciones” que, bien o mal, se autodenominan localidades donde se extraen recursos naturales. Se ha llegado a confusiones tales como pretender que el canon constituya, en realidad, una compensación por el deterioro del entorno natural circundante a minas.

C. La Ley Orgánica sobre aprovechamiento sostenible de recursos naturales

Frente a esta confusión, la Ley Orgánica sobre Aprovechamiento Sostenible de Recursos Naturales (Ley 26821), redactada al amparo de la Constitución de 1993, se refiere específicamente, en su artículo 20, a la Retribución Económica por Aprovechamiento de Recursos Naturales en los siguientes términos:

“Todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución

económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales.

La retribución económica a que se refiere el párrafo precedente, incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho, establecidos por leyes especiales.

El canon por explotación de recursos naturales y los tributos se rigen por leyes especiales”.

Una interpretación simple del artículo hace pensar que el canon y la retribución son conceptos diferentes. Esta diferencia es recogida en la Ley 27506, Ley de Canon, cuando estipula, en su artículo 1, que “el canon es la participación efectiva y adecuada de la que gozan los gobiernos regionales y locales del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado por la explotación económica de los recursos naturales”.

Derecho de aprovechamiento y canon tendrían así diferentes significados en la legislación peruana. La retribución correspondería al criterio económico de renta de escasez, apropiable por el dueño del recurso no extraído, que es la nación, cuyos recursos son administrados por el Estado. El canon, por su parte, constituiría únicamente un criterio de redistribución local, que tiene lugar en la medida que la empresa que realiza la explotación de recursos naturales genera rentas suficientes como para pagar el impuesto a la renta. De hecho, con este entendimiento del canon, éste podría generarse a partir de cualquier actividad realizada en cualquier circunscripción y correspondería así a un criterio asociado a la descentralización fiscal: ¿cuánto de los recursos fiscales generados en una circunscripción le corresponde directamente a los habitantes de dicha circunscripción?

Así entendido, el canon adquiere dos características importantes de destacar:

- *Es una parte de aquello que el Estado recibe por la explotación de recursos naturales.* Por la realización de cualquier actividad económica, el Estado recibe diferentes tipos de impuestos, siendo el impuesto a la renta (o a los ingresos) y el

⁹ “(...) corresponde a las respectivas circunscripciones, conforme a ley, recibir una participación adecuada del impuesto a la renta percibido por la explotación de los recursos naturales en cada zona, en calidad de canon”.

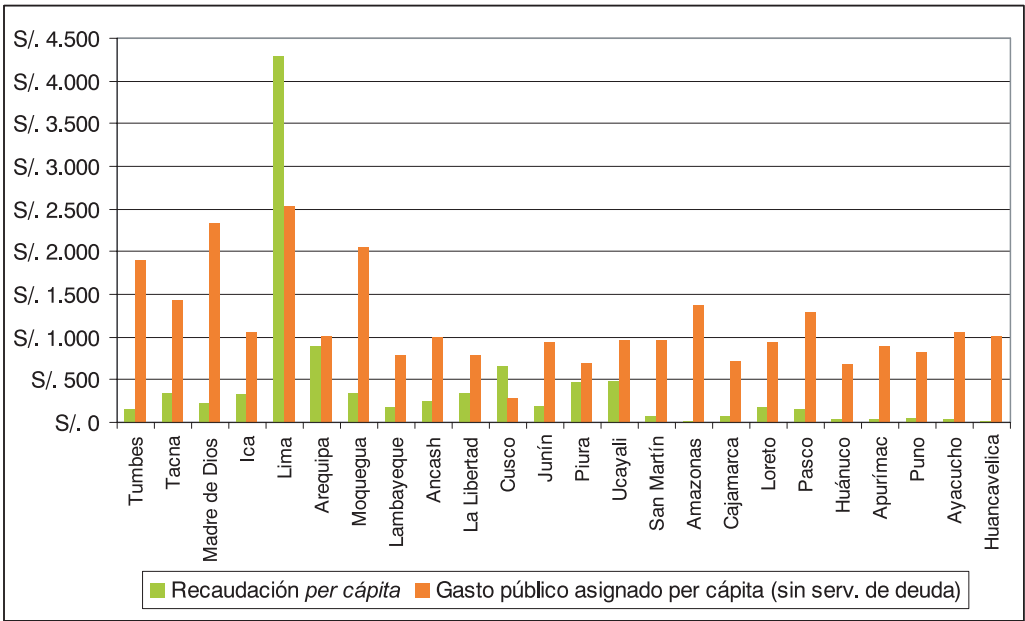
¹⁰ Esta línea de argumentación se desarrolla extensamente en: BARRANTES, Roxana. “Los fondos públicos o de cómo el presupuesto va perdiendo capacidad redistributiva”. En: Documento de Trabajo 152. Instituto de Estudios Peruanos y CIES. Junio 2007.

impuesto general a las ventas los dos más conocidos. Si una empresa realiza actividades de extracción o explotación de recursos naturales, el Estado, además, recibe regalías o pagos por el derecho de explotación. En el Perú, según la Ley, el canon es la parte de todos estos ingresos que le corresponde a un gobierno local o regional. Es importante anotar que la definición de la Ley de canon comprende una base de cálculo más amplia que la estrictamente definida en la Constitución de 1993.

- *Cobra significado en tanto los mecanismos fiscales de redistribución geográfica son limitados.* La constatación de que gran parte de los recursos del Tesoro Público son recaudados en Lima, ya que las empresas se domicilian en Lima aun cuando realicen sus actividades en otros lugares, se une a la percepción de que son también

gastados en la capital. Tal como se observa en el Gráfico 1 (que muestra para cada departamento del Perú, el gasto público per cápita, incluyendo canon y otras transferencias, asignado en 2007 así como la recaudación *per cápita*), Lima concentra la recaudación per cápita, así como el gasto per cápita, siendo uno de los departamentos menos pobres del Perú. Y este dato, en realidad, no es el que llama más la atención en este Gráfico. El dato más saltante es el carácter absolutamente regresivo del gasto público, cuando se lo mide por poblador. Los departamentos menos pobres (Tumbes, Tacna, Madre de Dios, Lima y Moquegua) reciben niveles *per cápita* de gasto público mucho mayores que los departamentos más pobres. Un Estado efectivamente preocupado por superar la pobreza, asignaría el gasto exactamente al revés: más por poblador en los departamentos más pobres.

Gráfico 1: Recaudación y gasto público asignado *per cápita* (sin servicio de deuda), según nivel de pobreza departamental (2007)



1/ El eje de abscisas está ordenado de menor a mayor nivel de pobreza departamental para el año 2006 (INEI, 2007). Así, mientras Tumbes tiene un nivel de pobreza total de 15,8% de la población, Huancavelica presenta un nivel de 88,7%.

2/ Se ha considerado sólo la recaudación por tributos internos.

Fuente: Censo (INEI, 2005), SIAF-MEF, SUNAT e INEI (2007).
Elaboración: propia.

Tanto desde el punto de vista del canon como herramienta de redistribución, como desde el punto de vista de la retribución económica por la explotación de recursos naturales localizados, la

explotación de todos los recursos naturales tendría que estar sometida al pago de una retribución, de la cual se debería destinar una parte al canon como criterio redistributivo. La justificación es

sencilla si recordamos que los recursos naturales son patrimonio de la nación y, por lo tanto, de todos los peruanos. En consecuencia, los dueños de los recursos tienen derecho a una retribución. Sin embargo, se podría reconocer un matiz si se entiende al canon únicamente como herramienta redistributiva, en el sentido que los recursos naturales extraídos en el departamento de Lima no deberían estar sujetos a canon, debido a que allí se concentra el gasto de recursos públicos. Es claro que la excepción se origina por la dimensión geográfica y no por alguna característica del recurso natural.

D. La manera de calcular el canon para los diferentes recursos naturales

La Ley 27506 crea el canon gasífero, pesquero, forestal, y recoge los existentes canon petrolero, minero e hidroenergético. De estos tres últimos, el más importante en cuanto a montos e historia es el canon petrolero. La Ley no regula el canon por el uso del espectro radio eléctrico y otros recursos naturales incluidos en la definición de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento de Recursos Naturales.

Cuadro 1:
Recurso Natural, Base de Cálculo del Canon, según la Ley 27506, su Reglamento Decreto Supremo 005-2002-EF y modificatorias

Recurso natural / Actividad	Base de cálculo Ley 27506	Base de cálculo Reglamento
Minería	<i>Artículo 9 (modificado por el Artículo 5 de la Ley 28077): "El canon minero está constituido por el 50% del total del total de ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la actividad minera, por el aprovechamiento de los recursos minerales, metálicos y no metálicos".</i>	<i>Artículo 2, inciso a) (modificado por el Artículo 1 del Decreto Supremo 029-2004-EF y el Artículo 1 del Decreto Supremo 115-2003-EF): "El Canon Minero, constituido por el 50% (cincuenta por ciento) del Impuesto a la Renta que obtiene el Estado y que pagan los titulares de la actividad minera por el aprovechamiento de los recursos minerales, metálicos y no metálicos. En caso de empresas que cuenten con alguna concesión minera, pero cuya principal actividad no se encuentre regulada por la Ley General de Minería, se aplicará un factor sobre el Impuesto a la Renta (...)".</i>
Hidrocarburos (petróleo)	<i>Artículo 10: "La determinación del canon petrolero mantiene las condiciones de su aplicación actual".</i>	<i>Artículo 2, inciso b): "El Canon y Sobre canon Petrolero continuará determinándose en base a lo dispuesto en el Decreto Ley 21678 modificado por la Ley 23538, el Artículo 161 de la Ley 23350, la Ley 23630, la Ley 23871, el Artículo 379 de la Ley 24977, el Decreto de Urgencia 027-98, y normas reglamentarias, complementarias y conexas, según sea el caso".</i>
Hidrocarburos (gas)	<i>Artículo 11.2 (modificado por el Artículo 6 de la Ley 28077): "El canon gasífero se compone del 50% (cincuenta por ciento) del Impuesto a la Renta obtenido por el Estado de las empresas que realizan actividades de explotación de gas natural, y del 50% (cincuenta por ciento) de las Regalías por la explotación de tales recursos naturales. Un porcentaje de los</i>	<i>Artículo 2, inciso c) (modificado por el Artículo 1 del Decreto Supremo 187-2004-EF): "El Canon Gasífero, constituido por el 50% (cincuenta por ciento) del Impuesto a la Renta, 50% de las Regalías provenientes de los Contratos de Licencia y 50% del valor de realización o venta descontado los costos hasta el punto de medición de la producción en los Contratos de Servicios,</i>

Recurso natural / Actividad	Base de cálculo Ley 27506	Base de cálculo Reglamento
	ingresos que obtiene el Estado por la explotación de estos recursos naturales provenientes de contratos de servicios, de ser el caso. El porcentaje aplicable según contrato será fijado por Decreto Supremo".	derivados de la explotación de gas natural y condensados. En aquellas empresas que además del gas natural y condensados exploten otros hidrocarburos, se aplicará un factor sobre el Impuesto a la Renta (...)"
Hydroenergético	<i>Artículo 12.1:</i> "Créase el canon para la explotación de los recursos hidroenergéticos que se compone del 50% (cincuenta por ciento) del total de los Ingresos y Rentas pagado por los concesionarios que utilicen el recurso hídrico para la generación de energía, de conformidad con lo establecido por el Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas. <i>Artículo 12.2:</i> Precísase que lo dispuesto en el numeral precedente no incluye a los montos recaudados por concepto de la retribución única a cargo de dichas empresas, establecida en el Artículo 107 de la Ley de Concesiones Eléctricas".	<i>Artículo 2, inciso d) (modificado por el Artículo 1 del Decreto Supremo 003-2003-EF):</i> "El Canon Hidro-energético, constituido por el 50% (cincuenta por ciento) del Impuesto a la Renta pagado por las empresas concesionarias de generación de energía eléctrica que utilicen recurso hídrico. En aquellas empresas que además de producir energía eléctrica utilizando el recurso hídrico produzcan energía proveniente de otras fuentes, se aplicará un factor sobre el impuesto a la renta (...)"
Pesquero	<i>Artículo 13:</i> "(...) El canon pesquero se compone del 50% (cincuenta por ciento) del total de los Ingresos y Rentas que percibe el Estado de las empresas dedicadas a la extracción comercial de pesca de mayor escala, de recursos naturales hidrobiológicos de aguas marítimas, y continentales lacustres y fluviales".	<i>Artículo 2, inciso e) (modificado por el Artículo 2 del Decreto Supremo 003-2003-EF):</i> "El Canon Pesquero, constituido por el 50% (cincuenta por ciento) del Impuesto a la Renta y los Derechos de Pesca a que se refiere la Ley General de Pesca pagado por las empresas dedicadas a la extracción comercial de pesca de mayor escala, de recursos naturales hidrobiológicos de aguas marítimas, y continentales lacustres y fluviales. En el caso de empresas que además de extraer los recursos naturales hidro-biológicos se encarguen de su procesamiento industrial, se aplicará un factor sobre el Impuesto a la Renta (...)"
Forestal	<i>Artículo 14 (modificado por el Artículo 7 de la Ley 28077) :</i> "(...) El canon forestal se compone del 50% (cincuenta por ciento) del pago del derecho de aprovechamiento de productos forestales y de fauna silvestre, así como de los permisos y autorizaciones que otorgue la autoridad competente".	<i>Artículo 2, inciso f) (modificado por el Artículo 1 del Decreto Supremo 029-2004-EF):</i> "El Canon Forestal, constituido por el 50% (cincuenta por ciento) del pago del derecho de aprovechamiento, referidos al pago por los permisos, autorizaciones y concesiones de productos forestales y de fauna silvestre que recaude el Instituto Nacional de Recursos Naturales - INRENA, Organismo Público Descentralizado del Ministerio de Agricultura".

Fuente: Ley 27650, Decreto Supremo 005-2002-EF y modificatorias.
Elaboración: propia.

En el Cuadro 1, se resume lo establecido en la Ley, su Reglamento y las modificatorias que ambos han sufrido respecto a la base de cálculo para cada recurso natural comprendido en la Ley de Canon.

Es interesante llamar la atención sobre las diferentes bases de cálculo que recogen la falta de un enfoque unificado sobre el tratamiento a la inversión en recursos naturales. Es cierto que hay diferencias en la importancia económica de los diferentes recursos naturales regulados por esta Ley –por mercados, regiones, ventaja comparativa, historia y experiencia de explotación, magnitud de inversión, etcétera. Sin embargo, en la medida que el canon es una herramienta redistributiva de recursos fiscales, lo razonable sería esperar una base de cálculo similar y que incluya, en todos los casos, los ingresos por impuesto a la renta, según el mandato Constitucional –lo que no ocurre, por ejemplo, para el recientemente creado canon forestal. Una hipótesis explicativa podría ser el deseo del Gobierno Central de mantener el control de los recursos, siendo así más flexible para aquellos recursos que generan menos ingresos y más restrictivo en aquellos recursos que generan más recaudación fiscal.

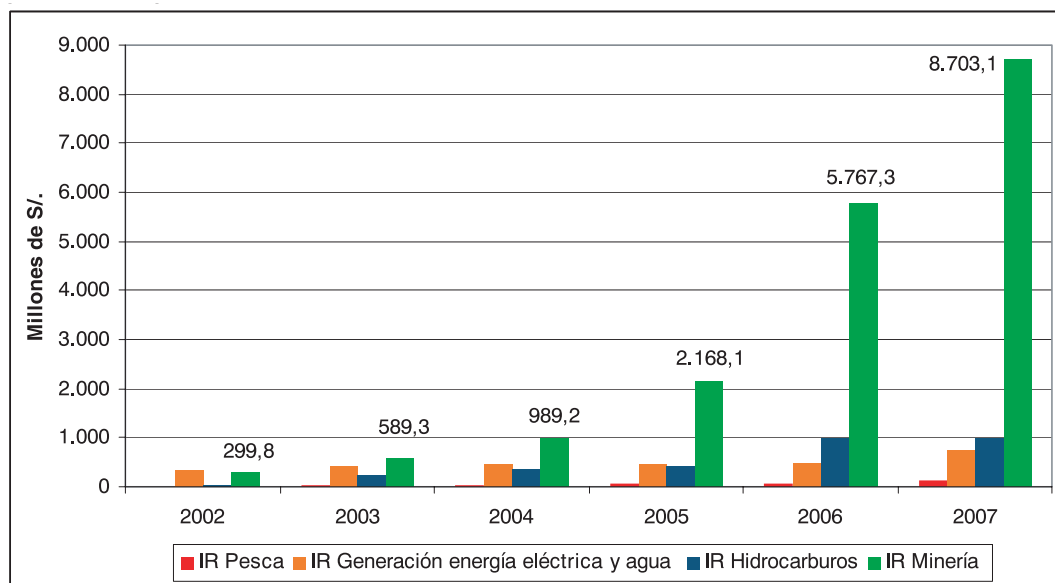
En la tercera columna del Cuadro 1, se presenta las bases de cálculo establecidas en el Reglamento de la Ley. Como es obvio, el reglamento desarrolla la ley, precisando los criterios a tomar en cuenta

para calcular los montos a ser transferidos por concepto de canon para cada recurso. De manera consistente con la Ley de Canon, se mantienen las diferencias de criterio. Por ejemplo, el canon minero no incluye el derecho de vigencia y el canon forestal no se calcula como un porcentaje del Impuesto a la Renta de las empresas.

E. Notas sobre los problemas de cálculo

Cuando la Constitución establece que el canon se calcula sobre los ingresos fiscales por concepto de Impuesto a la Renta, está acotando muy estrechamente el monto total sobre la base del cual se realizará la redistribución. Aparentemente, esta visión del canon parte del supuesto de que el Estado es un socio del sector privado que explota el recurso y, como tal, debe participar de las ganancias de la explotación. Estas ganancias de la explotación han sido crecientes en los últimos años en el Perú, tal como se puede observar en el Gráfico 2, habiendo llegado la recaudación por Impuesto a la Renta de los sectores de recursos naturales a más de diez mil millones de soles en 2007, o poco más de 20% del Presupuesto Público total de dicho año. Ciertamente, esta realidad dificulta el cuestionamiento de calcular el canon como un porcentaje del Impuesto a la Renta, pero hace aún más claro el problema de credibilidad del Estado, ya que debe hacer un compromiso explícito de redistribución.

Gráfico 2: Recaudación de Impuesto a la Renta (IR) de Tercera Categoría (2002-2007)



Fuente: SUNAT
Elaboración: propia.

La otra cara de la moneda de esta visión es que, así como en cualquier *joint venture*, si no hay ganancias, no hay reparto. Respecto de los recursos naturales, y hasta antes de la Ley de Regalías Mineras, el Estado se comportaba al igual que con el resto de ciudadanos y personas jurídicas llevando a cabo actividades en el territorio de la República: cobrando Impuesto a la Renta. Como ha sido analizado en el primer acápite, esta percepción es incorrecta: el recurso no extraído comanda una retribución por sí mismo, en tanto forma parte de la riqueza nacional.

La Ley vigente establece que el canon depende de los resultados de las firmas; es decir, el compromiso público de redistribución depende de si las firmas que explotan recursos naturales hacen ganancias o no. Como sabemos, los resultados de las operaciones de las firmas dependen de muchos factores, como la eficiencia de la gerencia, la tecnología disponible y adoptada, el nivel de reinversión, el nivel de la planilla, la situación del mercado internacional, entre otras. Por ejemplo, una firma que paga sueldos altos, puede mostrar resultados operativos negativos y no tener obligación de pagar Impuesto a la Renta, y el Estado excusarse de su compromiso de redistribuir, aun cuando el recurso natural está siendo extraído y la región se está empobreciendo, porque está explotando parte de su dotación de capital. Es claro, entonces, que es perfectamente razonable encontrar una empresa sin obligación de pagar Impuesto a la Renta, aún cuando haya extraído una cantidad considerable de recursos naturales. Al colocar la base de cálculo de la promesa de redistribución en el Impuesto a la Renta que, a su vez, puede ser igual a cero en un periodo determinado debido a decisiones empresariales, puede ocurrir que la base de capital esté disminuyendo como producto de la extracción, sin que se transfieran los montos por concepto de canon, los que son necesarios para reconstituir esa base a través de la inversión en otros tipos de capital, según los criterios de sostenibilidad débil.

Esta discusión se hace más compleja todavía al constatar que los proyectos de explotación de recursos naturales en diferentes jurisdicciones se constituyen en enclaves, de los cuales los recursos que “chorrean” a las poblaciones locales son muy limitados, por decir lo menos. Se puede dar el caso que, mientras la empresa minera o petrolera exhiba buenos resultados operativos y/o contables, los pobladores locales no participen de la riqueza generada hasta que, luego de los respectivos repartos, llegue al presupuesto municipal y luego

pueda ejecutarse según la normativa vigente sobre presupuesto, presupuesto participativo, procesos de adquisición, procesos de control, etcétera. En tanto definido como participación en las rentas de la explotación de recursos naturales, el canon puede llegar a constituir una importante fuente de ingreso para los gobiernos locales. Opera así un mecanismo de redistribución que pasa por el Estado y, consecuentemente, por el sistema político. La esperanza de que la empresa que explota recursos naturales reemplace al Estado como proveedor de bienes públicos en localidades alejadas, de hecho privatiza al Estado y confirma en la práctica la imagen de un Estado débil.

La Ley, al extender las percepciones a considerar como base de cálculo para su promesa de redistribución, apunta a superar esta limitación. Sin embargo, no lo hace de manera consistente y, según principios jurídicos, estrictamente mediante una Ley no se podría ampliar el marco de obligaciones establecido en la Constitución. Para el canon forestal, el impuesto a la renta no forma parte de la base de cálculo; sino el pago por derecho de aprovechamiento. Tampoco se usa el Impuesto a la Renta para calcular el canon petrolero. Para el canon gasífero y pesquero, tanto el Impuesto a la Renta como los derechos por explotación del recurso (regalía y derecho de pesca, respectivamente) constituyen montos a redistribuir. Contrariamente a lo establecido en el mandato constitucional, cuanto menos dependa el canon de las obligaciones que por Impuesto a la Renta tenga la empresa responsable de la explotación del recurso natural, en mejores condiciones estará un gobierno local o regional para percibir ingresos por concepto de canon. De ahí que el canon petrolero y el canon forestal sean los únicos cuya base de cálculo esté conceptualmente correcta.

Estrictamente, entendiendo el canon no como lo hace el marco normativo, sino como los ingresos necesarios para que un determinado territorio mantenga su base de capital intacta, los montos de canon deberán depender de la valorización de la producción. En la actualidad, eso ocurre únicamente para el cálculo del canon petrolero, donde se establece el canon como equivalente a un 12.5% de la valorización de la producción. En el resto de casos, los montos a redistribuir dependen de decisiones administrativas (monto del derecho de pesca o del derecho por aprovechamiento forestal) o de decisiones empresariales (resultados operativos de empresas, o de composición empresarial, en aquellas empresas que

se dedican a más actividades que las solamente extractivas).

F. A pesar de los problemas de cálculo

Estas formas de calcular los diferentes tipos de canon han dado lugar a los montos que se observan en el Cuadro 2. Desde su creación, domina el canon minero. A partir del 2004, con el inicio de la explotación del proyecto de gas de Camisea, el canon gasífero cobra importancia y, en el 2007, compite en importancia con el canon

y sobrecanon petrolero. El canon hidroenergético refleja los resultados de las empresas generadoras de energía eléctrica que utilicen recursos hídricos. Notemos que, a diferencia de los otros recursos naturales considerados en este Cuadro, la utilización de recursos hídricos constituye un uso *no consuntivo*. El hecho que las circunscripciones generen canon por utilizar agua para generar electricidad, agua que estará disponible para otros usos, refuerza el carácter puramente redistributivo del canon: la promesa del gobierno central de repartir una fracción de lo recaudado por impuesto a la renta.

Cuadro 2: Transferencias totales por concepto de canon, 1998-2007 (en millones de S/.)

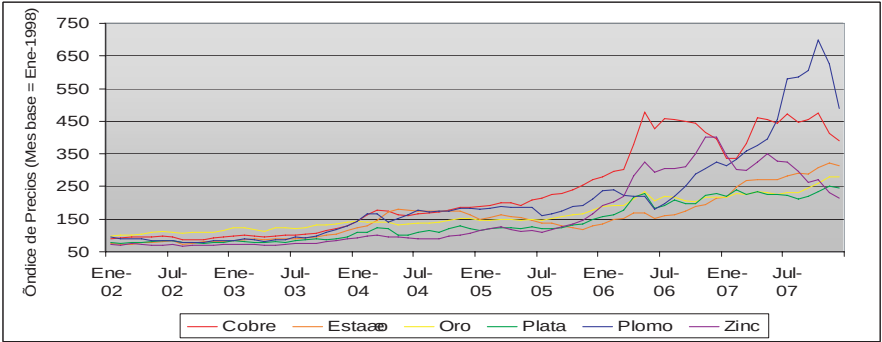
Recurso	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Canon	169,4	86,5	55,4	81,3	157,4	474,1	699,2	1.869,7	2.987,3	6.652,7
Canon Minero	169,4	86,5	55,4	81,3	116,3	228,7	399,3	888,1	1.746,4	5.157,0
Canon Hidroenergético	-	-	-	-	41,1	73,8	96,3	112,6	127,6	152,7
Canon y Sobrecanon Petrolero	-	-	-	-	-	150,7	114,8	537,1	663,4	684,9
Canon Pesquero	-	-	-	-	-	20,9	17,7	29,0	49,5	47,0
Canon Gasífero	-	-	-	-	-	-	70,2	301,9	393,9	603,8
Canon Forestal	-	-	-	-	-	-	0,9	0,88	6,5	7,3

Nota: Los montos presentados incluyen las transferencias a Gobiernos Locales, Gobiernos Regionales y Universidades Nacionales.
Fuente: SIAF-MEF. Disponible en: <http://transparencia-economica.mef.gob.pe/transferencia/default.asp> (revisado el día 23.04.2008).
Elaboración: propia.

Junto con el Gráfico 2, este Cuadro confirma la importancia de los recursos de la minería para la economía peruana. Desde el desplome de precios de recursos naturales en 2002 –que se puede observar en el Gráfico 3– hasta ahora que los precios exhiben picos impresionantes, los montos

transferidos por concepto de canon han tenido un crecimiento espectacular, tal como se pudo observar en el Cuadro 2. En el año 2007, los recursos del canon minero constituyeron más de tres cuartas partes del total transferido por concepto de canon.

Gráfico 3: Índice de precios de minerales, Enero 2002-Diciembre 2007

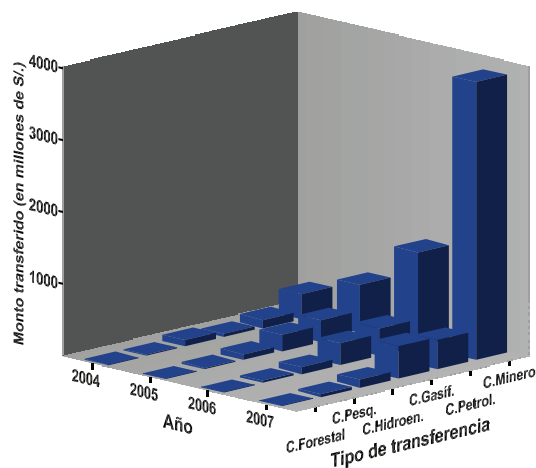


Nota: El índice se calculó dividiendo el precio mensual de cada mineral entre el respectivo precio que alcanzó en el mes de enero de 1998 (mes base) multiplicado por 100. Así, un índice igual a 100 significa que el precio del mineral es el mismo al que se tuvo en el mes base, mientras que un índice igual a 700 significa que el precio es siete veces más que el precio del mes base.
Fuente: Reuters y Bloomberg.
Elaboración: propia.

Las transferencias por canon se dirigen a los presupuestos de los gobiernos locales y regionales. Además, solamente pueden destinarse a gastos de capital. Sin embargo, hay excepciones, ya que en 2007, se permitió que los gobiernos regionales hicieran una reasignación de gasto y pudiesen utilizar los recursos del canon para contratar profesores¹¹. El Gráfico 4 indica los repartos por tipo de canon a cada uno

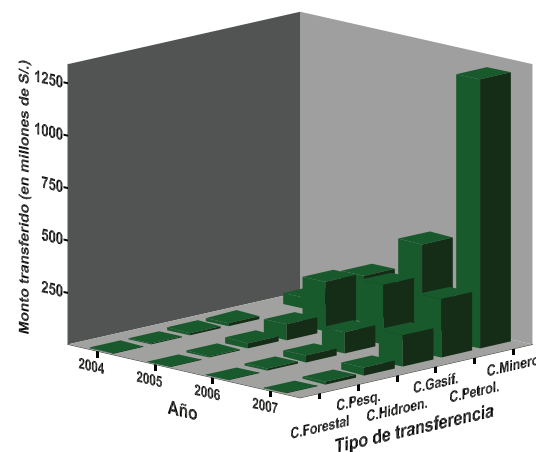
de estos gobiernos entre el 2004 y el 2007. Es claro que domina la transferencia por canon minero a los gobiernos locales. Estos han visto multiplicarse por 10 el monto asignado por canon minero en este periodo de tiempo, mientras que aquellos gobiernos locales que perciben canon petrolero o gasífero, los montos transferidos se han multiplicado por 4 y 8, respectivamente.

Gráfico 4A: Transferencias a nivel de Gobierno Local por tipo de canon, 2004-2007 (en millones de S/.)



Fuente: SIAF-MEF. Disponible en: <http://transparencia-economica.mef.gob.pe/transferencia/default.asp> (revisado el día 23.04.2008).
Elaboración: Propia.

Gráfico 4B: Transferencias a nivel de Gobierno Regional por tipo de canon, 2004-2007 (en millones de S/.)



Fuente: SIAF-MEF. Disponible en: <http://transparencia-economica.mef.gob.pe/transferencia/default.asp> (revisado el día 23.04.2008).
Elaboración: Propia.

Roxana Barrantes Cáceres

¹¹ Decreto de Urgencia 013-2007, publicado el 10 de mayo de 2007.

G. Un intento de corrección: la regalía minera

Recientemente, y a la luz del *boom* de precios de minerales que todavía continúa, se introdujo el concepto de regalía. Con bastante más claridad que toda la normativa sobre el canon, la regalía fue definida como “(...) la contraprestación económica que los titulares de las concesiones mineras pagan al Estado por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos”¹². Finalmente, el dueño de los recursos naturales, el Estado como agente de la nación, establece que se le debe pagar por el recurso –se genere, o no, renta imponible. Importante también es que se establece que la regalía es un componente del costo de explotación.

El problema, sin embargo, surge al determinar el monto a pagar, cuando se regresa a los conceptos de resultados, propios de conceptos diferentes de costos. El costo que quien explota le debe al dueño del recurso no puede depender de la diferencia entre ventas brutas y costos de tratamiento o costos de transporte. Y el problema no termina allí. Continúa cuando se establece que la regalía es un porcentaje de esa diferencia. El porcentaje es, además, creciente, es decir, a mayor la diferencia, mayor el porcentaje de regalía a pagar sobre la base de referencia.

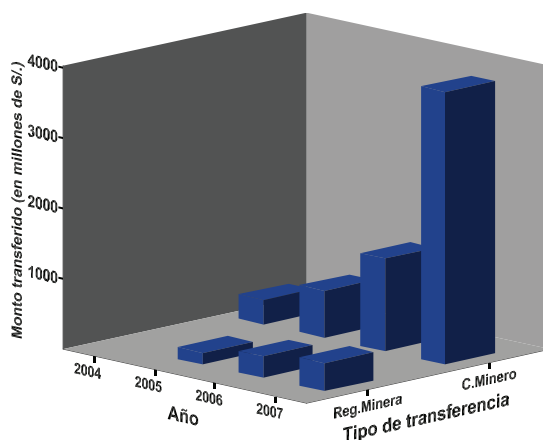
Así, nuevamente basta que los precios bajen para que no se genere pago de regalía. O sería suficiente un incremento de los costos de tratamiento

para aquellas empresas que procesan el mineral para que tampoco se genere obligación de pago de regalía. De hecho, el dueño del recurso natural, la nación, puede quedarse sin pago por circunstancias totalmente ajenas a su voluntad. ¿Participaría un agente racional en un negocio en tales condiciones? Es decir, ¿basta que los precios bajen para que no le paguen?

Luego de estar así determinada, nuestros legisladores continuaron con el criterio de comprometerse con una política de redistribución de la regalía. Establecieron así un conjunto de beneficiarios: gobiernos locales donde se extrae el recurso, gobiernos locales de la provincia donde se extrae el recurso, gobiernos regionales, las universidades nacionales de la región donde se explota el recurso. Estos son los mismos que reciben canon. Con el destino a las universidades, podría percibirse una voluntad por dedicar recursos a la investigación y desarrollo. Sin embargo, en la medida que los montos destinados terminan siendo residuales, resulta complicado evaluar la efectividad de la política.

Los montos transferidos por regalía, tanto a los gobiernos locales como a los regionales, se encuentran en el Gráfico 5. No debería sorprender que los montos transferidos por regalía también sigan una tendencia creciente, ya que la manera de calcularla depende de los precios de los minerales. Notemos también su poca importancia relativa respecto de los montos transferidos por canon minero.

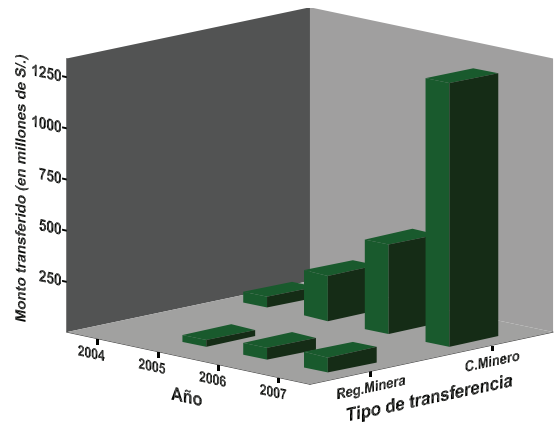
Gráfico 5A: Transferencias a nivel de Gobierno Local por canon y regalía minera, 2004-2007 (en millones de S/.)



Fuente: SIAF-MEF. Disponible en: <http://transparencia-economica.mef.gob.pe/transferencia/default.asp> (revisado el día 23.04.2008).
Elaboración: Propia.

¹² Artículo 2 de la Ley 28258, Ley de Regalía Minera.

Gráfico 5B: Transferencias a nivel de Gobierno Regional por canon y regalía minera, 2004-2007 (en millones de S/.)



Fuente: SIAF-MEF. Disponible en: <http://transparencia-economica.mef.gob.pe/transferencia/default.asp> (revisado el día 23.04.2008).
Elaboración: Propia.

H. La sostenibilidad débil de la redistribución local

Si estos recursos públicos originados por la explotación de recursos naturales contribuyeran a crear, ampliar y mantener la infraestructura de las localidades receptoras, se podría afirmar que se cumple el postulado de la sostenibilidad débil. Este indica que la explotación de recursos naturales no genera empobrecimiento si es que los ingresos generados se invierten en mantener por lo menos una igual capacidad productiva para el futuro.

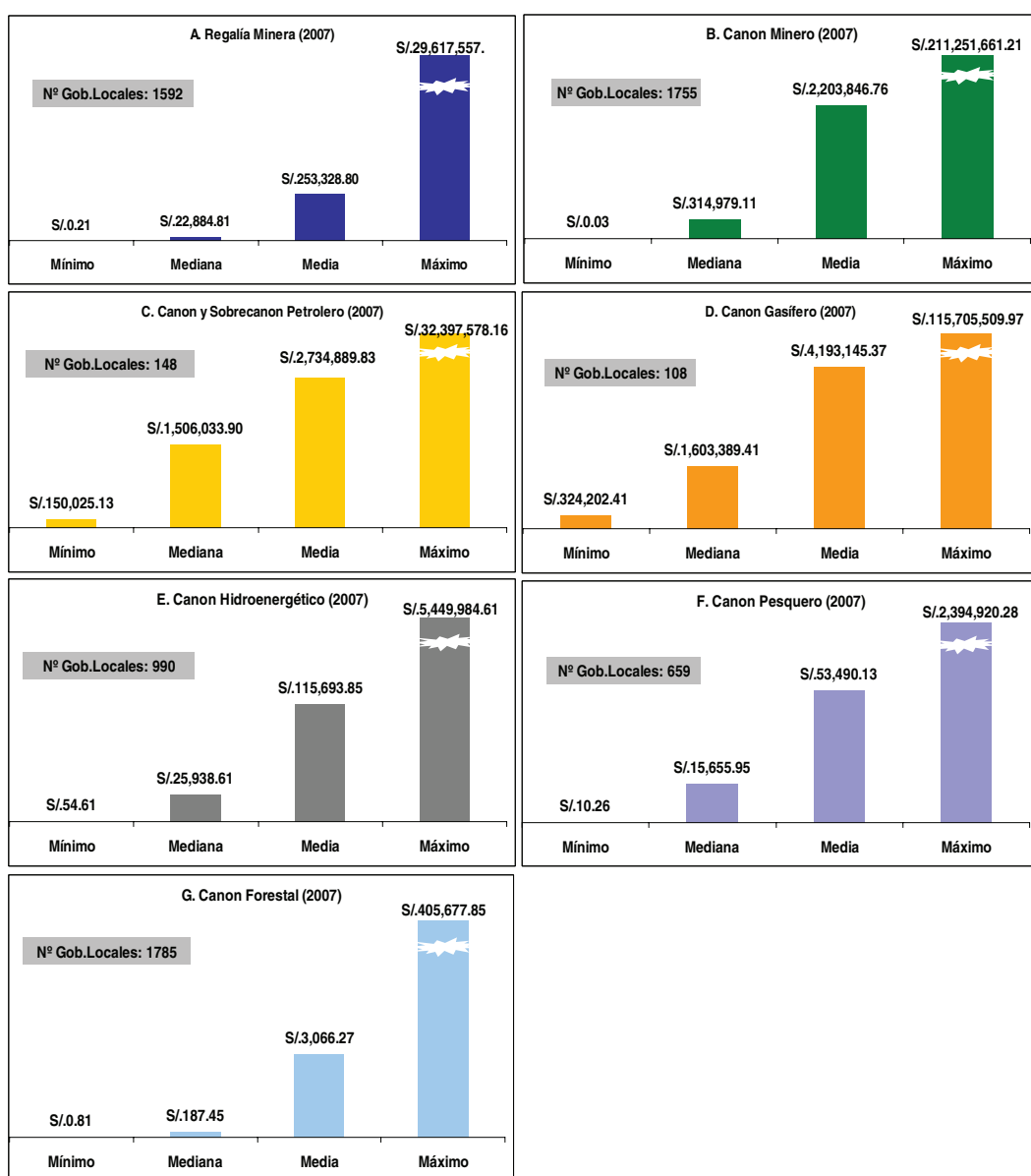
Las inversiones en infraestructura requieren importantes recursos; pero si prácticamente cada distrito del Perú recibe recursos por algún tipo de canon, es imposible acumular los recursos suficientes para hacer las inversiones que incrementen la infraestructura social necesaria para el crecimiento y la inserción en mercados. Esta idea puede apreciarse en el Gráfico 6, que muestra el número de gobiernos locales que reciben cada tipo de canon y la regalía minera, así como los montos mínimos, máximos y dos estadísticos descriptivos: el promedio simple por gobierno local y la mediana –que es el valor que divide al universo en la mitad.

Primero, notemos el número de gobiernos locales que reciben algún tipo de canon o regalía. En los casos del canon minero o forestal, más de 1700 gobiernos locales –de un universo posible de poco más de 1800– lo reciben. De ahí, no sorprenda los montos ínfimos que son percibidos por algunos gobiernos locales (menos de un sol es percibido por algún gobierno local por canon minero, por ejemplo).

En segundo lugar, en todos los casos, notemos que el valor máximo es varias veces superior al valor promedio. El gobierno local que más regalía minera percibe, por ejemplo, llega a recibir 116 veces lo que recibe cualquier gobierno local en promedio. El caso extremo es el canon forestal, ya que el valor máximo que es acreditado en un gobierno local por éste resulta siendo 132 veces el valor percibido por cualquier gobierno local en promedio.

Finalmente, y nuevamente en todos los casos, existe una fuerte diferencia entre el valor promedio y la mediana, siendo la mediana varias veces menor que el valor promedio. Esto indica una profunda desigualdad en la distribución, ya que nos dice que más del 50% de los gobiernos locales reciben montos menores que el valor promedio calculado.

Gráfico 6: Estadísticos descriptivos por tipo de canon y regalía (2007)



Fuente: SIAF-MEF. Disponible en: <http://transparencia-economica.mef.gob.pe/transferencia/default.asp> (revisado el día 23.04.2008).
Elaboración: Propia.

I. ¿Esperanza al final del túnel?

En medio de estas profundas desigualdades en la distribución de los diferentes tipos de canon y de la regalía minera, que equivalen a una atomización de recursos, debemos preguntarnos si la promesa de transferencias a las universidades es la manera efectiva de asegurar la sostenibilidad débil en la explotación de recursos naturales en el Perú. Un receptor importante de los recursos originados por la explotación de recursos naturales, a través de los mecanismos de redistribución fiscal como

el canon y la regalía, han sido las universidades nacionales. En el Cuadro 3, se pueden observar los montos transferidos. De poco más de diecisiete millones de soles en 2004, se ha pasado a la impresionante cifra de 374 millones de soles en 2007. De este modo, y siguiendo la discusión de la primera sección de este artículo, se estaría convirtiendo capital natural, es decir, una parte de los ingresos por explotación de recursos naturales, en capital humano, a partir del financiamiento de carreras universitarias, educación superior e investigación.

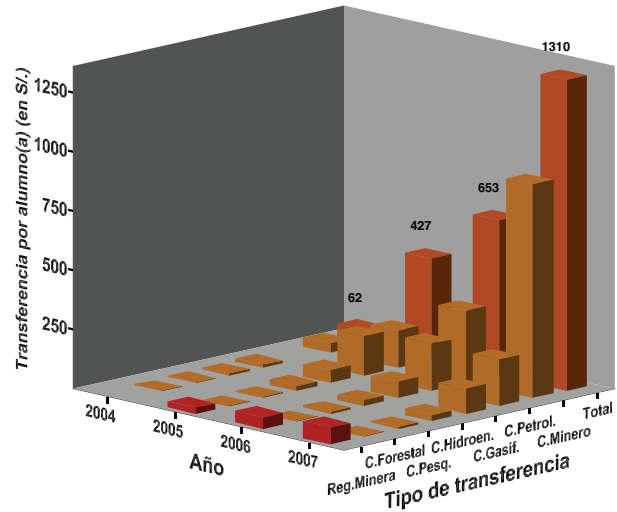
Cuadro 3: Distribución de las transferencias por tipo de canon a las universidades nacionales, 2004-2007 (en millones de S/.)

Recurso	2004	2005	2006	2007
Canon Minero	10,6	44,4	87,3	257,9
Canon Hidroenergético	2,5	5,6	6,4	7,6
Canon y Sobrecanon Petrolero	0,0	46,6	56,4	56,0
Canon Pesquero	0,9	1,5	2,5	2,3
Canon Gasífero	3,5	15,1	19,7	30,2
Canon Forestal	0,0	0,0	0,3	0,4
Regalía Minera	0,0	7,0	14,0	20,2
Total Transferencias estimadas a Universidades Nacionales	17,5	120,2	186,7	374,6

1/ Para los diferentes tipos de canon, se estimó la transferencia a las universidades empleando la regla de distribución según el Reglamento de la Ley de Canon (20% de las transferencias de Gobiernos Regionales).
Fuente: SIAF-MEF. Disponible en: <http://transparencia-economica.mef.gob.pe/transferencia/default.asp> (revisado el día 23.04.2008).
Elaboración: Propia.

Al expresar estos montos agregados en cifras por estudiante, encontramos los valores que se muestran en el Gráfico 7. Entre el 2004 y el 2007, se ha pasado de 62 soles por alumno a 1310 soles por alumno, que provienen fundamentalmente del canon minero y petrolero.

Gráfico 7: Distribución de las transferencias de canon y regalías por alumno matriculado en universidad pública, 2004-2007 (en S/.)



1/ El número de alumnos matriculados en universidades públicas en el 2004 fue 282.485.
2/ El número de alumnos matriculados en universidades públicas en el 2005 fue 281.374.
3/ El número de alumnos matriculados en universidades públicas en el 2006 fue 285.876.
4/ Se empleó el número de alumnos matriculados en universidades públicas del año 2006.
Fuente: Asamblea Nacional de Rectores - Departamento de Estadística e Informática.
Elaboración: propia.

El incremento en el presupuesto asignado por alumno en los últimos cuatro años ha sido espectacular, pero palidece frente a los montos asignados por canon a los gobiernos locales, como se observó en los Gráficos 4 y 5. Según los criterios vigentes, se prefiere transferir para inversiones en infraestructura una proporción significativamente mayor de recursos públicos provenientes de la explotación de recursos naturales, que aquella destinada a la inversión en capital humano.

III. A MODO DE COLOFÓN

El Estado peruano todavía no ha logrado diseñar una manera de introducir las necesidades del desarrollo sostenible en la manera de utilizar los recursos públicos que resultan de la explotación de recursos naturales. Su centro de preocupación ha estado en la redistribución de recursos, a través de un compromiso que hace el Estado de transferir determinados porcentajes del Impuesto a la Renta que pagan las empresas que explotan recursos naturales como ingreso del gobierno local o

regional y que solamente puede ser destinado a gastos de capital –siempre que no exista una urgencia que amerite cambios. Se ha fomentado una redistribución a los gobiernos locales, en el entendido que al dedicarlos a bienes de capital o inversiones, se sentarían las bases de los bienes públicos necesarios para el desarrollo de los hogares y empresas. Similarmente, un porcentaje reducido es destinado a las universidades nacionales, como otra manera posible de invertir en capital humano.

A pesar de estas buenas intenciones, que además son consistentes con una voluntad democrática y descentralista, las cifras nos muestran una profunda desigualdad en la distribución de las transferencias por canon, así como una atomización que dificulta aprovechar esos recursos en ampliar la infraestructura necesaria para el desarrollo. Tampoco se muestra un compromiso efectivo con la inversión en capital humano, ya que los montos transferidos a las universidades son una fracción reducida de lo transferido a los gobiernos locales.

LOS MODELOS DE GOBERNANZA AMBIENTAL Y SU IMPACTO EN LA INDUSTRIA EXTRACTIVA: UNA EVALUACIÓN DEL MODELO COOPERATIVO Y LAS ALIANZAS MULTI-ACTORES

Karim Kahatt Navarrete*

¿Qué alternativas existen al modelo regulatorio? ¿Qué ventajas ofrece el modelo cooperativo?

El autor da respuesta a estas interrogantes y señala el potencial del modelo cooperativo, las alianzas multi-actores y los acuerdos socio-ambientales para solucionar problemas de esa índole en nuestro país.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master de Derecho por la Universidad de Texas. Master de Ciencias por la London School of Economics & Political Science.

I. INTRODUCCIÓN

En su edición del 5 de febrero de 2005, la revista británica "The Economist"¹ informó sobre un evento que marcó un hito en la industria minera en el Perú. En la provincia de Espinar en Cuzco, un grupo de cinco comunidades campesinas, una compañía minera, un gobierno local, un representante de la sociedad civil de alcance nacional y otra de alcance regional, una ONG local y dos ONG internacionales, alcanzaron un acuerdo para conciliar las preocupaciones sociales, ambientales y de desarrollo de la población local con las operaciones mineras de la empresa que opera en el área.

No solamente se trató de un evento sobresaliente porque se trataba de una de las primeras experiencias formales de una alianza multi-actores en el Perú, un mecanismo relativamente nuevo para afrontar problemas socio-ambientales, sino que también ha permitido la materialización del modelo cooperativo con cierto éxito. De modo simplificado, la gobernanza cooperativa podría ser definida como un modelo alternativo de gobernanza que no rechaza formas previas de regulación, sino que las unifica en una alternativa más democrática, más horizontal y más inclusiva. Mientras los modelos anteriores se basaron fundamentalmente en un actor principal –el Estado, la empresa o gremio empresarial, o la sociedad civil–, la nueva alternativa descansa en la interacción conjunta y colaborativa entre todos los actores. Las alternativas de gobernanza que surgieron posteriormente al modelo regulatorio debilitaron el rol del Estado y los rasgos fundamentales de las herramientas de regulación directa, reemplazándolos con herramientas alternativas –incentivos de mercado, iniciativas privadas de auto-regulación y responsabilidad social corporativa, y movilización social. El modelo cooperativo de gobernanza ambiental pone al Estado de vuelta en primera plana y reconoce la responsabilidad que debe asumir en cualquier escenario².

Este ensayo trata sobre las alternativas que ofrece este patrón particular de toma de decisiones en el manejo satisfactorio de los problemas sociales y ambientales en la industria extractiva del Perú, un

país socialmente agitado, rico en recursos, y en vías de desarrollo.

Luego de narrar el último episodio de los problemas sociales que han caracterizado a la industria minera peruana de los últimos años, la revista "The Economist" especulaba acerca del futuro del sector minero: "¿Podrá una alianza entre los activistas locales y las ONG del primer mundo frustrar la inversión en una industria crucial? ¿O ambos lados trabajarán juntos para asegurar que la minería sea compatible con el desarrollo ambiental y social?". Un planteamiento similar al que motivó al autor de dicha nota da sustento a esta investigación.

La última de estas preguntas nos introduce en el concepto de alianza, como la estrategia política por medio de la cual el modelo cooperativo es puesto en práctica. Tal como la pregunta sugiere, este ensayo evalúa el potencial de este modelo para solucionar problemas socio-ambientales en la industria extractiva en el Perú.

El trabajo consiste en una revisión teórica de los modelos de gobernanza ambiental, con especial énfasis en el modelo cooperativo de gobernanza como una alternativa a los modelos previos que han prevalecido hasta hace muy poco –regulación directa, incentivos de mercado, auto-regulación y sociedad civil–, y discute las ventajas y desventajas de regímenes y alianzas cooperativas.

El segundo capítulo identifica los factores socio-políticos más relevantes para las industrias extractivas en el Perú, con el objetivo de evaluar el impacto en el potencial éxito del modelo cooperativo, en un país con una diversidad cultural polarizada.

El tercer capítulo revisa la experiencia de cooperación formada alrededor de la operación minera de Tintaya. Contrasta las conclusiones de los dos capítulos previos intentando descubrir si el modelo cooperativo de gobernanza es apropiado para lidiar con problemas asociados a operaciones extractivas en áreas rurales remotas.

El argumento central de este trabajo es que el modelo cooperativo de gobernanza y las alianzas

¹ "Mining in Peru - Halting the Rush against Gold (Big mining and its increasingly radical opponents)". En: The Economist. 5 de febrero de 2005. pp 47-48.

² GLASBERGEN, P. "The Question of Environmental Governance", y, MEADOWCROFT, J. "Co-operative Management Regimes: A way forward?". En: GLASBERGEN, P. (editor). Co-operative Environmental Governance: Public - Private Agreements as a Policy Strategy. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers. 1998.

multi-actores son deseables aun cuando no garanticen una completa erradicación de los problemas sociales y ambientales relacionados con las operaciones extractivas. Más aún, este trabajo sostiene que los acuerdos cooperativos son deseables sobre otras formas de regulación, precisamente porque son una síntesis de las principales ventajas de los modelos precedentes. Se argumenta que la implementación de este modelo en el sector minero peruano ha traído consigo beneficios que justifican su utilización. Aun cuando estos beneficios no necesariamente se traducen en un sistema de gobernanza libre de problemas, ciertamente crean los cimientos necesarios para un sector extractivo ambientalmente y socialmente adecuado.

Antes de analizar los modelos de gobernanza, conviene hacer algunas precisiones sobre los conceptos más frecuentes en esta discusión. El término “regulación” tiene en este contexto dos acepciones: una en sentido amplio, sinónimo de gobernanza, y otra más restringida, sinónimo de legislación. Gobernanza no es sinónimo de gobierno, ni de gobernabilidad. Gobierno es el conjunto de autoridades e instituciones que dirigen y organizan una sociedad. Gobernabilidad es la medida de lo gobernable, es decir, cuán factible resulta controlar y dirigir una situación o sociedad. Gobernanza, en cambio, hace referencia al manejo de los asuntos ambientales que se da en un lugar en particular. Los conceptos “gobierno” y “gobernabilidad” están asociados al aparato formal del Estado. Gobernanza, en cambio, hace referencia al conjunto de relaciones entre los miembros de las tres esferas de toda sociedad democrática: el Estado, el mercado y la sociedad civil. No se restringe ni a la legislación ni a la actuación formal de las autoridades. La gobernanza de un tema en particular, como el tema ambiental, involucra la participación, aspiraciones e intereses de todos los actores de una sociedad. En ese sentido, cuando en este contexto se haga referencia a los modelos de gobernanza ambiental, se hará referencia a las diferentes formas en que se manejan los asuntos ambientales en el Perú.

II. LOS MODELOS DE GOBERNANZA AMBIENTAL

Como todo concepto teórico, los modelos de gobernanza ambiental que se discuten a conti-

nuación no abordan problemas socio-ambientales específicos, pero aportan valiosas herramientas para evaluar la normatividad vigente, la conveniencia de proyectos de normas, las causas y potenciales consecuencias de los problemas socio-ambientales, la posible efectividad de iniciativas públicas, decisiones de las autoridades, e incluso programas o estrategias privadas para la gestión de los asuntos socio-ambientales más sensibles.

Debe destacarse que estos modelos son construcciones teóricas elaboradas sobre la base de la observación de fenómenos sociales existentes. Al respecto, conviene recordar el planteamiento del psicólogo social Kurt Lewin³, quien planteó que “no hay nada más práctico que una buena teoría”, sugiriendo que los académicos tienen la obligación de generar herramientas conceptuales que puedan ser usadas para entender, internalizar y resolver situaciones problemáticas concretas.

Adviértase que un sector importante de la doctrina cuestiona que estas formas de regulación constituyan en sí mismos modelos de regulación independientes, con capacidad de funcionar en forma aislada de los demás modelos. Lo que nadie cuestiona, sin embargo, es que estas fuentes de regulación están presentes en los regímenes ambientales de las sociedades democráticas y se complementan entre sí para dotar a este modelo con herramientas más flexibles.

A. Regulación directa

El modelo más convencional de gobernanza ambiental ha sido el modelo basado en la regulación directa, también conocido en el entorno anglosajón como *command & control*. Consiste en aprobar normas y controlar el cumplimiento de las exigencias ambientales. Es un sistema caracterizado por su carácter controlador y punitivo.

En este modelo, el gobierno juega un rol fundamental estableciendo estándares, creando sanciones y aplicándolas. Se asume que un comportamiento ambiental inadecuado no cambia a menos que se aplique una fuerza superior sobre los agentes económicos. Se espera que el Estado asuma esta responsabilidad. Existen grandes expectativas en el modelo de regulación directa

³ LEWIN, K. “Field theory in social science: Selected theoretical papers by Kurt Lewin”. Londres: Tavistock. 1952.

para mejorar condiciones ambientales a nivel global⁴.

Aun cuando el modelo ha triunfado en varios escenarios, éste no ha sido infalible. Las debilidades que se han identificado van desde su limitado potencial para balancear la calidad ambiental y el crecimiento económico, hasta su capacidad limitada de trabajar en todas las etapas de desarrollo de una sociedad. Glasbergen afirma que las críticas más frecuentes apuntan a que el modelo trabaja limitadamente cuando los problemas se vuelven más complejos. Otras críticas se focalizan en la rigidez del modelo. Los sistemas institucionales son dinámicos, y las reglas escritas difícilmente capturan su complejidad. Ello se ve reflejado en el hecho que las normas usualmente surgen como reacción a un problema particular, en vez de anticiparse a éste. Ello explica por qué las instituciones diseñadas para enfrentar problemas sociales y ambientales usualmente están desfasadas. Se afirma además, que tanto estatutos como regulaciones son inherentemente generales, y, por tanto, no son capaces de predecir las particularidades de los casos reales. Éstas y otras limitaciones habrían generado la necesidad de desarrollar otros modelos de gobernanza.

El sistema jurídico peruano es fundamentalmente uno de regulación directa. Hasta el momento, éste ha sido el principal modelo seguido por la administración pública y las normas legales peruanas sobre la materia. Es un modelo cuestionado en los países con legislación ambiental más avanzada por no haber demostrado su plena eficacia. Sin embargo, es difícil imaginar un sistema democrático actual que no se apoye en este modelo. Como la gran mayoría de leyes y reglamentos, la Ley General del Ambiente (en adelante, "LGA") es un instrumento de control. Es decir, prescribe conductas y procura su cumplimiento. Sin embargo, la LGA reconoce la necesidad de otras formas de regulación que contribuyan al desarrollo de las actividades económicas en armonía con la protección del medio ambiente.

B. Incentivos de mercado

Este modelo consiste en que las autoridades estatales diseñan e implementan mecanismos de

carácter económico cuya finalidad es promover que las empresas realicen sus actividades adoptando prácticas ambientales por encima de los estándares legales mínimos a cambio de un beneficio previamente establecido. Este modelo se vale principalmente de incentivos tributarios o económicos a favor de las empresas que tengan la voluntad de invertir en nuevas tecnologías y mejorar sus estándares ambientales, lo que implica un costo, a cambio de un beneficio concreto. Para entender este modelo es clave tener en cuenta el concepto de recompensa, en el sentido que el Estado premia a las empresas que voluntariamente cumplan con el presupuesto previsto en la norma.

Cabe mencionar que los críticos han señalado que este modelo no es en realidad un modelo independiente, distinto del modelo de regulación directa, debido a que los incentivos de mercado se introducen en el sistema a través de normas legales. En esta medida, los incentivos no serían sino otra forma de regulación directa. Sin embargo, lo que estos críticos olvidan es el carácter voluntario de las iniciativas que buscan aprovechar los beneficios que ofrece la ley a quienes están dispuestos a invertir en tecnologías más limpias o en mejores prácticas ambientales, que es precisamente el rasgo que las distingue de las normas obligatorias del modelo de regulación directa.

El modelo de regulación basado en el mercado y en incentivos económicos ha sido utilizado como un modelo alternativo al de regulación directa. La primera forma de regulación comparte con este modelo la premisa de que existen intereses contrapuestos entre los diferentes grupos de interés. Sin embargo, rechaza las normas legales usadas por el modelo de regulación directa por ser ineficientes y por restringir innecesariamente el crecimiento económico. Basados en el entendimiento del problema ambiental como una externalidad negativa, el modelo se centra en crear las herramientas apropiadas para internalizarlos. Estas herramientas se apoyan en la asunción de que los agentes económicos se manejan por la maximización de las ganancias. Los instrumentos empleados por este modelo generalmente promueven que los agentes económicos tomen ventaja de los beneficios ofrecidos a quienes están

⁴ GLASBERGEN, P. Op. Cit.; UTTING, P. "Regulating Business via Multi-stakeholder Initiatives: A Preliminary Assessment". En: UTTING, P. (editor). *Voluntary Approaches to Corporate Responsibility: Readings and a Resource Guide*. United Nations Research Institute in Social Development and United Nations Non- Governmental Liaison Service. Geneva. 2002; ERNST, H. "Environmental governance and modern management paradigms in government and private industry". En: GLASBERGEN, P. (editor). *Co-operative Environmental Governance: Public-Private Agreements as a Policy Strategy*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers. 1998.

dispuestos a innovar para alcanzar una adecuada actuación en materia ambiental. Este modelo tampoco ha estado libre de críticas. La crítica más seria parece ser el descubrimiento de que, a pesar de la gran elaboración teórica, existe insuficiente evidencia empírica sobre la superioridad de este modelo de gobernanza⁵.

Lo que parece bastante claro es que el modelo de gobernanza que reposa exclusivamente en incentivos económicos y en el funcionamiento natural del mercado tiene una pequeña probabilidad de lograr el éxito cuando se enfrenta con problemas ambientales complejos.

En cuanto a las modalidades que este modelo adopta, normalmente se consideran incentivos de tipo tributario, como por ejemplo, reducción o inafectación de tributos; incentivos administrativos como la reducción de multas o tasas administrativas a favor de aquellas empresas que adopten estándares ambientales mayores a los establecidos legalmente; y se otorgan también como incentivos determinados puntajes adicionales en licitaciones públicas y reconocimientos públicos por una gestión ambiental adecuada.

Estos mecanismos económicos no son ajenos al régimen legal peruano. La LGA los recoge en su artículo 36, definiéndolos como “aquellos basados en mecanismos propios del mercado que buscan incentivar o desincentivar determinadas conductas con el fin de promover el cumplimiento de los objetivos de política ambiental”.

El artículo 36.2 de la LGA señala que las entidades públicas de nivel nacional, sectorial, regional y local, en el ejercicio de sus funciones, deben incorporar instrumentos económicos, a fin de incentivar prácticas ambientalmente adecuadas. Finalmente, el artículo 36.3 dispone que el diseño de los instrumentos económicos debe propiciar el logro

de niveles de desempeño ambiental más exigentes que los establecidos en las normas ambientales. Como se aprecia, la LGA ha provisto al régimen legal ambiental peruano con el marco necesario para la creación de incentivos de mercado para fomentar prácticas ambientales adecuadas, fundamentalmente a través del sistema impositivo y de medidas de promoción.

El antecedente inmediato de este marco normativo se dio durante la década pasada, cuando el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, aprobado por Decreto Legislativo 611 en 1990, dispuso la creación de este tipo de incentivos. Sin embargo, la iniciativa no tuvo mayor acogida a nivel legislativo, debido a la inclinación de los gobiernos por herramientas propias del modelo de regulación directa. Uno de los pocos intentos de aprobar dichas medidas fue el Reglamento de Protección Ambiental para el Desarrollo de Actividades de la Industria Manufacturera, aprobado por Decreto Supremo 019-97-ITINCI. Asimismo, el entonces Ministerio de Industria aprobó un régimen de incentivos aplicables a las actividades de la industria manufacturera, por medio del Decreto Supremo 25-2001-ITINCI.

El artículo 3⁶ establece la obligación del Estado de diseñar y aplicar incentivos necesarios para garantizar los derechos y el cumplimiento de obligaciones y responsabilidades contenidas en la Ley. Asimismo, el artículo 4⁷ de la LGA introduce este modelo en el diseño de la Política Ambiental Nacional. Al ser una norma programática, no impone obligaciones específicas a las autoridades. En esta línea, el artículo 17⁸ dispone que los instrumentos de gestión ambiental pueden ser instrumentos de promoción, incluyendo a los instrumentos económicos.

De un modo más específico, el artículo 36⁹ de la Ley define el concepto de incentivo de mercado,

⁵ DAUGBJERG, C. & G. T. SVENDSEN. “Green taxation in question: politics and economic efficiency in environmental regulation”. Palgrave, New York, 2001; Glasbergen. Op. Cit. Loc. Cit.

⁶ Artículo 3: El Rol del Estado en materia ambiental: El Estado, a través de sus entidades y órganos correspondientes, diseña y aplica las políticas, normas, instrumentos, incentivos y sanciones que sean necesarios para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades contenidas en la presente Ley.

⁷ Artículo 4: De la tributación y el ambiente: El diseño del marco tributario nacional considera los objetivos de la Política Ambiental, promoviendo particularmente, conductas ambientalmente responsables, modalidades de producción y consumo responsable de bienes y servicios, la conservación, aprovechamiento sostenible y recuperación de los recursos naturales, así como el desarrollo y uso de tecnologías apropiadas y de prácticas de producción limpia en general.

⁸ Artículo 17: De los tipos de instrumentos:

17.1 Los instrumentos de gestión ambiental podrán ser de planificación, promoción,... entre otros, rigiéndose por sus normas legales respectivas y los principios contenidos en la presente Ley.

17.2 Se entiende que constituyen instrumentos de gestión ambiental,... los instrumentos económicos,...; y, en general, todos aquellos orientados al cumplimiento de los objetivos señalados en el artículo precedente.

⁹ Artículo 36: De los instrumentos económicos:

36.1 Constituyen instrumentos económicos aquéllos basados en mecanismos propios del mercado que buscan incentivar o desincentivar determinadas conductas con el fin de promover el cumplimiento de los objetivos de política ambiental.

determina el elemento esencial que lo distingue de otras formas de regulación, es decir, el desempeño voluntario por encima de los estándares mínimos establecidos obligatoriamente en la Ley, y establece la obligación de las entidades del Estado de incorporar este tipo de instrumentos en el régimen ambiental peruano.

Del mismo modo, el artículo 37¹⁰ prevé la creación de instrumentos complementarios a los instrumentos económicos más tradicionales tales como los incentivos tributarios. Estos instrumentos, llamados “medidas de promoción”, en su mayoría no dejan de ser instrumentos económicos basados en mecanismos propios del mercado, por lo que la separación planteada por la Ley no es del todo acertada.

Un buen ejemplo de cómo estas medidas de promoción son en el fondo un instrumento económico basado en mecanismos de mercado es la asignación de puntajes especiales. El razonamiento es el siguiente: para aprovechar las ventajas ofrecidas por la Ley (mejores puntajes en licitaciones públicas), las empresas pueden (pero no están obligadas) a invertir y mejorar sus desempeño ambiental. Es decir, hay una decisión empresarial de obtener una ventaja competitiva como consecuencia de una iniciativa voluntaria, para competir en mejores términos con otros agentes del mercado. El hecho que los incentivos de mercado se materialicen a través de mecanismos tributarios o de mecanismos alternativos como el comentado es un aspecto secundario que no desvirtúa la esencia de los incentivos de mercado.

Finalmente, la Ley incluye dos tipos de mecanismos basados en incentivos de mercado. Por un lado,

el artículo 77¹¹ establece el régimen de la producción limpia, en virtud del cual las autoridades deberán promover la producción limpia en el desarrollo de los proyectos de inversión y las actividades empresariales en general, a través del fomento de incentivos tributarios y otros instrumentos afines. Por el otro lado, el artículo 95¹² consagra la obligación de las autoridades de promover los bonos de descontaminación y de otros mecanismos alternativos, a fin de que las industrias y proyectos puedan acceder a los fondos creados al amparo del Protocolo de Kyoto y de otros convenios de carácter ambiental. Este último mecanismo, en especial, es un claro ejemplo de cómo la autoridad, sin obligar a las empresas a observar una determinada conducta, puede influir en su desempeño ambiental mediante el otorgamiento de beneficios condicionados al logro de objetivos que se encuentran por encima de los mínimos establecidos por la legislación.

C. Sociedad civil

La tercera alternativa recae en el rol que cumple la sociedad civil, y su potencial para participar en la discusión, oposición y crítica social como una forma de regulación social. La sociedad civil organizada alrededor de las preocupaciones ambientales es capaz de denunciar las fallas del Estado y del mercado y, por tanto, las limitaciones de los dos modelos previos. Este modelo se basa en un sistema democrático que no sólo permite, sino que además estimula la amplia participación pública en las decisiones políticas en materia ambiental. Es indispensable que exista un régimen democrático en el que se respeten las libertades individuales y colectivas y se garanticen los derechos y libertades consagrados en la constitución, tales como la libertad de expresión, la libertad de trán-

36.2 Conforme al marco normativo presupuestal y tributario del Estado, las entidades públicas de nivel nacional, sectorial, regional y local en el ejercicio y ámbito de sus respectivas funciones, incorporan instrumentos económicos, incluyendo los de carácter tributario, a fin de incentivar prácticas ambientales adecuadas y el cumplimiento de los objetivos de la Política Nacional Ambiental y las normas ambientales. 36.3 El diseño de los instrumentos económicos propician el logro de niveles de desempeño ambiental más exigentes que los establecidos en las normas ambientales.

¹⁰ Artículo 37: De las medidas de promoción: Las entidades públicas establecen medidas para promover el debido cumplimiento de las normas ambientales y mejores niveles de desempeño ambiental, en forma complementaria a los instrumentos económicos o de sanción que establezcan, como actividades de capacitación, difusión, y sensibilización ciudadana, la publicación de promedios de desempeño ambiental, los reconocimientos públicos y la asignación de puntajes especiales en licitaciones públicas a los proveedores ambientalmente más responsables.

¹¹ Artículo 77: De la promoción de la producción limpia

77.1 Las autoridades nacionales, sectoriales, regionales y locales promueven, a través de acciones normativas, de fomento de incentivos tributarios, difusión, asesoría y capacitación, la producción limpia en el desarrollo de los proyectos de inversión y las actividades empresariales en general, entendiendo que la producción limpia constituye la aplicación continua de una estrategia ambiental preventiva e integrada para los procesos, productos y servicios, con el objetivo de incrementar la eficiencia, manejar racionalmente los recursos y reducir los riesgos sobre la población humana y el ambiente, para lograr el desarrollo sostenible.

77.2 Las medidas de producción limpia que puede adoptar el titular de operaciones incluyen, según sean aplicables, control de inventarios y del flujo de materias primas e insumos, así como la sustitución de éstos; la revisión, mantenimiento y sustitución de equipos y la tecnología aplicada; el control o sustitución de combustibles y otras fuentes energéticas; la reingeniería de procesos, métodos y prácticas de producción; y la reestructuración o rediseño de los bienes y servicios que brinda, entre otras.

¹² Artículo 95: De los bonos de descontaminación

Para promover la conservación de la diversidad biológica, la Autoridad Ambiental Nacional promueve, a través de una Comisión

sito, la libertad de reunión. De lo contrario, la sociedad civil se verá restringida en su accionar, y difícilmente podrá organizar marchas y manifestaciones en defensa de sus intereses. Asimismo, el modelo presupone altos niveles de participación ciudadana. Teóricamente, por lo menos, una sociedad con altos niveles de participación tendrá una mayor inclinación a organizarse y a manifestarse a favor o en contra de una decisión política o privada de contenido ambiental.

Las críticas de este modelo resaltan las expectativas que han sido puestas en los esfuerzos organizados para movilizar a la sociedad civil. Otra de las críticas atiende a las dificultades de organización, de puntos de vista divergentes dentro de la sociedad civil sobre la mejor forma de afrontar un problema ambiental, y el inconveniente siempre presente del financiamiento y de la falta de autonomía que algunas veces se asocia con ello¹³. Su vigencia como un modelo de regulación ambiental en sí mismo ha sido prácticamente descartada. Sin embargo, hay muy pocas sociedades –quizás sólo aquéllas donde no existen las libertades mínimas– en las que la sociedad civil no haya influido de manera significativa en las decisiones del Estado y del sector privado respecto cómo se manejan los temas ambientales en un país.

Mientras el potencial de este modelo para resolver problemas ambientales complejos puede ser cuestionable, existen, de otro lado, razones para promover el involucramiento de la sociedad civil en el desarrollo de la política ambiental. La movilización de la sociedad civil mejora la calidad de las decisiones políticas al permitir la articulación de las distintas concepciones del interés público. Su rol como propulsor de alerta también merece reconocimiento. Más importante aún, la participación de la sociedad civil apoya otras formas de gobernanza ambiental¹⁴.

En el ámbito local, la LGA ha consagrado el derecho de la sociedad civil a participar en la toma de decisiones en los proyectos que puedan afectar sus intereses económicos, culturales o de salud. Así, ha dedicado íntegramente el capítulo 4 del Título I (artículos 41 al 51) a regular estos derechos de la sociedad civil, dando un gran paso hacia

adelante en esta materia respecto a la legislación precedente. Del mismo modo, debe tenerse presente todo el régimen legal previsto para la participación ciudadana en los procesos de evaluación de impacto ambiental de las distintas industrias extractivas.

Sin embargo, es importante destacar que el modelo no se restringe a las manifestaciones de la sociedad civil que se dan a través de los canales formales, tales como los talleres, audiencias públicas u otras formas previstas en la legislación. El modelo ciertamente incluye a dichas manifestaciones formales; sin embargo, es en las manifestaciones espontáneas o informales –pero organizadas– en donde radica la riqueza y el verdadero significado de este modelo.

Al respecto, basta recordar el episodio del Cerro Quilish en Cajamarca hace unos años. Este evento es quizás el ejemplo más claro de lo eficaz que puede resultar la sociedad civil como modelo de gobernanza ambiental. Así como las normas contienen obligaciones legales para las empresas y los ciudadanos, y constituyen fuentes de regulación, las manifestaciones de la sociedad civil pueden constituir también fuentes de regulación ambiental en ciertas circunstancias. En este caso, la sociedad civil resultó más eficaz incluso que el modelo de regulación directa, toda vez que la voluntad de la sociedad civil de que ese proyecto no se materialice terminó imponiéndose sobre la decisión formal del Estado contenida en una resolución administrativa que aprobó la realización del proyecto. Este resultado confirma que la sociedad civil a través de sus manifestaciones puede resultar tan o más eficaz que una norma o acto administrativo.

D. Autorregulación

La autorregulación representa un cuarto modelo de gobernanza que recae en la capacidad de reflexión de ciertos grupos sociales acerca de su propio comportamiento, de modo que asuman responsabilidad por los problemas sociales. Dentro de la comunidad empresarial, los desarrollos actuales en responsabilidad social corporativa (CSR) son manifestaciones objetivas de

Nacional, los bonos de descontaminación u otros mecanismos alternativos, a fin de que las industrias y proyectos puedan acceder a los fondos creados al amparo del Protocolo de Kyoto y de otros convenios de carácter ambiental. Mediante decreto supremo se crea la referida Comisión Nacional.

¹³ GLASBERGEN, P. Op. Cit.

¹⁴ GLASBERGEN, P. Op. Cit.

tal tendencia. Iniciativas tales como los códigos de conducta en el nivel de gremio son ejemplos concretos de cómo el modelo de gobernanza por autorregulación ha echado raíces. Este modelo, sin embargo, muestra poca proyección de ser capaz de lidiar con problemas ambientales masivos y complejos a nivel global, especialmente en los países menos desarrollados, donde la preocupación ambiental y la disposición de recursos y experiencia de la comunidad empresarial, son significativamente menores que en los países más desarrollados¹⁵.

Este modelo también ha recibido críticas. Existe el argumento que cuestiona la efectividad del modelo para resolver problemas socio-ambientales cuando el costo involucrado excede los límites que las empresas están dispuestos a asumir. Más aún, existe la preocupación que la autorregulación podría degenerar en la protección de intereses de grupos. Existe un riesgo intrínseco de que los grupos más poderosos determinen las reglas que efectivamente son aplicables.

Hay dos elementos que deben estar presentes para que se materialice este modelo. Por un lado, la voluntariedad de las iniciativas y, por otro lado, estándares de desempeño socio-ambiental por encima de los mínimos legales exigidos. Igualmente, este modelo requiere ciertos presupuestos para poder generar un impacto en la gobernanza ambiental de una sociedad: alta conciencia socio-ambiental en el sector empresarial, disponibilidad de recursos, cierto nivel de coordinación entre empresas, y sobre todo entre empresas y los beneficiarios de las iniciativas.

En nuestro medio, el artículo 78¹⁶ de la LGA ha reconocido la vigencia de estas formas de regulación y ha confirmado la obligación del Estado de promover, difundir y facilitar estas iniciativas entre los agentes de mercado. La LGA ha acertado en precisar que las políticas, prácticas y mecanismos de responsabilidad social de la empresa se adoptan **de manera voluntaria**. De lo contrario, es decir, si las iniciativas de responsabilidad social respondieran a una imposición legal, se

trataría de una expresión más del modelo de regulación directa que prescribe conductas y sanciona ante el incumplimiento.

En este mismo sentido, el artículo 79¹⁷ de la LGA reitera el carácter voluntario de las normas que adoptan las empresas para mejorar su desempeño ambiental, y zanja cualquier ambigüedad que pueda existir respecto de la obligatoriedad de estas normas al establecer que su adopción y observancia es independiente del cumplimiento de las normas ambientales de carácter obligatorio. Estas precisiones, que pudieran parecer circunstanciales, demuestran un cabal entendimiento de este modelo de regulación ambiental por parte de la LGA.

Lamentablemente, hay iniciativas legislativas y hasta normas que demuestran un total desconocimiento de estos conceptos teóricos, o que, en todo caso, responden a intereses políticos particulares, sin atender a estos preceptos teóricos fundamentales. Lo cierto es que para que una autoridad pueda promover eficazmente este modelo de regulación ambiental entre las empresas del gremio bajo su jurisdicción, es imprescindible que asimile las diferencias entre el modelo de regulación directa y el de auto-regulación, y principalmente el carácter no obligatorio de las iniciativas empresariales de responsabilidad social.

Un ejemplo de la poca claridad en asimilar las diferencias entre ambos modelos es el Decreto Supremo 042-2003-EM, que exige a los titulares mineros el compromiso previo de "desarrollo sostenible" como requisito para el desarrollo de actividades mineras. Esta norma confunde el rol de la autorregulación, y pretender usurpar un espacio que le corresponde a este modelo para la acción voluntaria, mediante herramientas del modelo de regulación directa. Lo curioso y hasta paradójico es que la exigencia es meramente formal. Es decir, sólo se le exige al titular minero "prometer" ciertas conductas generales y luego declarar cada año, mediante un informe escrito, la ejecución de los compromisos efectuados. No obstante, no se ha previsto ninguna sanción ante

¹⁵ GLASBERGEN, P. Op. Cit.

¹⁶ Artículo 78: De la responsabilidad social de la empresa: El Estado promueve, difunde y facilita la adopción voluntaria de políticas, prácticas y mecanismos de responsabilidad social de la empresa, entendiendo que ésta constituye un conjunto de acciones orientadas al establecimiento de un adecuado ambiente de trabajo, así como de relaciones de cooperación y buena vecindad impulsadas por el propio titular de operaciones.

¹⁷ Artículo 79: De la promoción de normas voluntarias: El Estado, en coordinación con los gremios y organizaciones empresariales, promueve la elaboración y adopción de normas voluntarias, así como la autorregulación por los titulares de operaciones, para mejorar su desempeño ambiental, sin perjuicio del debido cumplimiento de la normatividad vigente.

el incumplimiento. Y esto se debe probablemente a que los compromisos son tan generales que difícilmente se podrá determinar exactamente qué conductas cumplen con las obligaciones.

E. Gobernanza ambiental cooperativa

Existe la hipótesis según la cual los tres últimos modelos de gobernanza han surgido como respuesta a las dificultades de la regulación directa para alcanzar plenamente sus objetivos. Podría argumentarse que cada modelo nuevo ha aparecido como una alternativa a su predecesor inmediato, dada la imposibilidad del último de enfocar los problemas ambientales adecuadamente. Más importante aún, podría afirmarse que ningún modelo individualmente considerado es capaz de ofrecer una solución integral de problemas ambientales complejos.

La clave para un modelo de gobernanza ambiental mejor equipado parece descansar en la interacción balanceada y sistemática de todos los modelos, y de sus respectivos protagonistas. Esta es precisamente la característica distintiva y, probablemente, la mayor ventaja del modelo cooperativo de gobernanza ambiental. Mientras que todos los modelos anteriores de regulación se sostienen principalmente en el grupo de interés que lidera y en un conjunto de estrategias e instrumentos políticos, el modelo cooperativo se caracteriza por ser un modelo más inclusivo y democrático de gobernanza donde todos los grupos de interés envueltos tienen el potencial de influir en el proceso de toma de decisiones¹⁸.

1. Características

Probablemente la característica más distintiva del modelo cooperativo es que implica interacciones entre representantes de Estado, mercado y sociedad, en lugar de sólo acciones dentro de alguno de estos sectores. Un pilar del modelo es la asunción de que el cambio puede suceder sólo si la cooperación es institucionalizada entre las partes con un interés directo en los asuntos en cuestión. El debate y la negociación entre los grupos de interés con diferentes perspectivas e intereses son elementos clave. Los grupos de interés trabajan hacia un entendimiento común de los problemas específicos y hacia la implementación de un plan colectivo para su solución. A diferencia de otros

modelos, el modelo cooperativo no deja de lado el rol del Estado. Da al Estado, sin embargo, menor preponderancia que el modelo de regulación directa en la formulación de políticas ambientales.

El modelo cooperativo combina fundamentos funcionales del modelo regulatorio, fundamentos económicos de la regulación de mercado, y fundamentos de comunicación del modelo de sociedad civil de gobernanza. Del mismo modo, los problemas ambientales se abordan en el marco regulatorio trazado por el Estado para la mayoría de actividades económicas, en el comportamiento de utilidad maximizada de los grupos de interés, en la conciencia social y ambiental que promueve en las empresas, e igualmente importante, en la actitud crítica de las organizaciones de la sociedad civil. De hecho, todos estos factores contribuyen a la formación del régimen y funcionamiento de las alianzas.

Una premisa central es que dada la limitada capacidad que el Estado tiene para influir en el comportamiento económico en un mercado económico, las partes públicas y privadas son altamente dependientes una de la otra al enfrentar problemas ambientales. Las negociaciones pueden darse en un ambiente de consenso o conflicto. En cualquier caso, la meta está dada por alinear los intereses privados con los colectivos para abocarse a una acción concertada. En su mejor expresión, un proceso cooperativo de manejo ambiental traería una definición compartida del problema, un deseo común de enfrentarlo y contribuciones para cada grupo de interés hacia el fin común¹⁹.

En un caso típico del modelo cooperativo de regulación ambiental participa el Estado, a través de la promulgación de leyes y reglamentos, pero también a través de la presencia de sus representantes en mesas de negociación, talleres y otras herramientas del modelo; la sociedad civil, a través de crítica social, movilización y oposición de ONG, la iglesia y otras organizaciones de base; el sector privado, a través de las políticas de responsabilidad social y los códigos de conducta de las empresas y sus gremios. Sin embargo, hay ocasiones en las que sólo algunos de estos grupos de interés están presentes. El ideal es que todos los intereses que potencialmente pueden oponerse o complementarse estén presentes en

¹⁸ GLASBERGEN, P. Op. Cit.; MEADOWCROFT, J. Op. Cit.; UTTING, P. Op. Cit.

¹⁹ FORSYTH, T. Comunicación Personal en el London School of Economics & Political Science; MEADOWCROFT, J. Op. Cit.

los procesos de negociación que se llevan a cabo con el fin de definir prioridades, diseñar políticas y estrategias ambientales; implementarlas, y monitorear su cumplimiento.

La gobernanza cooperativa ambiental, las alianzas deliberativas multi-sectoriales y los acuerdos ambientales están fuertemente relacionados, pero son distinguibles entre sí. Si la gobernanza cooperativa ambiental es el nuevo régimen utilizado para gobernar asuntos ambientales, entonces las alianzas son la estrategia política por medio de la cual este modelo es puesto en práctica. Al mismo tiempo, los acuerdos socio-ambientales son instrumentos utilizados por los grupos de interés participantes para organizar y formalizar los acuerdos alcanzados y las políticas comunes alcanzadas como resultado de los procesos de negociación.

2. Alianzas multi-actores

Las alianzas de algunas o todas las partes interesadas en el manejo de un asunto ambiental en particular son conocidas como "alianzas multi-actores" o *multi-stakeholders partnerships*. Las alianzas pueden ser vistas como un foro y como una estrategia política organizada para poner en práctica el modelo cooperativo. Se espera que estas alianzas sean deliberativas y permitan cierto grado de consulta acerca de la naturaleza y propósito de la política ambiental.

Mientras en los primeros debates se discutían alianzas bi-sectoriales entre dos representantes de Estado, mercado y sociedad civil, el debate se concentra ahora en alianzas tri-sectoriales con actores de las tres esferas de una sociedad: sociedad civil, mercado y Estado. A esta última generación de alianzas se les conoce en el ámbito académico como alianzas "tipo II"²⁰.

3. Ventajas

Al modelo cooperativo se le han atribuido varias ventajas sobre los otros modelos. El modelo cooperativo es, a decir verdad, más inclusivo y plural que otros modelos dado que se basa en la interacción simultánea de todos los grupos de interés envueltos en una situación particular. El modelo provee un foro formal y metódico donde

se desarrollan las negociaciones. Dado que diversos grupos de interés presentan sus perspectivas y defienden sus intereses, el rango de opciones políticas puede aumentar. La aproximación de las alianzas a la discusión de políticas ambientales analiza el problema de la falta de comunicación entre grupos de poder desde una etapa muy temprana, juntando todos los intereses que compiten alrededor de un asunto particular. El modelo facilita el reconocimiento mutuo de cada grupo como un legítimo interlocutor, lo que supuestamente debería promover cambios en la percepción de problemas y en la transformación de intereses que facilita el camino para la construcción de consenso.

En la medida que las acciones concertadas que se adopten son diseñadas luego de haber considerado todos los intereses contrapuestos, las decisiones deberían gozar de un mayor halo de legitimidad. Del mismo modo, las decisiones políticas tienen más probabilidad de ser estables. Más aún, se espera que las alianzas provean apoyo para concretar estrategias y recomendaciones que surjan del proceso deliberativo de adopción de políticas entre sus pobladores, lo que se considera promueve el cumplimiento y releva al gobierno de sus responsabilidades de control.

El modelo es además flexible, pues se puede adaptar a diferentes áreas problemáticas. Puede acomodar a un gran número de participantes dentro de cada esfera de la sociedad. No hay formalidades en el proceso de toma de decisiones. Más aún, la formación de alianzas usualmente no requiere de aprobación legislativa o administrativa. A los regímenes cooperativos se les atribuye también el beneficio de promover el aprendizaje ambiental como resultado de un proceso interactivo entre los grupos de interés, para definir los problemas proponer las posibles soluciones²¹.

4. Debilidades

Una de las mayores críticas está referida al balance de poder que el modelo supuestamente ofrece. Las alegaciones apuntan al riesgo del "secuestro regulatorio" que podría afectar a un proceso de alianza específico como resultado de la habilidad de alguno de los grupos de interés más poderoso de influir en el proceso de toma de decisiones.

²⁰ CALDER, F. "The potential for using the multi-stakeholder network model to develop and deliver partnerships for implementation ("type-two outcomes") for the World summit for Sustainable Development". The Royal Institute for International Affairs - Sustainable Development Program. Papel de discusión. Febrero de 2002.

²¹ GLASBERGEN, P. Op. Cit.; MEADOWCROFT, J. Op. Cit.

Esta posición privilegiada es atribuida a las asimetrías en información y recursos presentes en las alianzas. Desde este punto de vista, el resultado de las negociaciones es más la expresión de diferencias de poder, que el resultado de la cooperación. Existe una posibilidad adicional de los grupos de interés de estar relacionados con otros sectores, que podría llevarlos a la formación de pequeñas coaliciones dentro de la alianza y priorizar algunos objetivos, incluso sobre el bien común. El reconocimiento de que no todos los grupos de interés pueden ser iguales, sin embargo, no debe necesariamente ser considerado como una desventaja del modelo, y es consistente con el reconocimiento que el modelo cooperativo le da al Estado.

El modelo es criticado por permitir potencialmente a las autoridades públicas abandonar sus responsabilidades cuando ven su rol como sólo el de una parte entre las varias que participan en el proceso de negociación. Otras críticas apuntan al hecho que un proceso de gobernanza basado en el grupo inevitablemente debilita al gobierno elegido democráticamente a nivel local, regional e incluso nacional, transfiriendo decisiones importantes de los oficiales responsables a las manos de grupos de presión.

El argumento de eficiencia desafía el potencial del modelo de atender satisfactoriamente los problemas ambientales sobre la base de los costos que las partes tienen que enfrentar para participar en los procesos deliberativos, la incertidumbre de los resultados, y la dificultad de coordinación. También se argumenta que las formas cooperativas pueden enraizarse solamente en sociedades con una tradición de toma de decisiones basada en el consenso, pero no en otras donde la negociación, las consultas y la adaptación mutua de intereses están ausentes. La pregunta relevante es si el modelo pudiese enraizarse en países que no necesariamente tienen este tipo de cultura política²².

Más allá de las ventajas y desventajas teóricas, la pregunta importante no es si el modelo cooperativo tiene debilidades, sino si en un contexto particular puede alcanzar resultados más satisfactorios que los otros modelos. El siguiente capítulo tratará sobre este asunto en particular

con respecto a los problemas sociales y ambientales en el contexto local.

5. Vigencia en el Perú

En el ámbito local, la legislación ha desarrollado este modelo en forma incipiente. Ha recogido algunos de los mecanismos a través de los cuales se manifiesta este modelo, como mecanismos de participación ciudadana. Al respecto, el artículo 48.2²³ de la LGA confirma que las mesas de negociación son un mecanismo de participación ciudadana disponible para la ciudadanía, e impone al Consejo Nacional del Medio Ambiente (en adelante, "CONAM") –hoy Ministerio del Ambiente– la obligación de establecer los lineamientos para el desarrollo de este mecanismo y de otros equivalentes.

La norma de creación del Ministerio del Ambiente –Decreto Legislativo 1013– prevé como uno de los órganos de la estructura básica de la alta dirección del ministerio a la Comisión Consultiva Ambiental, definida como el órgano de carácter permanente del Ministerio del Ambiente, cuya función es "promover el diálogo y la concertación en asuntos ambientales entre el Estado y la sociedad". Como se puede apreciar, esta disposición no es otra cosa que el reconocimiento de la vigencia de este modelo en nuestro régimen.

Otro claro ejemplo de la adopción de este modelo es la creación de los Consejos de Coordinación Local Provincial de los gobiernos locales, previsto en el artículo 98 de la Ley Orgánica de Municipalidades – Ley 27972. Este órgano está formado, además de las autoridades municipales, por organizaciones sociales de base, comunidades campesinas y nativas, asociaciones, organizaciones de productores, gremios empresariales, profesionales, universidades, juntas vecinales y cualquier otra forma de organización de nivel provincial; es decir, una adopción clara del modelo cooperativo.

Lo destacable de estas dos manifestaciones del modelo es que no han surgido espontáneamente, sino que su aceptación ha llegado a tal punto que el propio marco legal e institucional del país los ha acogido formalmente. Debe quedar claro que para este modelo, la formalidad o espon-

²² Forsyth, T. Comunicación personal; Glasbergen, P. Op. Cit. ; Meadowcroft, J. Op. Cit.

²³ Artículo 48: De los mecanismos de participación ciudadana: 48.2 La Autoridad Ambiental Nacional establece los lineamientos para el diseño de mecanismos de participación ciudadana ambiental, que incluyen consultas y audiencias públicas, encuestas de opinión, apertura de buzones de sugerencias, publicación de proyectos normativos, grupos técnicos y mesas de concertación, entre otros.

taneidad del origen de las instancias deliberativas es un factor secundario.

II. FACTORES SOCIO-POLÍTICOS DE LAS INDUSTRIAS EXTRACTIVAS EN EL PERÚ

Este capítulo presenta de forma muy sucinta algunos factores que deben tenerse en cuenta para analizar el potencial del modelo cooperativo y de las alianzas multi-actores para afrontar los problemas más urgentes de las industrias extractivas. No pretende ser un análisis exhaustivo de los principales temas del sector. El objetivo radica en identificar hasta qué punto estos factores pueden tener un impacto en el potencial éxito del modelo cooperativo.

La importancia de las industrias extractivas para la economía peruana es incuestionable. Ello explica el interés que el gobierno otorga a este sector, no sólo sobre otros intereses económicos, sino algunas veces incluso sobre otras prioridades que el gobierno debería promover, tales como la protección de la salud pública o el balance ecológico.

A. Degradación ambiental

No hay duda que las actividades mineras, de hidrocarburos y forestales, entre otras, han causado una significativa degradación ambiental en el Perú. En muchos casos, estos impactos son una de las causas más significativas de conflicto social. Sin embargo, existe la necesidad de evaluar la real dimensión de la degradación ambiental causada por las industrias extractiva. Para estos efectos, conviene cuestionar la alegada conciencia ambiental de las comunidades locales, y advertir acerca de la eventual presencia de intereses ocultos detrás de las supuestas preocupaciones ambientales²⁴. Como es previsible, muchas de las motivaciones detrás de la alegada preocupación por los problemas ambientales tienen que ver con la pobreza, inequidad, falta de presencia estatal, entre otros factores económicos y políticos de efecto equivalente.

B. Pobreza, desigualdad y disparidades de ingresos

La mitad de la población en el Perú es pobre y un tercio vive en extrema pobreza. Importantes

sectores de la población han permanecido excluidos de los servicios públicos básicos y de los beneficios de una sociedad moderna, especialmente para los habitantes rurales. En algunas de estas áreas prácticamente no hay presencia del Estado. En consecuencia, los pobladores rurales tienen serias dificultades para llegar a las autoridades administrativas y judiciales y presentar sus quejas, que a su vez ayuda a explicar sus decisiones de recurrir a la violencia como medio para obtener una solución a sus problemas. La pobreza y la inequidad han sido consideradas por la Defensoría del Pueblo como dos de las principales causas de los conflictos de los últimos años en el sector minero peruano. Es dentro de esta atmósfera de conflicto que la gobernanza cooperativa ambiental y las alianzas multi-actores deben desempeñarse.

En el ámbito de los impactos sociales generados por la minería, por ejemplo, uno de los más sensibles es la abrumadora diferencia entre los ingresos de los empleados de la mina y aquellos miembros de las comunidades locales cuyas ocupaciones no están asociadas con la industria. Ello ha creado tensiones de distinto tipo, incluyendo demostraciones de superioridad y menosprecio hacia los menos favorecidos, prostitución y violaciones a los derechos humanos. Asimismo, muchos de los beneficios generados por la minería se han acumulado en los centros urbanos más que alrededor de las comunidades locales y áreas remotas donde se desarrolla la actividad. Algunos argumentan que la minería ha contribuido con el desarrollo de las regiones; sin embargo, la distribución de la riqueza generada por la minería ha sido inequitativa²⁵.

C. Capacidad del Estado

El Estado ha probado tener capacidad limitada para monitorear el cumplimiento de las obligaciones ambientales y sociales de las empresas de las distintas industrias extractivas, y sancionarlas tras la falta de cumplimiento. Las limitaciones presupuestarias son parcialmente responsables de la pobre actuación, pero otros factores son también importantes, como la falta de personal capacitado, la falla en el establecimiento de canales adecuados de comunicación, entre otros factores. Y aunque no responde a la capacidad

²⁴ "Minería, Desarrollo Sostenible, y Derechos Ciudadanos: Una aproximación Inicial desde la Defensoría del Pueblo". Defensoría del Pueblo. Lima. 2005.

²⁵ Defensoría del Pueblo. Op. Cit.; Banco Mundial, Riqueza y Sostenibilidad: Dimensiones Sociales y Ambientales de la Minería en el Perú. Lima. 2005.

del Estado, sino a una opción política, también se identifica como una causa del problema socio-ambiental el desproporcionado énfasis que se le ha dado a la inversión privada desde inicios de los noventa en minería e hidrocarburos²⁶. Otro ámbito en el que la incapacidad del Estado –a nivel nacional, pero principalmente a nivel regional– se manifiesta es en el gasto e inversión pública.

D. Marco legal e institucional ambiental

Hasta antes de la transformación del OSINERG en OSINERGMIN mediante Ley 28964, la institucionalidad ambiental en minería difería de la de hidrocarburos y energía. El sub-sector hidrocarburos y el de energía contaban con un organismo regulador –OSINERG– que fiscalizaba el cumplimiento de las normas ambientales, entre otras atribuciones. En el sub-sector minero en cambio, la autoridad de fiscalización y control era el mismo Ministerio de Energía y Minas (en adelante, “MEM”), es decir, el mismo ente que promovía la inversión en el sub-sector. Esto generó un dilema político para el gobierno, el que de un lado debía garantizar la calidad ambiental, y de otro lado debía promover inversión para generar riqueza y empleo. La conclusión de la Defensoría del Pueblo es que las consideraciones ambientales estaban subordinadas a la promoción de las actividades mineras, lo que habría convertido el MEM casi en una parte interesada. Esta situación cambió en enero del 2007 y actualmente la institucionalidad ambiental en ambos sub-sectores es uniforme.

Actualmente, el marco legal ambiental en el Perú ha alcanzado un nivel significativo de desarrollo. Aún existe disparidad entre los sectores productivos, pero no hay duda que se ha avanzado. Como consecuencia de la celebración del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, tanto el marco legal como la institucionalidad ambiental se ha visto fortalecida aún más. La prueba más significativa de esto es la creación del Ministerio del Ambiente.

Estas constataciones permiten afirmar que, para efectos de la viabilidad del modelo cooperativo, el marco legal ambiental ofrece un escenario favorable para la implementación de las alianzas y la consolidación del modelo.

E. Propiedad de los recursos naturales

Un factor que puede contribuir a explicar la falta de legitimidad de las actividades extractivas es la negativa de ciertos sectores de reconocer que los recursos minerales pertenecen a la nación, y no al dueño de la propiedad superficial. De acuerdo a la Constitución Política del Perú, el Estado ejerce dominio eminente sobre los recursos naturales y determina cómo son utilizados de la mejor manera. Es dentro de este marco que el Estado otorga a los privados derechos y permisos para desarrollar actividades mineras. Como se ha sugerido precedentemente, éste podría resultar siendo uno de los verdaderos motivos detrás de las alegaciones ambientales de los opositores a las industrias extractivas.

F. Derechos superficiales versus derechos sobre recursos naturales

Como se sabe, el régimen legal peruano no otorga al propietario de la tierra derecho alguno sobre los minerales ni hidrocarburos que se encuentran bajo ésta. El Estado asigna el derecho a explorar y explotar recursos naturales a agentes privados que cumplan con los requisitos establecidos por ley. En un sentido, ello significa que frecuentemente, tan pronto como el concesionario minero o contratista de hidrocarburos adquiere el derecho o celebra el contrato, adquiere la carga de tener que ganar acceso a los derechos superficiales. Los propietarios de los derechos superficiales no siempre están dispuestos a abrir sus tierras a las actividades extractivas, más aún cuando muchos los ingresos de los habitantes dependen de la tierra y de otros recursos que las empresas del sector requieren para operar. Esta situación ha llevado a innumerables negociaciones fallidas, acusaciones de abuso y decepción, y últimamente, a conflictos sociales generalizados. Este asunto particular es tan sensible, que ha sido considerado por el ex presidente de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía entre los tres problemas más críticos que enfrenta la minería en el Perú de hoy²⁷.

G. Estructura de los grupos de interés

El análisis de los grupos de interés revela una red intrincada de jugadores y alianzas. Por un lado, esta

²⁶ Defensoría del Pueblo. Op. Cit.; GRADE. “Mapeo Ambiental”. Documento elaborado para uso de la Sociedad de Minería, Petróleo y Energía. Lima. 2004.

²⁷ Entrevista a José Miguel Morales Dasso. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Industrias Extractivas: Minería. Año XX. No. 59. 2005.

complejidad en número y variedad de intereses anticipa una discusión más equilibrada. Pero más no es siempre mejor. Por lo menos en Perú, el número de actores asociados con el conflicto socio-ambiental del sector minero es tan significativo que en algunos casos ha impedido el proceso de diálogo. Dentro de cada una de las esferas de la sociedad hay varios actores. El Estado, a nivel nacional, ha sido representado por el MEM, la Presidencia del Consejo de Ministros, y por los gobiernos regionales, municipalidades provinciales y concejos locales. El mercado está representado por las compañías mineras y por la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía. La sociedad civil es la más diversa en términos de representación. Las comunidades locales están al frente, seguidas por sus organizaciones. Las ONG nacionales e internacionales son también muy activas. Existe, además, asistencia internacional y agencias de desarrollo, que juegan un rol facilitador, y proveen asistencia técnica y financiera.

Un rasgo que caracteriza el panorama es la falta de confianza de las comunidades tanto con el gobierno como con las compañías mineras, que han sentado un precedente negativo para el diálogo. Según la Defensoría, algunas comunidades y asociaciones que las representan han mostrado resistencia inicial al proceso de diálogo. Sin embargo, el Perú ha tenido ya varias experiencias de gobernanza cooperativa ambiental y alianzas, muchas de ellas en la industria minera. El proceso recién ha empezado.

III. GOBERNANZA COOPERATIVA AMBIENTAL Y ALIANZAS MULTI-ACTORES EN ACCIÓN: UNA EVALUACIÓN DE SU POTENCIAL PARA RESPONDER A LOS PROBLEMAS SOCIO-AMBIENTALES. LA EXPERIENCIA DE DIÁLOGO EN TINTAYA

Este capítulo examina la relación deliberativa desarrollada entre una compañía minera, cinco comunidades rurales en el área de influencia del proyecto, y algunos otros grupos de interés, reunidos alrededor de preocupaciones comunes en una "mesa de diálogo". Esta experiencia toma lugar en la provincia de Espinar, un área rural remota a mil kilómetros al sur-este de Lima.

A. Antecedentes

En 1971, el gobierno le otorgó derechos para explotar minerales a la empresa estatal Minero Perú. Las operaciones empezaron en 1985. A comienzos de los 90, el gobierno privatizó la compañía, a pesar de su buen desenvolvimiento. Magma Cooper Company compró la propiedad. Luego de distintas fusiones y adquisiciones, la propiedad pasó a BHP Billiton Tintaya S.A. (en adelante, "BHPB"). La actual operadora es Xstrata, pero fue BHPB quien participó en la alianza multi-actores.

B. El problema de la posesión de la tierra

Dos eventos clave ocurrieron en este período. El primero es la expropiación por el gobierno peruano de 2,368 hectáreas de tierra de propiedad de las comunidades en 1981. La comunidad apeló la decisión alegando subvaluación. El segundo evento es la compra de tierra adicional con propósitos mineros por los nuevos propietarios en 1996. Aun cuando aparentemente fue voluntario y consensual, el proceso de compra parece ser un caso de abuso en contra de una comunidad pobremente informada. Las principales preocupaciones de la comunidad fueron la pérdida de tierras comunales, la subvaluación de la tierra, la falta de representación legítima de las comunidades en las negociaciones y contratos, entre otros²⁸.

C. Impactos ambientales

La otra preocupación principal de las comunidades locales era el impacto ambiental causado en el área. CooperAccion, la ONG local que apoyó a las comunidades, contactó a una firma para que llevara a cabo un estudio ambiental. El estudio demostró contaminación en el aire, agua y suelo a diferentes niveles²⁹.

D. Análisis de los grupos de interés

Los principales grupos de interés fueron la empresa y las cinco comunidades locales: Tintaya Marquiri, Alto Huacane, Bajo Huacane, Alto Huarca y Huano-Huano. Junto con estos actores, la mesa de negociación reunió a otros grupos de

²⁸ DE ECHAVE, J. K., KEENAN M., ROMERO K. y A. Tapia, "Los Procesos de Diálogo y la Administración de Conflictos en Territorios de Comunidades: El Caso de la Mina Tintaya en el Perú". Lima: CooperAccion, 2005.

²⁹ DE ECHAVE. Op. Cit.

interés que jugaron un papel significativo para alcanzar consenso: CooperAccion, la Coordinadora Nacional de Comunidades Afectadas por la Minería, CONACAMI; la Coordinadora Regional de Comunidades Afectadas por la Minería, CORECAMI, Cuzco; Oxfam America y Oxfam Australia. Debido a la oposición expresa de las comunidades y CONACAMI, ninguna de las autoridades nacionales participó en el proceso. Sólo la Municipalidad de Espinar participó.

E. El proceso y su resultado

El diálogo fue accionado por una queja presentada ante la Oficina de la Defensoría Minera de Oxfam Australia por las cinco comunidades y CONACAMI, con la ayuda técnica y financiera de CooperAccion y Oxfam America. Este episodio revela la importancia de los mecanismos de rendición de cuentas de la sociedad civil como una forma de generar instancias de cooperación para el manejo de problemas socio-ambientales.

Luego de una etapa inicial de escepticismo y escrutinio mutuo, la alianza permitió la construcción progresiva de respeto entre las partes, lo que posteriormente los llevó a alinear sus percepciones sobre lo que necesitaban. Un buen ejemplo de este progreso fue observado respecto al problema de la posesión de la tierra. La reacción inicial de la compañía fue pegarse a la validez formal de las transacciones, pero pronto comprendió que aun siendo legalmente vinculante, las compras habían causado serios impactos en las esferas sociales, económicas y culturales de las comunidades³⁰. Quedó claro que, lejos de una corte donde se discutan tecnicismos, las alianzas se establecieron para buscar soluciones en las que todas las partes ganaran a través de la negociación. La alianza trabajó a través de comisiones *ad hoc*. Un acuerdo ejecutado en diciembre de 2004 formalizó los logros de un proceso de tres años. A ese acuerdo, celebrado entre participantes de una alianza multi-actores, se le conoce en la doctrina como “acuerdos socio-ambientales”³¹.

F. La crisis y sus consecuencias

Luego de un aparente resultado exitoso, todo el proceso repentinamente colapsó. Entre dos mil y

tres mil pobladores locales atacaron el campamento minero, dañaron la infraestructura, y tomaron el local municipal. La empresa suspendió sus operaciones. Los protestantes efectuaron a la empresa demandas, algunas de ellas desproporcionadas³². Las protestas pronto se desintegraron, pero el problema social se mantuvo.

El episodio generó una serie de reacciones a favor de la compañía³³. Quizá la reacción más significativa fue la del gobierno central, quien inmediatamente instaló una comisión *ad hoc* para enfrentar la crisis, ya que estaba perdiendo aproximadamente US \$ 100 000 por día en ingresos fiscales. La comisión estuvo formada por el Viceministro de Energía y Minas, el Vicepresidente del Gobierno Regional del Cuzco, el Alcalde de Espinar, un miembro de Oxfam America y un sacerdote³⁴.

Las partes acordaron reiniciar operaciones, en lo que podría considerarse como la segunda etapa de la alianza. Esta vez, a diferencia de la primera, el acuerdo deliberativo se generó por un real conflicto. La comisión *ad hoc* asumió el rol de mediador, que en un primer momento había sido asumido por las organizaciones de la sociedad civil. Se notó que el Estado había sido reemplazado informalmente por las organizaciones de la sociedad civil, y que el Estado no debía dejar responsabilidades de coordinación a otros actores, por lo menos no totalmente.

Casi un mes después del ataque, la compañía reinició operaciones. Las negociaciones aún estaban realizándose, pero la atmósfera ya no era de turbulencia. Uno de los primeros logros de esta “nueva alianza” fue la concesión de la aprobación técnica de dos proyectos de infraestructura. Todas las coordinaciones entre las diferentes autoridades eran asumidas por la comisión, con la asistencia del MEM, es decir, una eficaz manifestación del modelo cooperativo.

G. Análisis

Un evento crucial que podría ayudar a entender esta reacción es la ejecución del acuerdo marco para el desarrollo de la provincia de Espinar entre BHPB, el gobierno de la provincia de Espinar y la mayoría de grupos de ciudadanos de la provincia

³⁰ DE ECHAVE. Op. Cit.

³¹ GLASBERGEN, P. Op. Cit.; MEADOWCROFT, J. Op. Cit.

³² “Atacan instalación de minas Tintaya”. En: Diario “El Comercio”. 24 de Mayo de 2005.

³³ Sociedad Nacional de Minería Petróleo y Energía. “Debemos Cerrar Filas Contra la Extorsión que Buscan Paralizar el Sector Minero: Alto al Sabotaje a la Inversión Privada”. Mayo de 2005.

³⁴ “Tintaya en la Raya: El posible cierre de la minera BHP Billiton en el Cuzco mantiene enfrentada a la población”. En: Caretas. 2 de Junio de 2005.

(37 organizaciones, pero no las comunidades) en setiembre de 2003. Este acuerdo supuso un proceso paralelo de negociación para BHPB, quien tuvo que atender dos demandas simultáneamente. La compañía acordó contribuir con un mínimo de US \$1,500,000 y un máximo del 3% de sus ingresos brutos antes de descontar los impuestos por año, por 5 años. Estos acuerdos financieros parecieron ser la semilla del conflicto. Algunas de las organizaciones que acordaron bajo estos términos, más tarde desearon el acuerdo y demandaron mayores contribuciones. BHPB rechazó estas demandas y defendió la legitimidad del acuerdo³⁵. La población de Espinar estaba insatisfecha.

Uno de los problemas principales fue que las contribuciones directas no alcanzaban a las comunidades. Esto fue en parte porque las comunidades no habían identificado proyectos de inversión. Siguiendo el acuerdo marco, BHPB contribuyó con alrededor de dos millones de dólares americanos, pero sólo el 30% de ese monto había sido gastado hasta ese momento. Las comunidades no contaban con mecanismos o procedimientos para decidir sobre los proyectos de inversión. Más aún, los pocos proyectos propuestos para financiamiento no estaban en la línea de las prioridades de los agricultores locales³⁶. La situación explicada líneas arriba se agrava debido a instrumentos distributivos ineficientes a nivel nacional. Los fondos asignados a Espinar por el canon minero parecen no haberse traducido en beneficios para la región.

Si hay una clara lección que puede ser recogida de esta experiencia es que las alianzas deberían incluir a todos los grupo de interés. Una lección relacionada es la inconveniencia de tener procesos paralelos de negociación con diferentes grupos de interés. Por tener abiertos dos frentes de negociación, la compañía se expuso a sí misma a dos motivos de demanda, y aún más criticable, el proceso de diálogo en sí mismo se expuso a dos potenciales amenazas. Un proceso de negociación singular que incluya a todos los grupos de interés hubiese sido más difícil de desestabilizar. Luego del conflicto, la negociación se reanudó con la participación del Estado y la iglesia. La compañía continuó operando normalmente.

H. Lecciones

El proceso de diálogo pasó de un intrincado inicio a una exitosa fase de formalización e implementación de los acuerdos, hasta llegar a un inesperado período de crisis. De hecho, podría considerarse tanto un fracaso como un éxito. La pregunta ineludible es si el éxito y el fracaso podrían ser atribuidos al modelo cooperativo de gobernanza o a factores externos.

Esta investigación propone que aun cuando el proceso de diálogo ha mostrado algunos errores estratégicos –como mantener procesos paralelos de negociación con diferentes grupos de interés–, éstos no han sido exclusivamente los responsables por la ruptura de la alianza. Hay, a decir verdad, otros factores que son externos a este modelo.

Integralmente considerado, el proceso ha demostrado que el modelo cooperativo de gobernanza y las alianzas de los grupos de interés son deseables, aun cuando podrían no erradicar por completo todos los problemas sociales y ambientales asociados a las industrias extractivas.

Como Meadowcroft ha señalado, ello no significa una negativa absoluta a los otros modelos. De hecho, el modelo cooperativo necesita refuerzo de todos ellos. El modelo no podría trabajar sin el marco legal y regulatorio y sin la capacidad de exigir el cumplimiento de las normas del modelo de regulación directa. También descansa en la conciencia social y ambiental que promueve iniciativas de responsabilidad social empresarial y autorregulación. Y, probablemente, no podría ser iniciado sin las habilidades de defensa y compromisos hacia una sociedad más equitativa de las organizaciones de la sociedad civil.

La idea que se explora aquí es que los beneficios aportados por este modelo asegura una posición privilegiada en el armado de estrategias políticas. El modelo ha alcanzado algunos logros que ampliamente justifican su apoyo. Estos beneficios incluyen el fortalecimiento de las capacidades de los grupos de interés y estrategias para afrontar problemas socio-ambientales complejos y tomar acciones concertadas, la creación de un foro para

³⁵ Diario "El Comercio". Op. Cit.

³⁶ Caretas. Op. Cit.

discutir sistemáticamente problemas sociales y ambientales y explorar posibles soluciones, y la mejora de canales de comunicación y la construcción de confianza entre los grupos de interés. Antes de que la alianza se formara, una relación adversarial prevaleció entre los grupos de interés. Las comunidades locales tuvieron una percepción negativa de las compañías y el Estado. La alianza ha facilitado la evolución de las relaciones entre los grupos de interés³⁷.

El modelo ha provisto también a las organizaciones de la sociedad civil de un foro para ser escuchado sin tener que optar por estrategias confrontacionales. Ello no debe ser interpretado, sin embargo, como un llamado para que las organizaciones sociales civiles dejen sus estrategias de defensa, algunas de las cuales pueden resultar, en verdad, indispensables para complementar otras formas de regulación.

Otra ventaja ofrecida por el modelo cooperativo es que las contribuciones financieras de corporaciones deben ser empleadas de acuerdo a los planes y prioridades de las comunidades, y no a la determinación unilateral de las políticas de responsabilidad social empresarial de las compañías, en línea con la tendencia de fomentar el desarrollo participativo.

Si bien es cierto que la gobernanza cooperativa ambiental y las alianzas no han triunfado en última instancia con erradicar los problemas socio-ambientales en el sector minero, ello no se debe exclusivamente a las carencias del modelo. Existen, ciertamente, algunas limitaciones relacionadas a éste, que ya han sido señaladas en el marco teórico. Sin embargo, algunos de los obstáculos más serios se encuentran fuera de los límites del modelo. Ellos pertenecen en parte a características socio-políticas del país. Hay, no obstante, un tercer grupo de factores que podrían explicar algunos de estos episodios repetidos de conflicto social, y algunos de los resultados decepcionantes de la implementación del modelo cooperativo de gobernanza.

Estos factores también se encuentran fuera de las barreras del modelo. En algunos casos, se trata de batallas por recursos o apoyo político. En otros casos, actividades económicas en competencia

supuestamente incompatibles entre sí. Estos conflictos políticos toman la forma de protestas sociales, y utilizan las preocupaciones sociales y ambientales como pretexto para perseguir sus intereses reales.

Incluso más alarmante es que las protestas sociales contra los proyectos extractivos han sido acciones encubiertas de grupos terroristas o cárteles de narcotráfico que optan por estas estrategias extremas, entre otras razones, para mantener a la institucionalidad fuera de sus áreas de operación³⁸. Y aunque ha habido escepticismo al respecto, en algunos casos la presencia terrorista detrás de las movilizaciones sociales es innegable. En todo caso, la hipótesis más conservadora podría ser que los grupos radicales han tomado ventaja de los ya frustrados grupos sociales y los han movilizado contra el Estado y el sector privado.

IV. CONCLUSIONES

El modelo cooperativo, las alianzas multi-actores y los acuerdos socio-ambientales han probado ser alternativas útiles para manejar problemas sociales y ambientales en las industrias extractivas en el Perú. Si el modelo es bien implementado, éste es más inclusivo, horizontal y participativo que el jerárquico modelo de regulación directa, e incluso que formas voluntarias de autorregulación desarrolladas unilateralmente por las empresas. La evidencia empírica analizada aquí ha confirmado también que la regulación de la sociedad civil no es plenamente eficaz si se considera independientemente de otras formas de regulación. Sin embargo, la sociedad civil ha probado ser indispensable para articular los intereses de los grupos más débiles dentro de la sociedad. El sistema ambiental peruano no reposa en la regulación basada en el mercado para abordar los problemas asociados con las industrias extractivas. Dada la naturaleza compleja de los problemas sociales que rodean a las industrias extractivas en el Perú, el potencial real de este modelo para abordarlos integralmente está aún por confirmarse, pero es alentador. Idealmente, los instrumentos que promueven consultas, coordinación y negociación encajarían mejor en una plataforma que promueve la interacción entre todos los grupos de interés.

³⁷ DE ECHAVE. Op. Cit.

³⁸ TORRES, Op. Cit.

Dada la limitada evidencia empírica que ofrece un caso en particular, la experiencia Tintaya debería ser tomada sólo como una referencia. Sin embargo, experiencias similares insinúan que los resultados discutidos aquí puedan ser tomados como una tendencia. Estos resultados han revelado que, aun cuando el modelo al final no ha logrado erradicar los problemas socio-ambientales, su implementación a través de alianzas ha traído beneficios concretos.

Estos beneficios incluyen: el fortalecimiento de las capacidades de los grupos de interés y estrategias para afrontar problema socio-ambientales complejos y tomar acciones concertadas; la creación de un foro para discutir sistemáticamente problemas sociales y ambientales y explorar posibles soluciones; y la mejora de canales de comunicación y la construcción de confianza entre grupos de interés. La alianza ha fortalecido, también, la organización y gestión interna de los grupos de interés, y ha llevado a un proceso de redefinición de estrategias hacia la participación en un proceso de negociación. Asimismo, ha permitido un uso más participativo de las contribuciones financieras de las corporaciones, las cuales han sido utilizadas de acuerdo a planes y prioridades de las comunidades, y no a las determinaciones unilaterales de las políticas de responsabilidad social empresarial de las compañías.

La experiencia Tintaya ha revelado también errores en términos de representación de intereses en la alianza. Se ha discutido que el hecho de haber sustentado dos procesos paralelos de negociación con grupos de interés diferentes debilitó el acuerdo deliberativo exponiendo a la alianza a una amenaza externa. Es importante recalcar, sin embargo, que la mayor parte de factores que han desestabilizado el proceso cooperativo de política ambiental no se relaciona a las particularidades del modelo y podrían haber afectado a cualquier otro modelo de gobernanza de la misma manera. Lo que mereció admiración fue la capacidad demostrada por el modelo cooperativo de gobernanza para reaccionar rápida y efectivamente a eventos externos imprevistos, a través de la reconstrucción del proceso de diálogo entre todos los grupos de interés.

Los retos en la implementación del modelo cooperativo y de las alianzas son: i) preparación:

los grupos de poder participantes requieren prepararse para enfrentar el proceso deliberativo de política ambiental. Esta preparación no va sólo a garantizar procesos más sencillos de diálogo y negociación, sino que más importante aún, va a equilibrar de mejor manera los poderes diferenciales entre actores; ii) una agenda consensuada: para dar resultados, existe una necesidad de definir una agenda razonable que refleje los legítimos intereses de las partes. El reto principal es evitar las expectativas exageradas de lo que la alianza puede traer a cada uno de los participantes, especialmente a quienes han sido tradicionalmente oprimidos o marginados del foro de decisiones; iii) comunicación: el reto es bivalente. Los grupos de interés deben desarrollar canales adecuados de comunicación para interactuar unos con otros y, simultáneamente, implementar mecanismos sencillos de comunicación entre sus propias organizaciones. Ello es especialmente cierto para actores que agrupan organizaciones diferentes o grupos de interés alrededor de ellos, tales como las asociaciones de comunidades afectadas por las actividades mineras en el Perú. Este componente es particularmente importante porque garantiza que diferentes perspectivas dentro de la organización puedan ser discutidas, y las propuestas puedan ser validadas por mecanismos democráticos. El mayor reto en este contexto particular es la gran diversidad cultural entre actores; iv) representación: la selección inicial de participantes es un importante factor que puede incrementar las probabilidades de que una solución negociada aborde adecuadamente los problemas más sensibles. Más aun, un acuerdo alcanzado por consenso de todos los actores con un interés sería más difícil de desestabilizar que uno que represente las prioridades e intereses de sólo algunos de los actores; v) actitud: los grupos de interés necesitan demostrar una actitud tolerante y proactiva hacia otros actores y hacia el proceso. Se espera que las comunidades locales dejen de lado la percepción negativa que tradicionalmente han tenido respecto a las industrias extractivas, y estas últimas deben evitar comportamientos paternalistas, reconocer a las comunidades locales como participantes válidos, y promover una participación abierta al público en el proceso de elaboración de políticas ambientales³⁹.

Hay una necesidad urgente de mejorar los mecanismos de distribución actuales para que los

beneficios alcancen a las comunidades locales. También existe la necesidad de garantizar el uso transparente de fondos públicos. A nivel internacional, actualmente existen dos iniciativas para abordar este problema: “Publish what you pay”⁴⁰ es una coalición de ONG a nivel mundial que hacen un llamado para la revelación de los pagos hechos por el petróleo, el gas y las compañías mineras a todos los gobiernos por la extracción de recursos naturales. Similarmente, la Iniciativa de Transparencia de las Industrias Extractivas⁴¹, busca asegurar que los dividendos de las actividades extractivas contribuyan

con el desarrollo sostenible y la reducción de la pobreza. El gobierno del Perú se ha unido a esta última iniciativa. Ha acordado establecer mecanismos para hacer que todas las utilidades provenientes del petróleo, gas y minería sean totalmente transparentes, y también para hacer que todas las transferencias a las agencias relevantes a nivel central, regional y local sean también transparentes. Ello es una buena señal de que los mecanismos de gobernanza alrededor pueden mejorar, y que el gobierno está comprometido para alcanzar esta meta.

Karim Kahatt Navarrete

⁴⁰ www.publishwhatyoupay.org.

⁴¹ www.eitransparency.org.

MINISTERIO DEL AMBIENTE: UN LARGO PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DE LA INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL EN EL PERÚ*

Manuel Pulgar-Vidal Otárola**

La creación del esperado Ministerio del Ambiente ha significado para muchos la institucionalización de la gestión ambiental del país; sin embargo, no ha sido sino el último de una serie de importantes pasos que se han tomado hacia ésta. Pues, si bien en estos últimos años la necesidad de la regulación ambiental se ha tornado en un tema de preocupación generalizada, el gobierno ya ha intentado delegarla, con diferentes niveles de éxito, en diversas instituciones desde la década de 1960.

En el siguiente artículo, el autor nos recuenta el largo proceso que ha tenido la institucionalidad ambiental en el Perú y nos demuestra como cada uno ha implicado una nueva etapa en un proceso evolutivo, mostrándonos así lo que debemos esperar de este nuevo ministerio.

* Este artículo ha sido elaborado sobre la base del documento "Para hacer tortillas hay que romper huevos: Historia de la gestión ambiental en el Perú 1990-2005", del mismo autor, en coautoría con Isabel Calle Valladares, a solicitud del Banco Mundial. Documento sin publicar. Lima. Mayo de 2006.

** Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de los cursos de Derecho Ambiental en la Facultad de Derecho, y de Gestión y Manejo de los Recursos Naturales del Diplomado de Derecho Ambiental, en la PUCP, y del curso de Derecho Ambiental en la UPC. Director Ejecutivo de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

En el Perú, el proceso orientado a construir, fortalecer y consolidar un marco institucional adecuado para la gestión de los asuntos ambientales tiene más de cuatro décadas. El 27 de abril de 1962, por Decreto Supremo 12-F, se creó la Oficina Nacional de Evaluación de Recursos Naturales (en adelante, "ONERN"), en ese entonces como dependencia del Ministerio de Fomento y Obras Públicas, con el fin de centralizar la evaluación de los recursos naturales y establecer una metodología de evaluación e integración que permitiera determinar valores comparativos a escala nacional. Esta entidad, con funciones relacionadas al inventario e información sobre disponibilidad y calidad de los recursos naturales renovables, estuvo activa hasta el año 1992, en el que ante la desactivación del Instituto Nacional de Planificación, en ese entonces sector a su cargo, corrió igual suerte.

Muchos años después, en 1981, la Cédula Parlamentaria Aprista presentó ante la Cámara de Diputados del Congreso de la República un Proyecto de Ley orientado a la creación del Ministerio del Medio Ambiente y los Recursos Naturales Renovables¹, lo que constituyó con seguridad el primer intento por organizar la gestión ambiental del país a partir de una figura ministerial. Ya en los considerandos de dicho proyecto se señalaba que "si bien es cierto que funcionan en el Perú numerosas instituciones dedicadas al estudio y control de los diversos aspectos relacionados con el control de algunos de los recursos naturales renovables y ordenamiento ambiental, dichas instituciones se hallan dispersas como dependencias de varios Ministerios, carentes de medios y de coordinación y sobre todo, sin facultades ejecutivas por no estar integradas y carecer de una ley orgánica que norme su funcionamiento efectivo".

Este Proyecto, si bien es cierto fue presentado el 23 de abril de 1981, fue recién dictaminado por la Comisión de Medio Ambiente de la Cámara de Diputados el 4 de abril de 1984, concluyéndose que si bien las consideraciones de los autores del proyecto de creación del Ministerio del Ambiente eran importantes, no resultaba sin embargo conveniente o pertinente sectorizar tan complejo problema en el ámbito de un Ministerio, el que por

su naturaleza no podría estar en condiciones de asumir las características de una institución supra ministerial, lo que habría ocasionado algunos problemas de coordinación, entorpeciendo, antes que resolviendo, todo un cúmulo de problemas que competen a los Ministerios existentes y a todas las instituciones nacionales, estatales y privadas². Ante ello, se optó alternativamente por dotar al país de un instrumento que adoptase las características de un Código del Medio Ambiente, lo que se materializó en 1990, con la promulgación del Decreto Legislativo 613³.

Estas discusiones, presentes hasta el día de hoy, son las que llevan a definir propuestas sobre la mejor manera de organizar la gestión ambiental de un país. El tema central de debate gira en torno al rol que correspondería a una autoridad ambiental en relación con el rol que debiera seguir correspondiendo a los distintos sectores, en los distintos niveles de gobierno. Brañes⁴ señala que "desde un punto de vista formal, se pueden formular algunas críticas a los diversos modelos que han pretendido superar el problema de la sectorización. Así, los modelos que se basan en una concentración de funciones, sea que se refuerce una estructura jurídico-administrativa preexistente, sea que se cree una estructura jurídico administrativa *ad hoc*, siempre dan lugar a un complicado proceso de transferencia y, en todo caso, las funciones que se transfieren pierden algunas de las propiedades que tenían en su sector original. Esto se advierte claramente si se piensa que por regla general, este tipo de modelo implica la separación de la gestión ambiental de la gestión económica. Por su parte, los modelos que consisten en la creación de instancias de funciones de coordinación sin facultades decisorias, muchas veces terminan ejerciéndolas en el vacío".

En el caso peruano, este debate no se ha agotado con la creación del Ministerio del Ambiente a través del Decreto Legislativo 1013⁵. Lo que para muchos es un hito significativo en los esfuerzos por fortalecer la gestión ambiental del país, al corregir una de las mayores deficiencias en la institucionalidad ambiental pública, signada históricamente por la falta de peso político y acceso marginal a los espacios de toma de decisión y, al

¹ Proyecto de Ley 505 de la Cámara de Diputados. Propone la creación del Ministerio del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables.

² PULGAR-VIDAL, Manuel. "Institucionalidad Ambiental en el Perú". Documento de Trabajo elaborado con el apoyo del Biodiversity Support Program. No publicado. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. 1992.

³ Decreto Legislativo 613. Código del Medio Ambiente.

⁴ BRAÑES, Raúl. "Manual de Derecho Ambiental Mexicano". Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V. 1994. p. 114.

⁵ Decreto Legislativo 613. "Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales". Promulgado el 7 de setiembre de 1990.

representar el resultado natural del proceso continuo de evolución del marco institucional ambiental; para otros, basados en la propia experiencia del país y la desarrollada en América Latina con un Ministerio del Ambiente desde el año 1976 (en Venezuela), no necesariamente garantiza una capacidad real de incidencia para mejorar el manejo de los asuntos ambientales del país.

Sobre el particular, Brañes señalaba: “En efecto, la mayoría de los modelos de gestión ambiental que se han creado se han transformado rápidamente en soluciones que tienen un carácter más formal que real, pues sus posibilidades de incidir en un cambio significativo del manejo del ambiente, han resultado inferiores a las potencialidades que se les atribuyeron cuando se establecieron”⁶.

Es ante ello que este artículo plantea un doble análisis. En primer lugar, intenta identificar algunos factores que inciden en el desarrollo institucional ambiental público en el Perú, y, en segundo lugar, aunque integrado al primero, se analiza cómo la creación del Ministerio del Ambiente puede contribuir a seguir mejorando la gestión ambiental en ese contexto.

UN SISTEMA DE GESTIÓN AMBIENTAL QUE NO HA OPERADO COMO TAL

La experiencia de los marcos institucionales en materia ambiental alrededor del mundo nos ha enseñado que la opción por algún modelo institucional, sea Ministerio, entidad coordinadora, entidad asesora u otra no es necesariamente el centro del debate. Lo es en cambio el responder a la pregunta de ¿cómo puede la autoridad ambiental articular una política que informe, integre y oriente a las distintas autoridades sectoriales y de distintos niveles de gobierno que como parte de sus funciones habituales tienen responsabilidad en lo ambiental y en el manejo de los recursos naturales?

Lanegra⁷ menciona sobre el particular que “al ser la gestión ambiental transversal tanto a los sectores económicos como a la regulación de los recursos naturales, no ha sido fácil adaptar las formas tradicionales de organización de las tareas del Estado a las necesidades de la gestión pública ambiental.

En América Latina y el Caribe se ha experimentado básicamente con dos modelos. Uno, que podemos denominar ministerial, ha concentrado, en distintos grados, las funciones en materia ambiental en una entidad del nivel nacional de gobierno de nivel ministerial. El otro, que se puede llamar de comisión o de consejo, ha buscado generar un modelo de coordinación transversal a todos los sectores públicos, sin embargo hoy en día se tiene mayor claridad sobre lo insuficiente que resultan ambos modelos si es que no cuentan con el apoyo de algún mecanismo de articulación de las políticas públicas ambientales con el resto de políticas del Estado, y que al mismo tiempo permita asegurar la coherencia al interior de las entidades de gobierno”.

Países que han optado por un Ministerio como Colombia⁸, han optado a su vez por la creación de un Sistema de Gestión Ambiental, entendido como mecanismo de coordinación e integración de instituciones, políticas, planes y programas. Ello lleva a que en la integración del Consejo del Ambiente participen los distintos sectores representados por los más altos niveles de decisión política.

En el Perú en 1986, año en que se publica el primer Anteproyecto de Código del Medio Ambiente⁹ y los Recursos Naturales a cargo de la Comisión Multisectorial Redactora formada por el Congreso de la República, se incorporó la propuesta para la creación del Sistema Nacional del Ambiente. Ello quedó confirmado cuando a través del Código del Medio Ambiente promulgado en setiembre de 1990 se incorporó el Capítulo XXII, reconociendo el Sistema Nacional del Ambiente integrado por todas las instituciones estatales dedicadas a la investigación, evaluación, vigilancia y control de los recursos naturales y el medio ambiente y por los órganos y oficinas de los distintos ministerios y reparticiones públicas a nivel nacional, regional y local que desempeñen funciones similares. El objeto de este Sistema Nacional Ambiental fue el coordinar la ejecución de la política nacional del ambiente y garantizar el cumplimiento de las funciones asignadas por ley a las dependencias de los gobiernos nacionales, regionales y locales.

Este Capítulo fue derogado en noviembre de 1991 por el Decreto Legislativo 757¹⁰, dictado para la

⁶ BRAÑES, Raúl. Op. Cit. p. 114.

⁷ LANEGRA, Iván. “El (ausente) estado ambiental”. Primera edición. Lima. 2008. p. 90.

⁸ Ley 99 del 22 de diciembre de 1993.

⁹ “Anteproyecto del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales”. En: Revista Medio Ambiente 39. Abril de 1987.

¹⁰ Decreto Legislativo 757. Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada. Promulgado el 8 de noviembre de 1991.

promoción de las inversiones en el sector privado. Sumado a ello, el referido Decreto Legislativo ratificó las competencias sectoriales en materia ambiental, disponiendo que cada sector (entendido como cada Ministerio) constituyera la autoridad ambiental en las regulaciones referidas a las actividades a su cargo. La suma de ambas situaciones derivó en un desarrollo absolutamente desigual en las políticas y marcos institucionales sectoriales en materia ambiental.

Cuando en 1994 se crea el Consejo Nacional del Ambiental (en adelante, el "CONAM"), no se restituyó la figura del Sistema, lo que generó una indefinición respecto al rol del CONAM en relación a las competencias ambientales sectoriales.

La inexistencia legislativa y real de un sistema articulado de gestión ambiental se intentó corregir en 1997, cuando a través del Decreto del Consejo Directivo del CONAM 001-97-CD del 13 de noviembre de 1997 se creó el Marco Estructural de Gestión Ambiental – MEGA, cuyo objetivo era el garantizar el proceso de coordinación intersectorial. No obstante el loable esfuerzo por corregir ello a lo largo del tiempo, las autoridades sectoriales continuaron ejerciendo sus funciones con poca coordinación y las desigualdades se mantuvieron vigentes.

Por su lado, a nivel regional, desde la creación del MEGA, el CONAM inició la formación de las Comisiones Ambientales Regionales como espacios de coordinación regional, aunque en un escenario de poca precisión sobre las competencias que corresponderían a las regiones en materia ambiental.

Un nuevo intento por implementar el Sistema de Gestión Ambiental se dio en junio del 2004, año en el que se aprueba la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Ley 28245¹¹. La diferencia entre el MEGA y esta Ley de Sistema es que en la primera lo que se buscó es que el ejercicio de las competencias a cargo del CONAM se haga de manera coordinada; en cambio, con la norma del año 2004 se plantea la integración de todas las entidades sectoriales al Sistema cuyo ente rector era el CONAM.

Podemos sostener sin temor a equivocarnos que durante casi 20 años, es decir desde 1986 en que

se planteó la creación del Sistema, hasta el año 2005 en donde éste empieza a plantear algunos elementos de articulación, la gestión ambiental en el Perú estuvo bastante desarticulada, compuesta por muchas autoridades sectoriales ejerciendo funciones ambientales con distintos niveles de desarrollo y poca coordinación, con autoridades regionales y locales.

Con posterioridad a ello, mediante la Ley 28611¹², Ley General del Ambiente, el CONAM se vio fortalecido en competencias al asignársele las de fiscalización y haberse determinado con mayor claridad su rol de administradora del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental. Esta función, sin embargo, no llegó a ser ejercida.

Es la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo¹³ la que en su artículo 43 define el concepto de sistemas como el conjunto de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las actividades de la Administración Pública que requieren ser realizadas por todas o varias entidades de los Poderes del Estado, los Organismos Constitucionales y los niveles de Gobierno. Reconoce que ellos sólo pueden ser creados por ley y que son de dos tipos:

1. Sistemas Funcionales.
2. Sistemas Administrativos.

En relación a los sistemas funcionales se señala que tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de políticas públicas que requieren la participación de todas o varias entidades del Estado. En el caso de los sistemas administrativos, tienen por finalidad regular la utilización de los recursos en las entidades de la administración pública, promoviendo la eficacia y eficiencia en su uso, estando referidos a las materias de gestión de recursos humanos, abastecimiento, presupuesto público, tesorería, endeudamiento público, contabilidad, inversión pública, planeamiento estratégico, defensa judicial del Estado, y control y modernización de la gestión pública.

La Ley precisa que 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.

¹¹ Ley 28245. Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Promulgada el 4 de junio de 2004.

¹² Ley 28611. Ley General del Ambiente. Promulgada el 13 de octubre de 2005.

¹³ Ley 29158. Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Promulgada el 19 de diciembre de 2007.

Bajo el concepto de sistema funcional es que se ha reconocido al Sistema Nacional de Gestión Ambiental en el Decreto Legislativo de creación del Ministerio del Ambiente, integrándose a éste, el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, el Sistema Nacional de Información Ambiental y el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado. Ello puede reconocerse como un avance, en tanto el Ministerio del Ambiente es el Ente Rector del sector ambiental.

El reto en el futuro inmediato es que el concepto de “rectoría” esté dotado de efectos prácticos, lo que implica que el Ministerio del Ambiente asuma un rol preponderante y superior al rol de los sectores en materia ambiental.

En ello puede ayudar una de las herramientas dispuestas en la propia Ley del Poder Ejecutivo. La elaboración de las matrices de competencia que permitirán identificar con claridad al titular de ellas y disponer su cumplimiento. Los últimos 40 años de intentos para articular un esquema de gestión ambiental coherente no han encontrado aún una respuesta clara. La oportunidad se plantea a partir del año 2005, y se refuerzan con la creación del Ministerio del Ambiente el año 2008. Pero ello demandará precisiones en los roles y capacidad para que éstos se ejerzan de manera eficaz y eficiente.

LA RECURRENTE AUSENCIA DE PLANIFICACIÓN

Pueden plantearse distintos argumentos para criticar la efectividad que tuvo por muchos años el Sistema Nacional de Planificación y el Instituto Nacional de Planificación, desactivados el año 1992; podría criticarse a su vez el poco nivel de aplicación práctica que tuvieron los planes quinquenales de desarrollo elaborados en el marco de este sistema. Es, sin embargo, aun más criticable que por más de una década el Perú no hubiera establecido un mecanismo que permita brindar el espacio adecuado para la planificación, y ello tuvo un claro reflejo en la gestión ambiental y en el manejo de los recursos naturales.

Desde el inicio de la década de los 90, en que se planteó la desactivación del Sistema de Planificación, se dispuso una política cuyo claro objetivo era la canalización de capitales y la promoción de inversiones en actividades productivas. Los pilares

de esta política se refirieron a la simplificación del marco tributario, simplificación administrativa y reducción de trabas burocráticas que redujeran la captación de inversiones; rol subsidiario del Estado en la actividad empresarial; rol regulador del Estado en actividades que pudieran constituir monopolios naturales; flexibilización laboral; pacificación; etcétera. Ello llevó a que el esquema de planificación se concentrara en el Ministerio de Economía en función al objetivo de captar las inversiones.

Casi dos décadas después, queda claro que si bien es cierto hubo éxito en la canalización de inversiones, especialmente en el sector minero, que se vio fortalecido por los montos de inversión en nuevos yacimientos, no hubo el mismo resultado en el desarrollo de actividades de la industria manufacturera o de aprovechamiento de recursos naturales renovables.

Por otro lado, la falta de planificación llevó a que los temas ambientales referidos a la calidad y el ejercicio de funciones ambientales a cargo de autoridades descentralizadas no sean atendidos o hayan merecido muy poco reconocimiento. Un ejemplo recurrentemente citado de la falta de planificación fue la autorización para la importación de vehículos y llantas usadas que convirtió a gran parte de las ciudades más importantes del país en centros con alta contaminación del aire. Por su parte, la poca atención a la infraestructura de saneamiento hace que en pleno siglo XXI, una megalópolis como Lima no cuente con sistemas adecuados de tratamiento de aguas cloacales o espacios para el manejo de los residuos sólidos urbanos e industriales. Siendo esa la realidad de la ciudad Capital, es evidente el nivel que atraviesan en estos temas las ciudades del interior del país.

En reconocimiento a las debilidades generadas por la ausencia de planificación del desarrollo, el Presidente Alejandro Toledo Manrique ofreció en su primer discurso a la Nación, formulado ante el Congreso de la República, la creación de un Centro Estratégico de Planificación, para cuya organización se nombró a un responsable que definió estrategias de desarrollo que incorporaban variables ambientales y de manejo de recursos naturales, especialmente provenientes de recursos de la diversidad biológica. Con posterioridad a ello, mediante la Ley 28522¹⁴, de mayo de 2005, se

¹⁴ Ley 28522. Ley del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico y del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico. Promulgada el 6 de mayo de 2005.

creó el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico, el que sin embargo nunca operó. En la actualidad se ha creado el Ministerio del Ambiente y a su vez se ha dictado el Decreto Legislativo 1088¹⁵, que regula el Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico y el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico, lo que constituye una oportunidad para integrar la variable ambiental en la planificación del desarrollo, y a su vez, para sustentarla en el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables del país.

El Perú basa sustancialmente su desarrollo en el aprovechamiento de materias primas. No ha sido capaz, sin embargo, de plantear planes que permitan sustentar el desarrollo en el aprovechamiento de recursos de nuestra diversidad biológica, que constituye el reto del futuro.

El Ministerio del Ambiente ha recibido, por su norma de creación y su modificatoria¹⁶, funciones de planificación. Así, al despacho ministerial le corresponde dirigir el proceso de planeamiento estratégico sectorial, mientras que al Vice Ministerio de Desarrollo Estratégico de los Recursos Naturales le corresponde diseñar las estrategias nacionales de gestión integrada de los recursos naturales, de la diversidad biológica, de acciones para enfrentar el cambio climático y de lucha contra la desertificación y sequía. Adoptar estas acciones de manera aislada constituiría un error. Hacerlo de manera integrada a las acciones y planes de desarrollo de la entidad a cargo de ellos sería la manera de generar ciertos niveles de obligatoriedad, seguimiento y eficacia de estos planes ambientales y de manejo de nuestros recursos naturales.

EL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN Y LAS COMPETENCIAS POCO PRECISAS

Durante el gobierno del Presidente Fernando Belaúnde Terry, tanto en su primer mandato de 1963 a 1968 como en el segundo de 1980 a 1985, se plantearon una serie de normas orientadas a fortalecer la institución municipal mediante la elección de sus representantes por voto directo y universal. Antes de ello, dichas autoridades eran designadas por el Poder Ejecutivo. El Presidente Belaúnde era un convencido del rol activo que

debía tener la autoridad municipal en las estrategias de desarrollo local. Con posterioridad a ello, durante el gobierno del Presidente Alan García Pérez de 1985 a 1990 y amparados en el mandato constitucional (bajo la Constitución de 1979), se dictaron una serie de normas orientadas a la regionalización del país, el que hasta ese entonces se desconcentraba mediante las Corporaciones de Desarrollo. Ello llevó a la creación de Regiones sobre la base de la fusión de los, en ese entonces vigentes, Departamentos. Ejemplos de ello es la Región Inca, conformada por los Departamentos de Cusco y Madre de Dios, y la Región Grau, conformada por los Departamentos de Piura y Tumbes, por citar sólo dos. Estas Regiones contaban con Asambleas Regionales formadas como resultado de un sistema de votación que incluía voto directo y universal y designación por parte de órganos colegiados como los Colegios Profesionales.

Tanto los municipios como las regiones contaban con una serie de funciones en materia ambiental y su ejercicio en muchos casos generaba reacciones contrarias, especialmente en aquellos que ejercían actividades extractivas. Un caso que generó mucha controversia y la demanda para re-centralizar las funciones ambientales se dio cuando se produjo un problema ambiental (hacia finales de los 80, inicios de los 90) en la Mina Turmalina en Piura, en donde se emitieron produjeron resoluciones administrativas contradictorias entre las autoridades del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, el "MINEM") y las autoridades regionales. Mientras esta última disponía el cese de operaciones, el MINEM se oponía a dicha decisión.

Cuando en 1992 el Presidente Fujimori disuelve el Congreso y crea el Gobierno de Reconstrucción Nacional, dicta una serie de normas que re-centralizan funciones en el Poder Ejecutivo, disuelven las Presidencias y las Asambleas Regionales y dictan una supuesta Ley de Descentralización que en realidad implicaba tan sólo la desconcentración de funciones del Ejecutivo en las distintas localidades (departamentos del país).

Esta situación se mantuvo vigente hasta inicios del año 2000, con municipios debilitados, regiones inexistentes y la recurrente demanda por una descentralización efectiva.

¹⁵ Decreto Legislativo 1088. Ley del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico y del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico. Promulgado el 27 de junio de 2008.

¹⁶ Decreto Legislativo 1039. Decreto Legislativo que modifica disposiciones del Decreto Legislativo 1013. Promulgado el 25 de junio de 2008.

Cuando posteriormente se plantea la creación de Gobiernos Regionales¹⁷ se precisa el concepto de competencias exclusivas y compartidas (además de las delegables); entendiéndose por las primeras a aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados; mientras que las segundas son aquellas cuyo ejercicio corresponde de manera exclusiva y excluyente a cada nivel de gobierno, de acuerdo a la Constitución y la ley.

Es la misma norma que regula la creación y funcionamiento de los Gobiernos Regionales, la que establece las funciones que se transfieren, a través de un proceso gradual, para su ejercicio por ellas. Algunas de estas competencias corresponden a la temática ambiental, como por ejemplo en el caso de la actividad minera, en donde corresponde a las regiones el tratamiento ambiental de actividades de la pequeña minería y minería artesanal, competencia que ya fue efectivamente transferida. Otro ejemplo corresponde a la temática forestal, en donde corresponde a las regiones el otorgamiento de permisos, autorizaciones y concesiones, aunque esta competencia no ha sido aún transferida.

Bajo esta lógica, las leyes de organización y funciones de los Ministerios han comenzado a definir de manera expresa las competencias exclusivas y compartidas, situación que en cambio no se ha dado en el Decreto Legislativo de creación del Ministerio del Ambiente.

Ante ello, las regiones demandan mayor claridad sobre la forma en que el Ministerio del Ambiente ejercerá sus funciones de manera descentralizada. Exigen así, entre otras, contar con competencias para la fiscalización en materia ambiental en su jurisdicción.

No se han logrado vencer los temores que históricamente se presentan en relación al ejercicio de funciones en el nivel regional y local. Sin embargo, el proceso aparece como irreversible y las resistencias frente a éste seguirán constituyendo base de muchos de los conflictos que aquejan continuamente a distintas localidades del país.

LA FALTA DE ASISTENCIA TÉCNICA. ¿UNA EXPRESIÓN DEL ESTADO AUSENTE?

Cuando se analiza con cierta regularidad el conflicto existente alrededor de las actividades extractivas y se encuentra como sustento el bajo nivel de desarrollo de las áreas en donde dichas actividades se realizan o las condiciones de pobreza existentes y en algunos casos agravadas, no obstante la importante presencia de actividades económicas, se suele alegar como origen de ello la inadecuada distribución de recursos económicos en las zonas de origen de los recursos naturales. A su vez, se suele explicar esta situación en lo que comúnmente se suele llamar el "Estado ausente". Para corregir este fenómeno es que en los últimos años se han generado modificaciones al marco legal que rige la distribución bajo la forma de canon, y se han creado mecanismos complementarios como el de regalías mineras o la contribución voluntaria.

No obstante ello, en muchos casos los gobiernos regionales y a su vez los gobiernos locales han tenido dificultades para ejecutar gastos, desarrollar proyectos y en algunos casos para acceder a ellos a través de proyectos viables y aprobados bajo el esquema del Sistema Nacional de Inversión Pública, a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas.

Respecto al concepto del "Estado ausente", es interesante plantear la pregunta contraria a quienes suelen formular este reclamo: ¿cuál es entonces el Estado presente? Ahí muchos suelen caer en la contradicción de plantear la presencia de un Estado intervencionista, aunque ideológicamente los que plantean estas sugerencias estén más por la posición de un Estado que cumple un rol subsidiario. Lo interesante por otro lado es encontrar que en muy pocos casos se plantea como propuesta la presencia de un Estado promotor en el desarrollo de actividades que puedan ser luego delegadas al sector privado (incluyendo a micro y pequeños empresarios). Muy poco se reconoce la importancia que tiene el contar con un Estado capaz de brindar asistencia técnica, de orientar en el desarrollo de actividades, de promover mercados para los productos provenientes de ellas o actividades similares de pro-

¹⁷ Ley 27783. Ley de Bases para la Descentralización. Promulgada el 17 de julio de 2002. Ley 27867. Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Promulgada el 16 de noviembre de 2002.

moción. La disponibilidad actual de recursos financieros provenientes de los ingresos obtenidos en el desarrollo de actividades productivas constituye una oportunidad para la creación de mecanismos de asistencia técnica que puedan facilitar la canalización de estos recursos para el desarrollo de actividades sostenibles e incluso para la ejecución de iniciativas que tiendan a la solución de problemas ambientales.

El no contar con un mecanismo que a través de la asistencia técnica oriente el uso de los recursos disponibles puede generar tres consecuencias previsibles: (1) conflictos desde lo local por demanda de acceso libre y sin condiciones a estos recursos, sin criterios de transparencia; (2) el uso de estos recursos en proyectos que no generen capacidades de desarrollo local, sino básicamente se destinen a infraestructura de alto costo y poca capacidad de convertirse en motor del cambio; y, (3) la pérdida de los recursos y su eventual uso por el Gobierno Central para atender necesidades apremiantes propias del Tesoro Público.

En conclusión, la existencia de mecanismos de asistencia técnica puede garantizar climas apropiados de paz social y convertirse en el medio para el desarrollo de proyectos sostenibles que permitan enfrentar los problemas ambientales locales.

En esta función, el recientemente creado Ministerio del Ambiente tiene mucho que aportar. Siendo la autoridad a cargo de la definición de estrategias en relación a recursos naturales, diversidad biológica, cambio climático y desertificación, puede aportar con asistencia, para el desarrollo de acciones regionales de aprovechamiento de recursos y mejora de las condiciones de vida de la población.

EL ENFORCEMENT: UN ANGLICISMO DIFÍCIL DE ENTENDER

Años de sensaciones de fracaso sobre el modelo a seguir, situaciones de corrupción, un Congreso de la República en el cual muchos no se sienten representados, un proceso de formación normativa sin análisis costo-beneficio o sin incentivo alguno para su cumplimiento. Estos y muchos otros argumentos son los que sustentan lo que en un país como el Perú es ya habitual: las normas no se cumplen, su aplicación carece de eficacia (carencia de *enforcement*) y no se genera una atmósfera adecuada, disuasiva, para el cumplimiento (carencia de *deterrence*).

A inicio de los años 90 se desarrolló en el Congreso de la República una estrategia para la mejora

del proceso legislativo en ese Poder del Estado. Para ello, se estableció una oficina que asesoraba en el análisis de la viabilidad de los Proyectos de Ley y se dispuso a su vez que cada Proyecto de Ley que se formulara contase con un análisis costo-beneficio. Esto último implicaba usar las herramientas de análisis económico del derecho para determinar si el Proyecto generaría el incentivo adecuado en la aplicación de la norma.

Si bien es cierto que esta iniciativa rigió por algunos años, luego fue desnaturalizándose y en la actualidad no sólo no existe la oficina de análisis, sino a su vez el análisis costo-beneficio se ha convertido en una frase que suelen colocar los Congresistas señalando que “la aprobación de este Proyecto de Ley no irrogará gastos al Estado, sino beneficios”.

La carencia de *enforcement* de la norma conduce irremediablemente a la falta de confianza en la adopción de medidas. Si a ello se suma la débil conciencia ciudadana de lo ambiental y la pérdida de credibilidad en las autoridades públicas, el resultado es la situación ambiental del país con problemas ambientales crecientes y una sensación de inacción respecto a lo que corresponde hacer.

Un tema adicional en relación al *enforcement* es que existen pocas regulaciones que establecen obligaciones al ciudadano en relación a su responsabilidad en materia ambiental. Se suele pensar de manera equivocada que la regulación ambiental es sólo para las actividades económicas y se descuida sustancialmente lo referente al ciudadano. Así, recién desde finales de los 90 pareció existir preocupación para regular lo referido a los residuos. Dicho de otra manera, el ciudadano señala en su mayoría que la norma ambiental no se cumple; sin embargo, no parece encontrar elementos de responsabilidad propia para dicho cumplimiento y no parece identificar su rol en la mejora ambiental.

Las deficiencias en el *enforcement* legislativo pueden verse a su vez reflejadas en la capacidad de los gobiernos regionales y locales de aplicar la legislación que dicten en ejercicio de las funciones ambientales que se les viene delegando.

La solución a la carencia de *enforcement* no pasa tan sólo por corregir los procesos de formulación de marcos legislativos o institucionales. Pasa también por generar en el ciudadano, a través de acciones concretas (de carácter voluntario y no necesariamente fruto del mandato de la ley) una mayor conciencia sobre los beneficios y efectos positivos que resultan de conductas ambientalmente adecuadas. La aplicación eficaz de la ley

depende fuertemente de la capacidad de promover mediante mecanismos no-formales, cambios de actitudes en el ciudadano.

Pero a su vez, requiere de mecanismos complementarios de fiscalización y sanción. En esa medida, la creación de la Oficina de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, "OEFA") como Organismo Técnico Especializado del Ministerio del Ambiente es un avance, más aún si consideramos que en el pasado nuestra autoridad ambiental careció de funciones de fiscalización directa.

Este avance, sin embargo, se verá complementado con una mayor precisión del rol de fiscalización, que en el Decreto Legislativo 1013 no quedó del todo claro.

LA PÉRDIDA DE CREDIBILIDAD EN LAS INSTITUCIONES Y EN LOS INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL

Los niveles de baja representatividad, los dislates de un Congreso cada vez más desprestigiado, los conflictos políticos presentes en los distintos niveles de gobierno, que constituyen el nivel macro de la política nacional, tienen un alto nivel de incidencia en el nivel de credibilidad y confianza en las instituciones públicas, y de ello no es ajena la gestión ambiental pública en el Perú.

La consecuencia es evidente. El ciudadano no cree en las autoridades políticas que ejercen funciones ambientales (aunque a nivel del Ministerio del Ambiente, existe un alto respaldo a su creación). Por esto, desconoce el rol de la autoridad sectorial en la que no cree y estima que es juez y parte con las actividades económicas que regula. Su desconfianza se extiende a los instrumentos de gestión ambiental. Sea por extensión de la falta de credibilidad de las instituciones o por el mal uso del instrumento, la población le ha perdido la confianza a los Estudios de Impacto Ambiental, a los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, y a muchos otros.

Plantear en este escenario gestión ambiental es hartamente complejo. Se requiere re-pensar el rol de muchas autoridades. Ya lo señaló el Banco Mundial en relación al rol ambiental de la autoridad

minera y que de una u otra manera llevó a la delegación de la función de fiscalización a OSINERGMIN el año 2006. Se requieren reformar marcos políticos para mejorar el nivel de aceptación de los instrumentos de gestión ambiental.

En esta reformulación se debe tener en cuenta el nuevo rol que ejercerán las autoridades regionales y locales en función a las competencias que se le han asignado. Asimismo, deberán formalizarse mecanismos que faciliten la participación de grupos organizados de la sociedad civil. Hoy en día no puede pensarse en procesos de toma de decisiones, ni marcos institucionales, sin considerar los mecanismos que canalicen la demanda social. Los procesos de gobernanza ambiental incorporan mecanismos institucionales formales y no formales, mecanismos públicos y privados, y espacios de concertación y diálogo oficiales y voluntarios. Estas nuevas formas de organización de lo público y lo social deben ser consideradas en la definición de nuevas estructuras confiables para el proceso de toma de decisiones.

Por el lado de los instrumentos de gestión ambiental, el que algunos de ellos (como el Estudio de Impacto Ambiental) se hayan convertido en más un simple proceso administrativo que en un instrumento que permita prevenir impactos y monitorear cumplimiento genera un alto nivel de desconfianza difícil de revertir. En esta difícil tarea, los gobiernos regionales y locales pueden jugar un rol activo, ejerciendo funciones de monitoreo y de difusión pública de los resultados de los Estudios y la fiscalización realizada. A su vez, se requiere mejorar los marcos para la aplicación de sanciones en el caso de incumplimiento de los contenidos del Estudio. Finalmente, el rol del Ministerio del Ambiente como administrador del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental podría permitir generar una mayor coherencia entre lo que hoy implica el desorden sectorial, lo que podría representar un nivel de mejora en la credibilidad frente a este instrumento. Sin embargo, por ahora las funciones en relación a la evaluación de impacto ambiental siguen reservadas a los sectores, quedando a cargo del Ministerio del Ambiente las funciones relativas a la Evaluación Ambiental Estratégica de programas y proyectos públicos¹⁸.

¹⁸ Decreto Legislativo 1078, que modifica la Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. Promulgado el 27 de junio de 2008.

DEL CONAM AL MINISTERIO

Cuando uno revisa los elementos presentes desde 1986 en lo que se estimaba debían ser las bases sobre las que se construyera una autoridad ambiental para el país, uno podría resumir que los elementos centrales estuvieron referidos a: (1) competencias precisas; (2) el rol de la autoridad ambiental a cargo de los instrumentos de gestión ambiental más importantes; (3) el nivel jerárquico del más importante funcionario de la autoridad ambiental; (4) la participación de representantes de entidades públicas en el Consejo Directivo, etcétera. Sin embargo, ninguna de ellas estuvo presente en la creación en 1994 del CONAM. Las razones no son atribuibles a la propia autoridad, sino a quienes lideraron el proceso final de elaboración y aprobación de esta Ley. Cuando dos años después de su creación se intentó introducir mecanismos para su fortalecimiento, tampoco se logró necesariamente el objetivo.

El resultado de ello se hizo entonces evidente. Un desconocimiento por parte del ciudadano del rol de la autoridad ambiental nacional y dificultades tanto para poder generar niveles de coordinación intersectorial que permitieran una gestión coherente en todos los niveles sectoriales de gestión, como para generar un cambio de actitud desde el Estado en relación a la gestión ambiental. Ello, obviamente, no excluye el reconocimiento al esfuerzo que funcionarios a cargo del CONAM hicieron para fortalecer el marco político ambiental del país.

Es ante ello que el anuncio presidencial para la creación del Ministerio del Ambiente llevó a formular propuestas orientadas a mejorar el rol de la autoridad, especialmente en relación a factores que habían dificultado su funcionamiento.

Así, las propuestas giraban fundamentalmente alrededor de los siguientes aspectos:

1. Conformación de un sistema eficaz de gestión ambiental en contraposición a la sectorialización existente.
2. Identificación clara de funciones al Ministerio del Ambiente como Ente Rector del sistema.
3. Asignación clara de competencias, especialmente en relación a los instrumentos de gestión ambiental y aquellas en las que ha existido una fuerte presencia de los sectores.
4. Incorporación al proceso de descentralización.
5. Garantías para un adecuado financiamiento.
6. Desarrollo de mecanismos de generación de información e inventario.

7. Facultades para la promoción, la supervisión y la sanción.

El resultado no ha sido del todo positivo, en consideración a que la creación del Ministerio, si bien es cierto representa un avance significativo en la consolidación de la gestión ambiental del país, no ha podido incorporar todos los elementos señalados. Así, especialmente, se mantiene aún un fuerte rol sectorial, no se asegura un financiamiento adecuado, se carece de una entidad de generación de información e inventario y no se precisa la manera de ejercicio de funciones descentralizadas.

LA ACTIVA MOVILIZACIÓN Y LA EVENTUAL PARTICIPACIÓN

En una época en que la información se masifica y los medios comunican en tiempo real las distintas situaciones que se producen no sólo alrededor del país sino también a nivel internacional, el ciudadano se hace cada vez más consciente no sólo de los efectos ambientales de las distintas actividades, sino a su vez del impacto que la movilización tiene en la obtención de resultados respecto a sus demandas. Cabe hacer una precisión en este punto respecto al hecho que al referirnos a movilización no nos referimos, ni amparamos, ni justificamos de manera alguna actos de violencia. Nos referimos a la capacidad local para establecer sus demandas de manera articulada, utilizando los mecanismos formales o haciendo uso del derecho de usar mecanismos no-formales de manera pacífica.

El uso de mecanismos de movilización muchas veces no parte de demandas relacionadas a lo ambiental, tiene en la mayoría de los casos que ver con exigencias relativas a la descentralización y al proceso de toma de decisiones desde lo local o con demandas relativas a recursos financieros y el derecho que les corresponde a las localidades por el aprovechamiento de recursos naturales en su jurisdicción. Es como parte de ellas que se genera algún componente ambiental que motiva el cambio político.

Como parte de la iniciativa del Fondo Mink'a de Chorlavi, iniciativa auspiciada por CIID de Canadá, Rimisp, ALOP e ICCO, se sistematizaron diez iniciativas referidas a procesos denominados de Gobernanza Ambiental Descentralizada, entendiéndose por procesos de gobernanza a aquel proceso formal e informal de interacción de actores para la conducción de una sociedad. En el documento final de sistematización de las diez experiencias y

de la conferencia electrónica organizada alrededor de este tema, el autor¹⁹ identifica como condiciones esenciales en estos procesos los siguientes elementos:

- Capital social: Implica comunicación, confianza, reciprocidad, sentimiento de pertenecer a una comunidad, *ethos* colectivo, etcétera. En el fortalecimiento del capital social se plantea la revalorización de capacidades locales, la presencia de liderazgos locales legítimos, la construcción de una visión común y la educación y capacitación.
- Participación y acceso a la información: Implica, a nivel interno, la creación de espacios legítimos para la construcción de la visión común, y, a nivel externo, el acceso a la información, a la justicia y al proceso.
- Arquitectura institucional: Implica la construcción de mecanismos no formales para el proceso de toma de decisiones a nivel local, con la característica que éstos no reproducen condiciones de desigualdad o exclusión sino que buscan contribuir a superarlas. Estos espacios institucionales adquieren validez cuando van acompañados de elementos de interacción social.

Estos elementos presentes en la movilización y participación social son generadores de cambios políticos o mejoras en la gestión ambiental en el país. A los elementos señalados líneas arriba habría que agregar el hecho que la desconfianza en los espacios políticos formales, la pérdida de credibilidad y la carencia de representatividad activan este tipo de movilización.

Los movimientos sociales pueden constituir una oportunidad en la generación de cambios significativos en materia de gestión ambiental en el Perú. Es importante reconocer los elementos culturales y de identidad presentes en las formas en que los distintos grupos sociales se articulan para promover la eficacia en las medidas que se propongan.

En esa lógica, la modificación a la Ley General del Ambiente formulada por el Decreto Legislativo 1055, que obliga a los sectores a publicar los acuerdos, observaciones y recomendaciones derivados de procesos de consulta pública, en sus

portales institucionales, es un mecanismo positivo. Ello debe complementarse con la obligatoriedad de estos mismos sectores de sustentar y fundamentar por escrito las razones por las cuales determinadas observaciones o recomendaciones no fueron consideradas en la decisión final.

EL ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL PERÚ-ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

El Acuerdo de Promoción suscrito por el Perú con los Estados Unidos tiene en materia ambiental tres temas relevantes, que de manera resumida podríamos definir como: a) gestión ambiental, b) diversidad biológica y c) manejo forestal sostenible.

En el primer caso, el Capítulo Dieciocho del Acuerdo, titulado "Medio Ambiente", reconoce en su artículo 18.1, bajo el sub-título niveles de protección, el derecho soberano de cada una de las Partes de establecer sus propios niveles de protección ambiental interna y sus prioridades de desarrollo ambiental, y, por consiguiente, de adoptar o modificar sus leyes y políticas ambientales, esforzándose por mejorar sus respectivos niveles de protección ambiental.

Este artículo, de redacción aparentemente inocua, en realidad define una obligación clara para el país. La obligación de definir sus niveles de protección ambiental, que se deben expresar no sólo en normas generales, sino más específicamente en la conclusión del marco normativo que fije los estándares de calidad ambiental y los límites máximos permisibles.

Estas normas, para la definición de conductas e impactos que pueden considerarse contaminantes, resultan fundamentales en el marco de un acuerdo de comercio, pues establece las reglas que regirán el flujo de bienes y servicios, derivados del Acuerdo, y deben ser de naturaleza exigible, ya que su omisión podría ser interpretada como una barrera encubierta al comercio.

En esta lógica, el rol del Ministerio del Ambiente resulta fundamental y por ello resulta positivo que el antes mencionado Decreto Legislativo 1055, haya precisado que la determinación de los Límites Máximos Permisibles corresponde a esta entidad.

¹⁹ PULGAR-VIDAL, Manuel. "Gobernanza Ambiental Descentralizada. Oportunidades para la sostenibilidad y el acceso a los recursos naturales para los territorios rurales pobres". Fondo Mink'a de Chorlavi. Primera edición. Agosto de 2005.

Esto contribuye a corregir la dilación en que venían incurriendo los sectores en la definición de estos límites, no obstante los plazos establecidos por la Ley 28817²⁰ y el Decreto Supremo 033-2007-PCM²¹.

El Acuerdo suscrito con los Estados Unidos de América reconoce, por otro lado, que la promoción del comercio o la inversión no puede realizarse a partir del debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en las respectivas legislaciones ambientales. Ello otorga a la autoridad ambiental nacional, es decir al Ministerio del Ambiente, un rol de vigilancia sobre el nivel de exigencia contenido en la legislación ambiental y las propuestas modificatorias que puedan representar este nivel de debilitamiento.

El nivel político de la autoridad ambiental y su participación plena en el Consejo de Ministros y sus sesiones, facilita en parte esta tarea. Ello debe complementarse con la asistencia técnica que debe prestar en el proceso legislativo que se da a nivel del Congreso de la República, a fin de cumplir con esta exigencia.

Por su lado, queda mucho por hacer en relación a las obligaciones contenidas en el Acuerdo, que plantea, entre otros aspectos, la necesidad de proporcionar a las personas, de acuerdo a la legislación, acceso apropiado y efectivo a reparaciones frente a infracciones de la legislación ambiental y asegurar procedimientos judiciales, cuasijudiciales o administrativos para sancionar o reparar las infracciones a la legislación ambiental.

En lo que se refiere a diversidad biológica y la importancia de respetar y preservar los conocimientos tradicionales y prácticas de las comunidades indígenas y otras comunidades, se han dado en el Perú algunos avances, especialmente a partir de las funciones que sobre el particular han correspondido al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, el "INDECOPI"²²). En el caso del Ministerio del Ambiente, su función para definir los planes y estrategias en relación a la diversidad biológica lo vinculan a este principio.

En este punto, sin embargo, vale la pena reconocer las dificultades en la identificación de la relación política, normativa e institucional que se da en el nivel de la Organización Mundial de Comercio (en adelante, "OMC"), entre los Acuerdos Multilaterales de Medio Ambiente y las reglas del sistema mundial de comercio. En la Conferencia Ministerial de Doha de 2001, los Miembros convinieron en celebrar negociaciones sobre la relación entre las normas de la OMC y los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente, especialmente aquellos que contienen "obligaciones comerciales específicas".

Por su lado, en relación al manejo forestal sostenible, el Anexo 18.3.4 del Acuerdo contiene una serie de obligaciones que resultan exigibles solamente para el Perú. Éstas tienen que ver fundamentalmente con mejorar el marco legal e institucional para el manejo forestal y control y sanción de la tala ilegal, especialmente de las especies protegidas bajo las normas de Acuerdo CITES (Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre), del cual el Perú es parte.

En relación a ello, las competencias relativas al sector forestal no han sido transferidas al Ministerio del Ambiente y han quedado fundamentalmente reservadas en el Ministerio de Agricultura, sin perjuicio de las funciones de supervisión a cargo de OSINFOR, las que por Decreto Legislativo 1085 han quedado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros y las que corresponderán a los Gobiernos Regionales una vez sean efectivamente transferidas a estas.

El Acuerdo de Promoción Comercial se encuentra en la actualidad en estado de implementación, lo que implica una negociación entre las partes para la definición de lo que constituiría la línea base para su posterior entrada en vigencia. Es como parte de este proceso de implementación que a través de la Ley 29157²³, el Congreso de la República delegó al Poder Ejecutivo facultades legislativas de las que han derivado los Decretos Legislativos de reciente promulgación.

²⁰ Ley 28817. Ley que establece plazos para la elaboración y aprobación de estándares de calidad ambiental y de límites máximos permisibles de contaminación ambiental. Promulgada el 3 de julio de 2006.

²¹ Decreto Supremo 033-2007-PCM. Aprueban el Procedimiento para la aprobación de los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y Límites Máximos Permisibles (LMP) de Contaminación Ambiental. Promulgado el 4 de abril de 2007.

²² INDECOPI lidera el proceso de registro de conocimientos tradicionales establecido por la Ley 27811 y a su vez cuenta con un portal en relación a este proceso.

²³ Ley 29157. Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento. Promulgada el 19 de diciembre de 2007.

REFLEXIONES A MANERA DE CIERRE

La creación del Ministerio del Ambiente representa un intento por fortalecer la gestión ambiental en el Perú. Se ha dado en el contexto de un activo proceso de descentralización y con ocasión del proceso de implementación del Acuerdo de Promoción Comercial suscrito con los Estados Unidos de América. Es a su vez resultado de un largo proceso de construcción del marco institucional ambiental en el Perú iniciado hace más de cuatro décadas.

Es en ese sentido que debe reconocerse que el Ministerio inicia su gestión sobre una base legislativa e institucional importante, en donde el desarrollo normativo a nivel sectorial ha sido significativamente desigual, con responsabilidades del propio Estado raramente asumidas, con un bajísimo nivel de credibilidad en relación a la eficacia de los instrumentos de gestión ambiental, con escasa supervisión, fiscalización y sanción, y limitada promoción de conductas ambientalmente responsables.

Se da a su vez en un contexto en donde el debate ideológico en relación al uso de los recursos naturales ha polarizado las posiciones. Entre un sector

en acuerdo con las posiciones presidenciales que expresadas en artículos editoriales, en especial en el titulado "El síndrome del perro del hortelano"²⁴, plantea una visión de los bosques, la tierra, la minería, los hidrocarburos y la acuicultura, y en oposición otra que considera que ella se hace sin consideración a los impactos ambientales y sociales que generará.

Es por ello que el ciudadano espera que el Ministerio del Ambiente sea capaz de generar un balance adecuado, entre políticas y visión de desarrollo y el necesario manejo y protección de los recursos que le sirven de base y aseguren la calidad ambiental como mecanismo para mejorar las condiciones de vida de los peruanos.

El reto es complejo y las funciones (en algunos casos limitadas) otorgadas al Ministerio lo hacen aun más difícil. Es sin embargo parte del proceso, que ni se inicia ni se agota con la creación del Ministerio. Este será reconocido en el futuro como un hito en la gestión ambiental en el país. Y sólo el futuro dirá si por ello estuvo en capacidad de dinamizar activamente la gestión ambiental del país e integrarla en el proceso de toma de decisiones. Esa es su tarea central.

ENFRENTANDO LOS DESAFÍOS DEL DERECHO PARA ALCANZAR EL DESARROLLO A PARTIR DE LOS BOSQUES

José Luis Capella Vargas*

Como ciudadanos de un país rico en recursos naturales, solemos considerar a los bosques como proveedores de servicios ambientales y áreas protegidas; sin embargo, para vincularnos con la importancia de su conservación es necesario preguntarnos: ¿Cuáles son las políticas y normas forestales más adecuadas para aprovechar al máximo estos recursos? ¿Cuáles han sido nuestros errores en el pasado y qué mejoras pueden realizarse?

En el presente artículo, el autor parte de una revisión de la legislación forestal vigente para recalcar la trascendencia de su cumplimiento y señalar el rol imprescindible que criterios como equidad e inclusión juegan en el camino a lograr un desarrollo sostenible.

* Abogado, graduado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Postítulo por el Programa de Gobernabilidad y Gerencia Política de George Washington University y la PUCP. Actualmente integra el Programa de Conservación de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA).

El Perú alberga una importante porción de los bosques amazónicos del planeta, los mismos que están considerados entre los bosques naturales más importantes del mundo. Esto le ofrece al país grandes oportunidades de desarrollo a partir de los bienes y servicios que puede proveer el bosque, pero también exige una fuerte responsabilidad para asegurar su adecuado mantenimiento como fuente de riqueza, evitando su degradación y deforestación.

Hoy, los peruanos nos encontramos ante la necesidad de establecer políticas y normas forestales adecuadas; tenemos el deber de asegurarnos de dar cumplimiento efectivo y eficaz a las existente, pues con ello se demuestra y asegura que es viable mantener y generar desarrollo a partir de los bosques, aprovechando su potencial como proveedores de bienes y servicios diversos e importantes como son los recursos forestales maderables y no maderables, el paisaje natural, los recursos hídricos, el carbono, entre otros.

Las políticas y normativas forestales que se ejecuten e implementen en los siguientes años serán determinantes para el logro efectivo del desarrollo a partir de los bosques, y el Derecho deberá aportar los arreglos y negocios jurídicos adecuados para sustentar la compleja relación entre el bosque y sus usuarios, la misma que en el presente artículo pretendemos abordar.

Partiremos de una revisión del rol que han jugado las normas y políticas forestales en el uso de los bosques, ya que el saber de dónde partimos nos ayudará a descifrar mejor qué deberíamos hacer ahora para lograr aprovechar nuestras posibilidades en torno a los bosques peruanos.

A continuación, el primer eje de análisis será establecer algunas prioridades con respecto al afinamiento del marco normativo referente a bosques. Aquí nos referiremos a temas como la mejora del marco institucional, promoción de los recursos forestales, fiscalización, establecimiento de un régimen de lucha contra la tala ilegal que sea efectivo, entre otros. Además, es importante resaltar la función de las normas forestales en la complicada misión de generar desarrollo bajo parámetros de equidad e inclusión, en vista de que las regiones donde se encuentran los valiosos bosques peruanos –sobre todo en la Amazonía– son,

paradójicamente, algunas de las más pobres del país.

La coyuntura política nacional nos ofrece, además, un escenario complicado para desarrollar las normas que deberán regir el adecuado desarrollo a partir de los bosques. Uno de los principales factores de cambio será la integración económica que se ha propuesto el Estado peruano mediante la firma de tratados de libre comercio. Ya el primero de ellos, suscrito con los Estados Unidos, ha traído importantes novedades para los bosques, en la medida que implica un anexo específico relativo a la lucha contra la tala ilegal, cuestión que le compete directamente pues se trata del principal importador de madera de origen peruano. Sin embargo, el tema internacional en materia forestal, como veremos, va mucho más allá del Tratado de Libre Comercio (en adelante, “TLC”) con Estados Unidos.

Finalmente, se proponen algunas reflexiones a partir de las medidas dadas por el gobierno en los últimos meses, como parte del paquete de normas para la implementación del TLC con Estados Unidos, en el cual se ha aprobado una nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Decreto Legislativo 1090, insertando algunos cambios específicos de gran importancia.

I. UNA MIRADA AL ROL DE LA NORMATIVA FORESTAL

La promulgación de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre vigente, Ley 27308 (que será sustituida por el Decreto Legislativo 1090), reemplazó el régimen jurídico que abanderaba el Decreto Ley 21147 desde 1975. El marco político y normativo forestal que generaba contenía varios aspectos que devinieron en perjudiciales para el bosque, y que tampoco lograron generar beneficios importantes para los actores involucrados en esa época. Era un régimen, a todas luces, ineficaz en cuanto se trataba de apoyar el desarrollo sostenible de las zonas en las cuales fue implementado y con ello asegurar el mantenimiento del bosque en pie.

Con el Decreto Ley 21147, la modalidad de acceso al bosque utilizada fue el contrato de extracción forestal con fines industriales y/o comerciales. Como mencionan Caillaux y Chirinos¹: “(...) uno

¹ CAILLAUX, Jorge y Carlos CHIRINOS. “El caso Tahuamanu: Cuando el bosque toca madera”. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Abril del 2003.

de los principales problemas derivados del Decreto Ley 21147, fue la gran extensión de áreas intervinidas para la actividad forestal a través de contratos forestales menores de mil hectáreas, y en consecuencia la dispersión que ello generó”.

Estos contratos estaban dirigidos a que pequeños extractores forestales pudieran acceder a los bosques sin responsabilizarse efectivamente por el manejo de los mismos ni por el mantenimiento de éstos como áreas productivas y/o proveedoras de servicios ambientales. En ese sentido, bajo esta modalidad no fue obligatorio que se apruebe un instrumento de gestión del área, como el plan de manejo; tampoco se realizó un previo ordenamiento de la superficie forestal otorgada; la corta duración de los contratos suscritos, que fue de 2 años en la mayoría de los casos, desincentivaba la inversión a largo plazo en el área bajo contrato.

El resultado de la implementación de la norma, al haber convertido la modalidad excepcional de acceso al recurso en la regla general, resultó en una proliferación de pequeños contratos en manos de agentes que no se responsabilizaron por su manejo sostenible y en una consecuente degradación de los ecosistemas y pérdida del capital natural para el país.

Ante esta situación se inicia, en la década del 90, un proceso amplio y complejo para desarrollar una nueva normativa forestal acorde con los cambios en el modelo de desarrollo, con un Estado promotor de inversión privada y no ejecutor de inversión en torno a las actividades económicas ligadas a los recursos naturales. Se trabajó un marco normativo adecuado y completo que buscaba el desarrollo del sector forestal y el beneficio para los usuarios del bosque, con principios claros de manejo como, por ejemplo: el ordenamiento de la superficie forestal previo al otorgamiento de derechos de aprovechamiento, la obligatoriedad de ejecutar planes de manejo como requisito para aprovechar el bosque, el otorgamiento de derechos en base a procedimientos competitivos transparentes y una nueva modalidad de acceso al bosque para aprovechamiento forestal maderable en tierras públicas (ahora llamados bosque de producción) denominados concesiones forestales, así como la reglamentación del acceso a través de permisos y autorizaciones, entre otros.

Fue recién en el año 2000 cuando esta normativa fue aprobada en el Congreso de la República, bajo la Ley 27308, iniciándose desde ese momento un largo proceso de implementación que dio lugar

al primer concurso de concesiones forestales en bosques de producción permanente en el año 2002. A la fecha, se han otorgado un aproximado de 500 concesiones forestales con fines maderables, en una superficie equivalente a poco más de siete millones de hectáreas.

Aquí encontramos un primer punto importante de referencia para analizar los problemas de la implementación de esta normativa. La Ley 27308 constituía un cambio cualitativo en la manera cómo el Estado pretendía gestionar los bosques en el Perú; para ello aprobó una norma que englobara el *deber ser* de las relaciones jurídicas en dicho sector. Sin embargo, el rol del Estado de implementar esta norma debió acompañarse con la puesta en marcha de un conjunto de mecanismos de diverso tipo que acompañen el establecimiento de derechos de aprovechamiento del bosque, los cuales no fueron implementados. Tampoco se construyó una institucionalidad adecuada que acompañe y fiscalice el correcto desenvolvimiento de las concesiones, los permisos y las autorizaciones forestales.

Entonces, encontramos que en la implementación de una norma que en esencia fue y es positiva para el manejo del bosque, como la Ley 27308, el Estado Peruano no desplegó todos los mecanismos necesarios para que ésta originara un cambio importante en la manera como se gestionan los recursos forestales.

Algunos de los puntos donde se encuentran los problemas de implementación más importantes son:

- Institucionalidad forestal inadecuada e insuficientemente dotada de medios para implementar la Ley Forestal y de Fauna Silvestre. El impulso de una nueva legislación forestal a partir del año 2000 no vino acompañado de la necesaria adecuación y mejora del marco institucional que debía soportarla y darle cumplimiento. Así, las competencias forestales encargadas al Ministerio de Agricultura, durante el régimen pasado, recayeron luego en el Instituto Nacional de Recursos Naturales (en adelante, “INRENA”) mediante la propia Ley 27308 y, finalmente, dentro de este organismo se le asignó a un órgano técnico de línea la Intendencia Forestal y de Fauna Silvestre.
- Que el encargo de hacer cumplir las disposiciones de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, incluyendo la evaluación y control del aprovechamiento sostenible de los recursos forestales, recayera en un órgano de línea,

obviamente repercute en el poder de decisión y en los recursos con los que contó éste para realizar su función. En ese sentido, ha sido una exigencia repetida que el tema forestal sea manejado a un nivel viceministerial o, en todo caso, adecuado para la magnitud de la tarea que se le encarga².

Un ejemplo de esto también se expresa en el Consejo de Política Forestal (en adelante, "CONAFOR") nunca implementado por el Estado, el mismo que debía ser el espacio de coordinación e intercambio de información, así como de búsqueda de consensos en torno a los temas forestales principales. Efectivamente, varias coyunturas importantes, como la actual, podrían haber sido manejadas de manera más eficiente si se contara con una instancia activa y solvente de opinión, rendición de cuentas y participación en donde el gobierno, en general, y el Sector Agricultura, en particular, hubiesen podido informar y poner en discusión las reformas necesarias en el ordenamiento jurídico e institucional.

- Un ordenamiento incompleto de la superficie forestal del país, que hasta la fecha carece de la identificación de los bosques para aprovechamiento futuro, donde se entiende se deben realizar las tareas de reforestación, tanto con fines comerciales como para recuperación de ecosistemas. En el Perú se ha hablado durante los últimos años de varios miles, e incluso millones, de hectáreas de tierras supuestamente listas para la reforestación o la agroforestería³ con fines productivos (principalmente plantaciones de monocultivos para la industria), que sólo necesitaban de una normativa adecuada para su implementación. Sin embargo, la función de delimitar las áreas en donde ésta se realizaría de forma efectiva nunca fue afrontada de manera concreta. Sin lugar a dudas, se trata de una tarea previa para el establecimiento de políticas de plantaciones, dado que, de no tratarse el tema de manera adecuada, podría

devenir en incentivos para que el bosque primario sea reemplazado, mediante un cambio de uso ilegal, por plantaciones que provocarían la pérdida de los recursos y servicios del bosque, así como la degradación y depredación de los mismos. Es así que se presentaron una serie de iniciativas legislativas en el Congreso de la República que finalmente fueron rechazadas en vista de los problemas explicados⁴.

- Escasa implementación de mecanismos para brindar seguridad jurídica a la inversión respecto del bosque y para cambiar progresivamente la dinámica de país exportador de materia prima. En el primer caso, podemos citar como ejemplo al Registro Público de Concesiones Forestales, responsable de fortalecer el derecho otorgado a los concesionarios mediante la publicidad necesaria para la defensa legal, y su ingreso como bien que garantice el apalancamiento financiero para el manejo. De otro lado, si bien es cierto existieron buenas intenciones en las normas para romper con nuestra tradición de país exportador de materias primas, como la obligación de exportación únicamente de productos elaborados o piezas y partes de especies valiosas, éstas quedaron superadas por el afán extractivo y de corto plazo. Tal situación nos lleva a mantener una incipiente industria manufacturera y a encontrarnos hoy con que hemos consumido casi en su totalidad algunas de las especies más valiosas de nuestros bosques, como es el caso de la caoba (*Swietenia macrophylla*).
- Deficientes mecanismos de fiscalización y control en el manejo del bosque que no han asegurado una adecuada implementación de la política forestal, como sucedió con el Organismo Supervisor de los Recursos Forestales Maderables (en adelante, "OSINFOR"), en el momento en que era más importante. En efecto, luego de varios años de incumplir el mandato de crear el OSINFOR dentro de la

² Según datos del INRENA de agosto de 2007, solamente en bosques de producción permanente la autoridad se encuentra responsabilizada de más de veinte millones de hectáreas entre los departamentos de Loreto, Ucayali, Madre de Dios, San Martín, Huánuco, Cusco, Puno y Ayacucho. De éstas, aproximadamente siete millones se encuentran bajo contrato de concesión actualmente y el resto bajo el control del Estado. Adicionalmente a ello, existe una importante cantidad de bosques amazónicos dentro de Comunidades Nativas de Selva.

³ En el último trimestre del año 2007, el Ministerio de Agricultura promocionó, en varios medios, la puesta en venta de millones de hectáreas con fines de reforestación, llegando a hablar de cuatro millones de hectáreas de un total de ocho millones supuestamente identificadas como tierras deforestadas.

⁴ PULGAR VIDAL, Manuel y José Luis CAPELLA. "Serie de Política y Derecho Ambiental: Opinión legal de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental en relación al Proyecto de Ley 00840/2006-PE", el mismo que propone modificar la Ley 28852, Ley de Promoción de la Inversión Privada en Reforestación y Agroforestería. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Junio de 2007.

Presidencia del Consejo de Ministros, esta facultad fue absorbida por la misma autoridad forestal y de fauna silvestre, es decir, el INRENA, mediante el Decreto Supremo 036-2004-PCM.

Con ello, la misma entidad concedente de los derechos de aprovechamiento del bosque y de la aprobación de los planes de manejo respecto de la concesión, era la encargada de supervisar el cumplimiento de los términos del contrato. Ello motivó una situación de juez y parte que no favoreció ni en imagen ni en la determinante ejecución la gestión de los bosques. Cabe mencionar que la situación de OSINFOR y su adecuado funcionamiento, como explicaremos más adelante, ha sido corregida por los decretos legislativos recientes, colocando a la institución en el lugar que le corresponde y dotándola de facultades para supervisar todas las modalidades de aprovechamiento del bosque.

II. PROPONIENDO MEJORAS EN EL MARCO NORMATIVO Y POLÍTICO FORESTAL

La Ley Forestal y de Fauna Silvestre y la legislación que se desprende de ella tienen como objetivo el uso sostenible y la conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre del país, compatibilizando su aprovechamiento con la valorización progresiva de los servicios ambientales del bosque, en armonía con el interés social, económico y ambiental de la Nación.

Por su parte, la Estrategia Nacional Forestal establece la visión que como país buscamos a partir de los bosques hacia el año 2021, señalando que, como resultado de una conciencia y cultura forestal, el Perú mantiene y maneja sus bosques, incrementa sus plantaciones forestales y conserva ecosistemas que generan riqueza y bienestar con equidad, de manera permanente y en armonía con el medio ambiente.

A partir de estas dos definiciones normativas podemos comenzar a vislumbrar el papel que debe jugar el ordenamiento jurídico para mejorar las condiciones de implementación de la normativa. Como hemos mencionado, el problema principal que encontramos es el incumplimiento de la

legislación actual o su inadecuada puesta en práctica. Por esta razón será interesante analizar algunos de los más importantes temas que subyacen al incumplimiento de las normas actuales y originan que no haya un cambio cualitativo en el manejo del recurso.

Para ordenar el análisis y las propuestas vamos a recurrir a las pautas a las que arribaron la Organización para las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (en adelante "FAO") y la Organización Internacional de las Maderas Tropicales (en adelante "OIMT") en el estudio: "Las mejores prácticas para fomentar la observancia de la ley en el sector forestal"⁵, donde se identifican medidas correctivas para el sector a partir de un enfoque progresivo que se propone implementar en función del contexto social, económico y político de cada país. Obviamente, estamos tomando en cuenta aquellas pautas que entendemos aplican para la problemática peruana:

1. Un marco normativo racionalizado y una evaluación de la observancia del marco normativo y jurídico, así como de las normas que sean contradictorias o imposibles de cumplir.
- Sobre el particular, la legislación forestal y de fauna silvestre coexiste, hasta la fecha, con un marco normativo agrario que promueve el cambio de uso del suelo basado en el establecimiento de "mejoras" que consisten justamente en la actividad que se busca abolir⁶: la tala y el roce y quema de bosques, así como su correspondiente degradación o deforestación. Esta situación constituye una contradicción que se maneja incluso dentro del sector agricultura mismo.
- Claridad y transparencia de la legislación relacionada a bosques y reducción de la burocracia. Una de las principales causas de corrupción en el sector forestal está en la desinformación y falta de certeza sobre el cumplimiento o incumplimiento de la norma.
- Seguridad en los derechos de tenencia de la tierra. El sistema de concesiones forestales puede ser el marco adecuado de desarrollo de inversiones forestales, pero requiere de

⁵ ESTUDIO FAO: MONTES 145. "Las mejores prácticas para fomentar la observancia de la ley en el sector forestal". Roma. 2006.

⁶ El Decreto Legislativo 653 desarrolla el régimen de adjudicación de tierras agrarias también en la Amazonía y establece que el procedimiento para obtener una titulación en propiedad implica el cambio de uso

ajustes necesarios en los mecanismos que le brindan seguridad jurídica, como son el Registro Público y la formalización del acceso a créditos tomando como garantía el derecho otorgado, entre otros.

- Aumentar la competitividad de las actividades legales. Manejar el bosque de manera sostenible y con apego al marco normativo vigente se puede convertir en una tarea difícil si se contabiliza la cantidad de trámites burocráticos y la falta de certeza en ellos.
 - Mejorar la capacidad del Poder Judicial para actuar con eficacia en los asuntos relacionados con delitos contra la legislación forestal. La especialización de las instancias de decisión respecto de las situaciones de ilegalidad es muy importante en el país.
 - Adicionalmente, debe ser una prioridad el fortalecimiento institucional dirigido a instituciones encargadas de funciones complementarias a las forestales, como es el caso del Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú.
 - Varias decisiones administrativas de órganos como OSINFOR o la propia autoridad forestal nacional son apeladas judicialmente y, en muchos casos, debido a un todavía limitado conocimiento de los temas forestales, se revierten decisiones administrativas válidas y además necesarias para acabar con la impunidad que representa un inadecuado *enforcement* de las normas forestales. Resalta en este caso la escasa capacidad de los órganos de defensa judicial del Estado para salvaguardar las resoluciones administrativas; es por ello necesario fortalecer a las procuradurías y especializarlas en temas forestales y de fauna silvestre.
2. Capacidad institucional para la observancia de la Ley.
- Focalizar la atención de las instituciones en las acciones prioritarias estratégicamente viables, maximizando el uso de los recursos disponibles. En muchos casos, las acciones institucionales de la Administración Pública Forestal no son suficientes para afrontar los problemas de gobierno del sector forestal.

En ese sentido se propone afinar los objetivos de gestión y, adicionalmente, dotar a la autoridad forestal que se cree de los medios necesarios para un adecuado desempeño.

3. Mejorar la información y los conocimientos de los actores forestales involucrados en el manejo sostenible de los bosques.
- Seguimiento y evaluación de los recursos forestales. La tarea de evaluación de los recursos forestales debe ser una tarea compartida público/privada, que es como creemos se debe gestionar de manera concreta desde el Ministerio del Ambiente, a través de su Viceministerio de Desarrollo Estratégico de los Recursos Naturales. Esta información y la posterior valorización será fundamental para el establecimiento de esquemas de servicios ambientales.
 - Mejorar la información y los conocimientos para prevenir y detectar los delitos forestales, así como para enfrentar el comercio ilegal de los productos forestales. Un sistema adecuado, confiable y oportuno de información sobre los recursos forestales y sobre el comercio que se realiza respecto de ellos es esencial para que exista un verdadero cambio en el sector forestal. La autoridad forestal destinó recursos y esfuerzo a este tema; sin embargo, hasta la fecha no ha logrado que dicho sistema contenga la información necesaria que permita tomar decisiones a partir de la certeza del estado de los recursos naturales.
 - Hace pocos días, la aprobación del Plan de Acción Estratégico para la implementación del Apéndice II CITES referente a la caoba en el Perú para los años 2008-2012-PAEC⁷, ha vuelto a poner énfasis en la necesidad de mejorar los conocimientos y la información de las especies y los ecosistemas forestales.

III. LA PROPUESTA DEL GOBIERNO ACTUAL; ACIERTOS, PROBLEMAS Y RETOS

Los decretos legislativos promulgados en el marco de la implementación del TLC suscrito con Estados Unidos, reflejan la concepción del gobierno actual sobre el mandato constitucional de promover el desarrollo sostenible de la Amazonía. Veamos

algunos puntos importantes de este paquete de decretos.

En la nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre, aprobada mediante Decreto Legislativo 1090, se han establecido modificatorias importantes al marco normativo anteriormente vigente (Ley 27308 del año 2000). Una de las modificatorias más trascendentales es la del concepto de Patrimonio Forestal de la Nación.

“La nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre excluye a las plantaciones y a las tierras de capacidad de uso mayor de producción forestal como recursos forestales y como Patrimonio Forestal Nacional (artículos 2 y 6). De esta manera, sujetaría a estas tierras de aptitud forestal al régimen constitucional agrario en lugar de a la Ley Forestal y de Fauna Silvestre (artículo IV de las Disposiciones Generales del Decreto Legislativo 1064 y el artículo 88 de la Constitución Política del Perú). Finalmente se dispone que el Estado promueve el aprovechamiento en tierras degradadas o deforestadas que se encuentren en abandono, permitiendo que sean otorgadas a particulares “de acuerdo a la legislación de la materia” (artículo 29.2 del Decreto Legislativo 1090). Es así que este nuevo marco normativo, nos encontramos ante la posibilidad de que las tierras deforestadas y abandonadas que tengan aptitud de producción forestal puedan ser otorgadas en propiedad a particulares”⁸.

El peligro más saltante es que pueda legalizarse el cambio de uso injustificado de las áreas forestales, sobre todo aquellas de producción forestal. El Estado cuenta con una muy escasa capacidad para perseguir las actividades de “roce y quema” de bosques (sobre todo los amazónicos) y carece de información detallada sobre la situación actual del bosque, lo que podría provocar una escalada de degradación y deforestación por incentivos inadecuados.

Con relación a la institucionalidad forestal, los últimos decretos nos traen algunos temas importantes. Uno de ellos es que el Ministerio de Agricultura ha aprobado una nueva organización con el Decreto Legislativo 957⁹, en concordancia con el Decreto Legislativo 1090, donde se establece que el propio ministerio es la Autoridad

Forestal Nacional. Todavía no se ha establecido una entidad específica facultada para cumplir con esta misión; sin embargo, se espera que sea bajo alguna dirección de línea. Los más optimistas esperan que este decreto se integre con los proyectos de ley que se encuentran en el Congreso destinados a crear un Viceministerio Forestal, también dependiente del de Agricultura.

De otro lado, la creación del Ministerio del Ambiente levantó un debate respecto a qué recursos naturales estratégicos debían estar en manos de esta dependencia. El caso de los bosques no estuvo ajeno a dicho debates, además del tema hídrico. Finalmente, las competencias referidas a este recurso quedaron principalmente circunscritas a las funciones del Viceministerio de Desarrollo Estratégico de los Recursos Naturales, así como ligadas específicamente a la planeación y el establecimiento de marcos políticos.

IV. IDENTIFICANDO INCENTIVOS PARA ASEGURAR DESARROLLO A PARTIR DE LOS BOSQUES

Pero no todo es negativo, existen también usuarios del bosque que vienen conservándolo y manejándolo, y para quienes el Estado implementa estrategias concretas de reconocimiento, otorgamiento de derechos, incentivos, entre otros. Nos referimos a los usuarios (titulares) de herramientas legales de conservación privada y comunal, para quienes se abren nuevas oportunidades a partir de la realización de la COP 13, Conferencia de Países miembros del Protocolo de Kyoto que tuvo lugar en Indonesia el mes de diciembre pasado.

En este escenario, donde cerca de diez mil participantes de 180 países se dieron cita, el Banco Mundial presentó una iniciativa para incorporar los bosques tropicales del mundo en desarrollo a los mercados de crédito de carbono. Para ello, propuso un fondo de 300 millones de dólares que se pondrá en marcha sobre la base de diez millones, destinado a evitar la deforestación de bosques. La posibilidad de reforzar a nivel global un esquema de compensación por reducción de emisiones que provienen de deforestación y de la degradación de ecosistemas (en adelante, “REDD”, por sus siglas en inglés) favorecerá, sin duda, las estrategias de conservación de bosques en

José Luis Capella Vargas

⁸ SANDOVAL, Milagros. Artículo publicado en Revista Regiones Sostenibles. Julio de 2008.

⁹ Decreto Legislativo 997, que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura. 13 de marzo de 2008.

países en vías de desarrollo, como es el caso peruano.

Este concepto, denominado coloquialmente “Deforestación Evitada”, debería ser el centro de las discusiones en nuestro país, que cuenta con una gran cantidad de bosques naturales protegidos (principalmente en el Sistema Nacional), pero también bajo estrategias privadas que pueden encontrar en este mecanismo una buena oportunidad para su sostenibilidad. El REDD debe ser entendido como una herramienta más para mejorar el nivel de gestión de la conservación de sitios que proveen servicios, como en este caso el carbono, que sería el motivo de la compensación, pero a la cual se deben sumar los esquemas respecto otros servicios como la biodiversidad, el agua y el paisaje.

La puesta en marcha de estos mecanismos requiere de pasos previos para su implementación, dado que a la fecha nos encontramos incipientemente preparados en ámbitos como: la inserción de estos temas como política de Estado, la inclusión de normativa específica que regule estas herramientas, la institucionalidad, así como también en el apoyo a los potenciales usuarios.

En los últimos años se ha observado un incremento sustancial en la conservación de sitios en el Perú, principalmente en lo referente a la tarea del Estado, pero también en lo que respecta a las herramientas de conservación privada y comunal, como son las concesiones no maderables, áreas de conservación privada, servidumbres ecológicas, entre otras.

LA BIODIVERSIDAD COMO OBJETO DE PROTECCIÓN JURÍDICA: LOS RECURSOS GENÉTICOS, LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Manuel Ruiz Muller* **

¿Qué relación existe entre conceptos tan disímiles como biodiversidad, recursos genéticos y propiedad intelectual? ¿Qué papel económico juega la biodiversidad en nuestro país? ¿Cómo podemos utilizar a la propiedad intelectual como una herramienta para el desarrollo eficiente del Perú?

El autor da un marco general sobre los temas mencionados y plantea la importancia de la investigación, conservación y aprovechamiento de la biodiversidad con la que cuenta nuestro país, todo lo anterior, siempre unido a un inteligente uso de la propiedad intelectual.

* Investigador Principal en el Programa de Biodiversidad de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA).

** El autor agradece la colaboración de Ilko Rogovich en la preparación de este artículo.

Hasta hace poco más de una década, la relación entre el concepto de “biodiversidad” y el Derecho era prácticamente desconocida o dada por inexistente, al menos por la gran mayoría de estudiantes de Derecho, abogados y juristas.

En un corto período de tiempo, los peruanos han logrado internalizar, relativamente rápido, que somos un país megadiverso; con una de las diversidades de flora y fauna más importantes del planeta; con uno de los territorios donde más ecosistemas pueden encontrarse; con una importante presencia de comunidades nativas y campesinas tradicionales que desde hace siglos mantienen y conservan recursos genéticos importantes para la alimentación, la agricultura y muchas otras industrias modernas; que somos un país reconocido como el centro de origen y diversificación de la papa (uno de los cuatro cultivos más importantes para la alimentación mundial); con un aporte inagotable de plantas y recursos (quina, maca, sangre de grado, yacón, tomate, quinua, algodón de color, etcétera) que se han podido aprovechar industrial y comercialmente a lo largo del tiempo, entre otros méritos.

En estas circunstancias, hoy por hoy, la biodiversidad se ha convertido en parte del *mainstream* de los discursos e intereses políticos, ambientales, sociales, culturales, gastronómicos y cada vez más, jurídicos. La biodiversidad y sus componentes se han convertido sin duda, en objeto de derecho. A su vez, los conocimientos, innovaciones y prácticas (conocimientos tradicionales o CT en general) que los pueblos indígenas tienen sobre esta biodiversidad y componentes, han generado también una creciente discusión política y normativa respecto a los derechos intelectuales de estos grupos y las posibilidades de su protección jurídica.

Sin embargo, persisten aún vacíos en el conocimiento legal de las complejas interrelaciones entre biodiversidad, recursos genéticos, conocimientos tradicionales y propiedad intelectual. Más aún, a veces no deja de sorprender a muchos que *existan* estas interrelaciones entre estos aparentemente disímiles conceptos y materias.

Este breve ensayo intenta presentar los puntos de contacto y tensiones que existen entre estos

elementos. No se pretende una descripción excesivamente detallada de los diferentes temas, pero sí ofrecer una “fotografía” general que ayude al lector a entender algunas de las principales implicancias y alcances de los temas propuestos. Para ello, se ha dividido el ensayo en tres partes. La primera, describe brevemente algunos antecedentes históricos y políticos normativos relacionados con el tema del *control* de la biodiversidad. La segunda parte, incide en una descripción de algunos avances y desarrollos en la propiedad intelectual, en su conexión y relación con la biodiversidad y formas de vida en general. La tercera parte de este ensayo describe y analiza los avances jurídicos que se han dado en relación al tema de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, especialmente en el ámbito sub-regional andino. Finalmente, a manera de reflexiones finales, se proponen algunas ideas sobre cómo avanzar en un proceso de aprovechamiento racional o sostenible de esta biodiversidad desde la perspectiva de país.

I. LIBRE ACCESO A LA BIODIVERSIDAD FRENTE A LA AFIRMACIÓN DE LA SOBERANÍA DEL ESTADO

La biodiversidad y sus diferentes componentes (semillas, aceites naturales, extractos, resinas, tintes naturales, plantas enteras, animales, recursos genéticos en general) se han “movido” (casi literalmente) alrededor del mundo desde hace siglos¹. Especialmente, con las “rutas de la seda” entre Europa y China y la India, y las expediciones de conquista desde Europa hacia los “nuevos mundos” en el siglo XIV, se empezaron a gestar movimientos físicos de esta biodiversidad, principalmente hacia los centros de poder económico (Europa en su momento y Estados Unidos posteriormente, a partir de su expansión militar y ocupación de diferentes territorios ricos en biodiversidad).

El patrón común a este movimiento es que se daba desde zonas muy ricas en biodiversidad (las Indias, China, la India y el Sud Este Asiático principalmente) hacia naciones con escasa biodiversidad. No es casualidad que el 95% de la biodiversidad del planeta se concentre en quince o veinte países megadiversos que incluyen: Bolivia, Brasil, China, Colombia, Congo, Ecuador, Filipinas, India, Indonesia, Kenia, Madagascar, Malasia,

¹ Sobre este tema es interesante revisar el libro: HOBHOUSE, Henry. “Seeds of Change. Five Plants that Transformed Mankind”. Londres: MacMillan. 1999.

México, Perú, Sudáfrica, y algunos otros. La mayoría de estos países fueron parte de Imperios o Colonias de potencias europeas principalmente. Un flujo neto de biodiversidad “Sur a Norte”, como alguna vez ha sido calificado.

Este movimiento se dio, durante siglos, sin ningún tipo de restricción o control, salvo por algunas pocas medidas en el campo fitosanitario. La práctica extendida fue considerar que esta biodiversidad y sus diferentes componentes eran, en realidad, de la humanidad en su conjunto y de libre acceso para quienes tuvieran las posibilidades de acceder a ella y utilizarla, nacionales o extranjeros, y para los fines que resultaran pertinentes.

A. El Compromiso Internacional de la Food and Agriculture Organization (FAO)

La trascendencia de los recursos genéticos para la supervivencia y el bienestar de la humanidad resultó un detonante natural para considerarlos como “patrimonio común de la humanidad”, de todos y de nadie a la vez. En el año 1983, con la aprobación del Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos de la FAO, instrumento no vinculante y parte del “*soft law*” internacional, se plasmó jurídicamente este principio².

El Compromiso Internacional legitimaba, justamente, la noción universal e históricamente aceptada de que los recursos fitogenéticos (y casi por extensión todos los recursos genéticos) eran parte del patrimonio y de la herencia común de la humanidad³. De esta manera, los recursos fitogenéticos pertenecen a la humanidad en general y a nadie en particular, por tanto, en teoría, todos

tienen el derecho a acceder a estos recursos sin ninguna restricción.

Sin embargo, poco después, una resolución interpretativa del Compromiso reconocía explícitamente que esta “herencia común” que permitía el libre acceso, no era incompatible con los derechos a obtentor de nuevas variedades vegetales, una manera de apropiarse de innovaciones derivadas de plantas (ver punto B de la sección II)⁴. Al mismo tiempo, esta misma resolución reconocía que el libre acceso no implicaba un acceso libre de costos, aunque las restricciones mínimas que un Estado podía imponer en este aspecto, deberían ser sólo aquellas necesarias para ajustarse a las obligaciones nacionales e internacionales⁵.

Esta misma resolución estuvo relacionada con otra que, por primera vez, reconocía los Derechos del Agricultor⁶. Con posterioridad, una nueva resolución reconocía que el concepto de “herencia de la humanidad” estaba sujeto a la soberanía de los Estados sobre sus recursos fitogenéticos^{7 8}.

Estos cambios en las tendencias políticas y las precisiones hechas al Compromiso Internacional eran el resultado de observaciones hechas por analistas y expertos que, en esta misma década empezaron a analizar el tema de la biodiversidad (acceso, control, herencia común, propiedad intelectual, etcétera) desde la perspectiva del Derecho y las consecuencias económicas del flujo Sur-Norte de sus componentes. Los países en desarrollo, rápidamente hicieron suyas estas observaciones y críticas hechas al concepto de “herencia o patrimonio de la humanidad”⁹.

² La Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la UNESCO de 1972, plantea que la herencia cultural y natural del planeta necesita ser preservada como parte de la herencia de la humanidad. El Principio de Patrimonio Común de la Humanidad también tiene un antecedente importante en el anteproyecto de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (1982), y por el cual buscaba instituir un régimen de manejo común del fondo marino.

³ El artículo 1 del Compromiso Internacional establecía que: “...los recursos fitogenéticos constituyen un patrimonio de la humanidad y de que, por lo tanto, su disponibilidad no debe estar restringida”.

⁴ Resolución 4/89 (Anexo I), Interpretación Acordada del Compromiso Internacional.

⁵ Resolución 4/89 (Anexo I): “5) en todo lo anterior se entiende que: a) el término “libre acceso” no significa gratuito”.

⁶ La Resolución 5/89 (Anexo II) sobre Derechos del Agricultor los define como, “... los derechos que provienen de la contribución pasada, presente y futura de los agricultores a la conservación, mejora y disponibilidad de los recursos fitogenéticos, particularmente de los centros de origen/diversidad. Esos derechos se confieren a la comunidad internacional, como depositaria para las generaciones presentes y futuras de agricultores, con el fin de asegurar que esos agricultores se beneficien plenamente y continúen contribuyendo, y velen por el cumplimiento de los objetivos generales de Compromiso Internacional”.

⁷ Resolución 3/91 (Anexo III): “Reconociendo que: el concepto de herencia de la humanidad, tal como se aplica en el Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos, está sujeto a la soberanía absoluta de los Estados sobre sus recursos fitogenéticos(...) Suscribe los siguientes puntos:

1. que los países tienen derechos soberanos sobre sus recursos fitogenéticos;
2. que las líneas de mejoramiento y el material de los agricultores deberán estar disponibles sólo a discreción de quienes los han obtenido durante el período de desarrollo (...).”.

⁸ Una reciente contribución a la historia y antecedentes políticos y normativos del debate sobre los recursos genéticos y fitogenéticos en particular se encuentra en: ANDERSEN, Regime. “Governing Agrobiodiversity. International Regimes, Plant Genetics and Developing Countries”. Department of Social Sciences. University of Oslo. 2007.

⁹ Éstos incluyen a pensadores como Pat Roy Money y su organización Rural Advancement Foundation International (RAFI) (www.etcgroup.org) y Henk Hobbelink con Genetic Resources Action International (GRAIN) (www.grain.org).

B. El Convenio sobre la Diversidad Biológica

La entrada en vigor del Convenio sobre la Diversidad Biológica (en adelante, "CDB")¹⁰ ha cambiado definitivamente el paradigma en cuanto a la condición jurídica de los recursos genéticos en general. Del "patrimonio común o herencia de la humanidad", se ha pasado a reconocer que los Estados tienen derechos (y obligaciones) respecto de sus recursos naturales y, por ende, la facultad de regular cómo y bajo qué condiciones se accede a sus recursos *genéticos*.

Este hecho ha generado un movimiento político y normativo muy importante que tiene sus máximas expresiones en leyes nacionales de acceso a recursos genéticos y distribución justa y equitativa de beneficios, así como en propuestas para desarrollar regímenes internacionales en materia de recursos genéticos¹¹ y, adicionalmente, de protección de los conocimientos tradicionales^{12 13}.

El CDB establece como sus objetivos principales: la conservación de la biodiversidad, el uso sostenible de sus componentes y la distribución y participación justa y equitativa de los beneficios derivados del acceso a los recursos genéticos¹⁴.

A partir de estos objetivos generales, y especialmente el tercero, el CDB desarrolla secciones y artículos específicos (aunque básicamente programáticos) sobre el acceso a los recursos genéticos, la participación en beneficios, la transferencia tecnológica y la propiedad intelectual¹⁵. Incluye también referencias a la necesidad de proteger los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas relacionados con la biodiversidad¹⁶.

Tres elementos son centrales en relación a las normas sobre acceso del CDB. Por un lado, el reconocimiento explícito a la soberanía del Estado y su facultad de regular el acceso a sus recursos genéticos. En segundo lugar, el reconocimiento a la necesidad de compartir entre proveedores y usuarios los beneficios monetarios y no monetarios que se derivan del acceso y, en tercer lugar, la necesidad de establecer marcos normativos nacionales que detallen cómo operacionalizar los principios de consentimiento fundamentado previo (en adelante, "PIC"), términos mutuamente convenidos, entre otros.

El CDB plantea una serie de obligaciones diferenciadas para los países que son proveedores netos de biodiversidad y aquellos que, a lo largo

¹⁰ El CDB se firmó el 5 de junio de 1992 y entró en vigor el 29 de diciembre de 1993. El Perú ratificó este tratado mediante Resolución Legislativa 26181, de fecha 30 de abril de 1993.

¹¹ En relación al Régimen Internacional de Acceso a recursos Genéticos (actualmente en negociación y que no se aborda en este ensayo) se recomienda el documento: CABRERA, Jorge. "El Régimen Internacional de Acceso a Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios. Avances, elementos y recomendaciones" – UICN, BMZ, Oficina Regional para América del Sur de UICN. Quito: 2006.

¹² Para conocer en detalle algunos de los avances importantes en el plano político y normativo en materia de acceso a los recursos genéticos (textos de normas nacionales e internacionales y propuestas normativas) se recomienda revisar: RUIZ, Manuel. "Acceso a Recursos Genéticos. Propuestas e Instrumentos Jurídicos". Lima: SPDA. 2004.

¹³ Sobre el tema de los CT, se recomienda revisar: RUIZ, Manuel. "La Protección Jurídica de los Conocimientos Tradicionales: Algunos Avances Políticos y Normativos en América Latina". Lima: UICN, BMZ. SPDA. 2006

¹⁴ El artículo 1 del CDB establece que: "Los objetivos del presente Convenio, que se han de perseguir de conformidad con sus disposiciones pertinentes, son la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada".

¹⁵ El artículo 15 del CDB establece que "1. En reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos nacionales y está sometida a la legislación nacional. 2. Cada Parte Contratante procurará crear condiciones para facilitar a otras Partes Contratantes el acceso a los recursos genéticos para utilizaciones ambientalmente adecuadas, y no imponer restricciones contrarias a los objetivos del presente Convenio. 3. A los efectos del presente Convenio, los recursos genéticos suministrados por una Parte Contratante a los que se refieren este artículo y los artículos 16 y 19 son únicamente los suministrados por Partes Contratantes que son países de origen de esos recursos o por las Partes que hayan adquirido los recursos genéticos de conformidad con el presente Convenio. 4. Cuando se conceda acceso, éste será en condiciones mutuamente convenidas y estará sometido a lo dispuesto en el presente artículo. 5. El acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos, a menos que esa Parte decida otra cosa. 6. Cada Parte Contratante procurará promover y realizar investigaciones científicas basadas en los recursos genéticos proporcionados por otras Partes Contratantes con la plena participación de esas Partes Contratantes, y de ser posible en ellas. 7. Cada Parte Contratante tomará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, de conformidad con los artículos 16 y 19 y, cuando sea necesario, por conducto del mecanismo financiero previsto en los artículos 20 y 21, para compartir en forma justa y equitativa los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos con la Parte Contratante que aporta esos recursos. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas".

¹⁶ El artículo 8 (j) del CDB establece que cada Parte Contratante, "(...) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente...".

del tiempo, han podido aprovecharla de manera industrial a partir de un proceso de incesante innovación tecnológica, investigación científica y generación de nuevos productos y procesos, incluyendo en el campo de la biotecnología. La idea detrás de esto es alcanzar alguna equidad en la situación descrita en la Introducción de este ensayo y que, históricamente, ha favorecido a lo que hoy son países desarrollados con gran capacidad tecnológica y una aplicación intensiva de la propiedad intelectual sobre esta innovación tecnológica.

C. El Tratado Internacional de la FAO sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura

Los orígenes del Tratado Internacional de la FAO sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (en adelante, "TI") se pueden encontrar en la adopción del Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos (ver punto A de la Sección I) y el propio CDB¹⁷.

El TI FAO es un instrumento internacional vinculante, que busca promover la conservación y el uso sostenible de los recursos fitogenéticos (recursos genéticos de plantas) importantes para la alimentación y agricultura. El TI regula y detalla las disposiciones de acceso del CDB y crea un Sistema Multilateral para el Acceso y Distribución de Beneficios (en adelante "ABS"). Este es un régimen internacional de acceso especial o *ad hoc*, que *facilita* el acceso a recursos fitogenéticos incluidos en una lista taxativa (Anexo 1 del TI FAO), que incluye 35 especies de plantas y 29 forrajes¹⁸. El TI establece además mecanismos para una distribución justa y equitativa de beneficios provenientes del acceso y uso de estos recursos en particular¹⁹.

El Sistema Multilateral ABS que, como ya se indicó, se extiende solamente a los cultivos del Anexo 1 del TI, responde a las características específicas de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura. La interdependencia y seguridad alimentaria, demandan que estos recursos se

encuentren disponibles y circulando continuamente, sin restricciones, para garantizar las actividades de conservación, investigación y desarrollo de estos recursos.

El Sistema Multilateral responde, casi en oposición, a los regímenes de acceso "clásicos", donde las negociaciones directas y bilaterales prevalecen entre los proveedores y usuarios de los recursos genéticos. Las leyes de acceso y las regulaciones de la Comunidad Andina, la Organización de Unidad Africana, Costa Rica, Panamá, Brasil, India, Nepal, Vietnam y muchos otros países se centran en la negociación bilateral de contratos de acceso como instrumentos críticos para establecer la conexión entre los Estados (a través de autoridades competentes) y los solicitantes de acceso.

Este Sistema Multilateral se justifica por dos factores: por un lado, la interdependencia que existe entre los países del mundo respecto a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y, por otro lado, los altos costos de transacción que implican negociaciones o acuerdos bilaterales sobre cada recurso.

El Sistema Multilateral busca facilitar el acceso y materializar la distribución de beneficios, en términos de beneficios monetarios, infraestructura, transferencia de tecnología e intercambio de información para todas las partes e instituciones que participan en éste. Los beneficios son compartidos colectivamente y no están atados a una transferencia de materiales específica. Se usa más bien un Acuerdo de Transferencia de Materiales (SMTA) estandarizado^{20 21}. Éste no es otra cosa que un contrato de *adhesión* aprobado por las Partes Contratantes del Tratado.

II. EL ROL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA PROFUNDIZACIÓN DE LOS DEBATES: DE LOS AÑOS 30 AL PRESENTE

La evolución histórica de la propiedad intelectual (especialmente las patentes de invención), ha

¹⁷ Para conocer en detalle los contenidos específicos del TI se recomienda revisar: Moore, Gerald y TYMOWSKI, Tymold. "Explanatory Guide to the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture". IUCN Environmental Law and Policy Paper 57. Gland, Cambridge. 2005.

¹⁸ América Latina y la Región Andina son centros de origen y diversificación para muchos cultivos del TI, incluyendo el camote (Ipomoea), la yuca (Manihot), fríjoles (Phaseolus), la papa (Solanum), y el maíz (Zea).

¹⁹ Para los detalles sobre los antecedentes de los procesos internacionales relacionados a los recursos genéticos (incluyendo el Compromiso, CBD y la etapa pre - TI FAO) se sugiere revisar: PISTORIOUS, Robin. "Scientists, plants and politics. The history of the plant genetic resources movement". Roma. IPGRI. 1997.

²⁰ Para un informe detallado del TI FAO y el Sistema Multilateral, revisar: COOPER, David. "The International Treaty on Plant Genetic Resources". En: RECIEL 11(1) 2002.

²¹ El SMTA fue aprobado por el Órgano Rector del TI por medio de la Resolución 1/2006, de junio de 2006.

generado las condiciones por las que actualmente es posible la protección de la materia viva, incluyendo la biodiversidad y sus componentes. Esta misma evolución ha convertido al conocimiento, en una mercancía y objeto de derecho. Ciertamente, son los países industrializados quienes se han beneficiado ampliamente de la extensión de monopolios legales a través de pa-

tentes a innovaciones tecnológicas en todos los campos y quehaceres humanos imaginables. El desarrollo de la biotecnología en especial, ha influenciado enormemente la dirección adoptada por la propiedad intelectual, específicamente en cuanto a la extensión de su cobertura a formas de vida y la biodiversidad (ver Cuadro 1).

Cuadro 1: Evolución general de la protección jurídica de la materia viva

1873	Louis Pasteur obtiene una patente sobre una levadura considerada como manufactura.
1930	El Congreso de Estados Unidos aprueba el <i>Plant Patent Act</i> , que protege jurídicamente nuevas plantas que se reproducen asexualmente.
1961	Se establece la <i>Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV)</i> . Se protegen las nuevas variedades y la protección cubre sólo el material de propagación.
1970	El <i>Plant Variety Protection Act</i> (Estados Unidos) otorga patentes para plantas que se reproducen sexualmente.
1980	La Corte Suprema de los Estados Unidos falla a favor de Anandas Chakrabarty en cuanto a la concesión de una patente sobre un microorganismo modificado genéticamente.
1985	El <i>Board of Patents Appeals</i> Estados Unidos decidió otorgar a Kenneth Hibbert la primera patente para una planta con base en el régimen de patentes de utilidad.
1987	El <i>Board of Patent Appeals</i> en Estados Unidos, admitió el patentamiento de animales, aceptando la producción de poliploidia en ostras.
1989	La Universidad de California, en Los Angeles, patentó una línea celular producida del bazo de un paciente con leucemia.

Por formas de vida se entienden: genes, secuencias de genes, microorganismos, moléculas, proteínas, tejidos, plasma, etcétera. Aunque entre los países varían los grados de protección, básicamente son los Estados Unidos, Europa y Japón, donde se concentra el 90% de las patentes en biotecnología, otorgadas y en trámite.

En el caso de los países de la Comunidad Andina (en adelante, “CAN”), el proceso de desarrollo de políticas y normas de protección sobre formas de

vida se inicia con la incorporación, en 1993, de la Decisión 345 de la CAN acerca de un Régimen Común sobre Protección de los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales²².

Posteriormente, en el 2001, la Decisión 486 sobre un Régimen Común de Propiedad Industrial establece el marco general sobre patentes y otros instrumentos aplicables a innovaciones y creaciones sobre la biodiversidad (incluyendo la protección de invenciones biotecnológicas

²² La Decisión Andina 345 acerca del Régimen Común sobre la Protección de los Derechos de los Obtentores de Nuevas Variedades, fue aprobada el 21 de julio de 1993.

aunque exceptuando la protección de componentes meramente aislados de la naturaleza).

A. La protección de plantas

Como se indica arriba (Cuadro 1), en 1930, el Congreso de Estados Unidos aprueba el *Plant Patent Act*, que tiene la peculiaridad de proteger únicamente las plantas que se reproducen asexualmente. Esta patente otorga al poseedor de la misma, el derecho exclusivo de propagar la planta patentada, durante 17 años. Después de la fecha de promulgación de este instrumento legal, cerca de 6000 patentes para plantas fueron otorgadas por la *Patent and Trademark Office*, principalmente para árboles frutales, flores, árboles ornamentales, uvas, y otras especies hortícolas, impulsando el desarrollo de nuevos genotipos por parte de la industria privada. Esta legislación hizo posible la patentabilidad de nuevas variedades de plantas, excluyendo las plantas que se propagan de forma sexual y los tubérculos.

En 1961, se aprueba el Convenio para la Protección de Obtenciones Vegetales (en adelante, "UPOV"). Bajo este Convenio, una nueva variedad vegetal puede protegerse cuando es nueva, homogénea, distinguible y estable (ver punto B de esta sección para detalles).

En 1970, Estados Unidos promulga legislación para proteger nuevas variedades vegetales de plantas reproducidas sexualmente, adoptando el sistema de Derechos de Obtentor propuesto por la UPOV. En Europa, después de la firma del Convenio UPOV, varios países reconocen títulos de protección de las obtenciones vegetales. La Convención Europea de Patentes (1973), excluyó –en este período– el patentamiento de variedades vegetales y de los procedimientos esencialmente biológicos para su producción.

En 1985, el Board of Patents Appeals decidió en los Estados Unidos otorgar la primera patente para una planta con base en el régimen de patentes de utilidad. Mediante la patente de utilidad se protege no sólo la planta en sí misma, sino también partes de ella, tales como la semilla y sus genes.

B. El Convenio de la Unión para la Protección de Nuevas Variedades Vegetales

El UPOV, se estableció en 1961 y se revisó en 1972, 1978 y 1991. Los Estados adheridos a la UPOV asumieron la responsabilidad de crear un sistema de concesión de derechos de obtentor de plantas bajo sus leyes domésticas^{23 24}.

Las nuevas variedades vegetales son protegibles mediante un título de derechos de obtentor. La protección –a diferencia de las patentes– no se aplica a los procedimientos para obtención de la nueva variedad sino a las variedades como tales, en la medida que sean distinguibles, nuevas, estables y uniformes. La variedad protegida puede haber sido desarrollada o descubierta (con algún grado de intervención humana).

El derecho conferido al titular de la variedad le concede (en términos generales) la facultad de excluir a terceros no autorizados del uso, aprovechamiento, explotación comercial, exportación, importación y otros actos comerciales sobre la variedad.

Para evitar modificaciones "cosméticas" (muy pequeñas a variedades protegidas pre-existentes), el Acta de UPOV de 1991 incorpora el concepto de "variedad esencialmente derivada", por la cual se extiende la protección y el derecho concedido al titular sobre variedades que no se "alejan" lo suficiente (en términos de estabilidad, uniformidad y distinguibilidad) de la variedad original protegida.

El "privilegio del agricultor" permite al agricultor que usa una variedad protegida, reservar la semilla obtenida para su posterior siembra. En la versión de 1978 de UPOV, esta excepción está implícitamente reconocida; mientras que en la revisión de 1991, las Partes Contratantes tienen la facultad de introducirla y someterla a limitaciones de distinto tipo. La idea de esta excepción es evitar que un agricultor esté permanentemente obligado a comprar semillas protegidas, punto que el Acta de 1991 debilita considerablemente.

²³ Mediante la ratificación del Acuerdo sobre Preferencias Comerciales entre Estados Unidos y Perú, nuestro país se obliga a proteger nuevas variedades mediante el sistema UPOV (en la versión del Acta de 1991).

²⁴ Para detalles específicos sobre la protección de nuevas variedades se recomienda revisar: CORREA, Carlos. "Mecanismos de Protección de Propiedad Intelectual". Documento presentado durante el Seminario sobre Propiedad Intelectual en el alcance de los Recursos Fitogenéticos, el cual tomo lugar del 18 al 20 de Octubre del 2006 en Buenos Aires, patrocinado por el Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico.

Otra excepción del Sistema UPOV es la “excepción del fitomejorador”, por la cual no será necesaria la autorización del obtentor para emplear la variedad como origen inicial de variación con vistas a la creación de otras variedades, ni para la comercialización de éstas. En cambio, sí será necesaria la autorización, cuando se haga necesario el empleo repetido de la variedad para la producción comercial de otra variedad. Esta excepción busca mantener la disponibilidad de variedades protegidas para su continua mejora y desarrollo.

El régimen de derecho de obtentor, tal como está contenido en el Convenio UPOV, es un sistema *sui generis* de protección. El Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante, “ADPIC”) prevé que los miembros adopten las medidas necesarias para la protección de variedades vegetales por medio de patentes, de un sistema efectivo *sui generis* o por una combinación de ambos. Para algunos, este sistema *sui generis* es el Sistema UPOV. Para otros, un sistema *sui generis* puede ser diseñado y creado en función a las necesidades particularidades de cada país. Esto, por ejemplo, cuando hay comunidades de pequeños agricultores cuya innovación es evidente pero no alcanza las exigencias de protección de UPOV.

C. El Acuerdo sobre los Derechos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio de la Organización Mundial de Comercio

Sin mayor oposición de parte de los países en desarrollo, en la década de los años 80 se empezaron a filtrar a la Ronda Uruguay del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en adelante, “GATT”) los temas de propiedad intelectual. Los países desarrollados empezaron a establecer una vinculación entre los derechos intelectuales y los temas comerciales que eran los centrales en el GATT y que se venían negociando desde la década de los años 40. Ciertamente, fueron muy sagaces en percibir que, con el desarrollo de los mercados y la tecnología, la posibilidad de dominar y ejercer controles sobre esta tecnología daba enormes ventajas, en cuanto

a mantener las capacidades innovadoras e industriales de estos países intactos y fortalecerlas aún más, especialmente en sectores tales como la farmacéutica, la agroindustria y la propia biotecnología.

Paralelamente, era claro que en un contexto de paulatina liberalización de los mercados, los acuerdos internacionales existentes en materia de propiedad intelectual administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante, “OMPI”), tales como el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Intelectual o la Convención de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, resultaban muy poco efectivos y eficientes en cuanto a garantizar los derechos de creadores e innovadores foráneos. Asimismo, con los avances en la investigación y el desarrollo en diferentes campos, pero especialmente en materia biotecnológica, se hacía claro que no había un acuerdo internacional que satisficiera los intereses de innovadores y empresas que pretendían proteger sus invenciones fuera de las jurisdicciones nacionales. En ese sentido, el régimen de patentes era estrictamente nacional en sus alcances.

Con el ADPIC de la OMC –uno de los varios acuerdos que formaban parte del paquete del GATT que también crea la OMC en 1995– la situación de la propiedad intelectual cambio drásticamente por dos factores principales:

Por un lado se establecieron, especialmente en materia de patentes de invención, estándares internacionales mínimos que todos los países de la OMC (casi todos las naciones del mundo²⁵) debían cumplir, incluyendo obligaciones de trato nacional y no discriminatorio frente a extranjeros. Estos estándares eran, evidentemente, muy favorables a las empresas transnacionales e incluían disposiciones sustantivas en materia de protección de invenciones, particularmente relevantes en materia de invenciones sobre materia viva y biotecnología en general²⁶.

Pero, posiblemente, lo más importante de todo fue que la OMC y los acuerdos que administra plantean la posibilidad de sanciones comerciales

²⁵ Actualmente, la OMC está conformada por 152 estados miembros, todos igualmente obligados a los diferentes acuerdos que forman parte del GATT y que administra la OMC. Para mayores detalles ver: <http://www.wto.int>.

²⁶ El artículo 27.3.b del ADPIC establece que: “...Los Miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad: b) las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquéllas y éste. Las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC”.

a los Estados que no se encuentran cumpliendo con sus obligaciones internacionales acordadas, y que los Estados miembros determinen; incluyendo la implementación efectiva del ADPIC y la adopción de medidas para su observancia y cumplimiento. Es decir, si no se cumple con proteger los intereses de los titulares de patentes en un país o no se otorga protección a cierto tipo de invenciones en contravención al ADPIC, ese país puede ser pasible de sanciones económicas. Esto hace de la OMC un organismo muy particular, con “dientes” o “*deterrence*” que permite presionar muy poderosamente, a los países (en especial pero no solamente a los países en desarrollo) a que cumplan con sus obligaciones en los diferentes acuerdos firmados.

La dinámica política en el Consejo del ADPIC –la instancia intergubernamental de la OMC encargada de verificar y debatir cómo avanzar mejor en el proceso de implementación del ADPIC en el mundo– ha sido muy interesante, en la medida que en los últimos años, temas como los recursos genéticos o los conocimientos tradicionales han pasado a formar parte de su agenda regular. Varios países, especialmente países en desarrollo, han presentado formalmente al Consejo posiciones más o menos consensuadas sobre la necesidad de buscar mecanismos para proteger los conocimientos tradicionales, la necesidad de modificar disposiciones del ADPIC para promover la divulgación de origen y procedencia de los recursos genéticos, entre otras. En general, ya se ha formalizado la necesidad de analizar las relaciones entre el CDB, la propiedad intelectual y

el ADPIC en particular como parte de esta antes mencionada dinámica.

D. La protección “defensiva” a través de la propiedad intelectual (sistema de patentes)

Una idea que fue propuesta por el Perú hacia el año 1993 (cuando se discutía la Decisión 345), fue la posibilidad de vincular el régimen de acceso a los recursos genéticos con el de propiedad intelectual. Por lo general, se hace referencia a un “certificado de origen o legal procedencia” o la “exigencia de divulgación” para describir esta idea²⁷.

Como ya se mencionó antes, la propuesta pasa por garantizar la concesión de derechos de propiedad intelectual (principalmente patentes), pero sujeta a que se cumplan con las condiciones de acceso a recursos genéticos y protección de conocimientos tradicionales.

El primer esbozo de esta propuesta apareció en la Decisión 391, donde expresamente se propone que la concesión de patentes está sujeta a estas condiciones^{28 29}.

A partir de ese momento, diferentes normas y procesos políticos nacionales e internacionales han empezado a incorporar y discutir esta idea.

Pero fue la Decisión 486 de la CAN, que estableció el régimen común de propiedad industrial, la que definitivamente hizo operativo el principio subyacente a esta propuesta. No solamente plan-

²⁷ Para mayores detalles de esta propuesta se recomienda revisar: UNEP/CBD/WG-ABS/3/INF/5. “The feasibility, practicality and cost of a certificate of origin system for genetic resources: preliminary results of a comparative analysis of tracking material in biological resources centres and a proposal for a certification scheme”. UNU-IAS. Enviado al Ad Hoc Open Ended Working Group on ABS, Bangkok. Enero 2005.

²⁸ La Disposición Transitoria Segunda y Tercera de la Decisión 391 establecen: “Segunda. Los Países Miembros no reconocerán derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre recursos genéticos, productos derivados o sintetizados y componentes intangibles asociados, obtenidos o desarrollados a partir de una actividad de acceso que no cumpla con las disposiciones de esta Decisión. Adicionalmente, el País Miembro afectado podrá solicitar la nulidad e interponer las acciones que fueren del caso en los países que hubieren conferido derechos u otorgado títulos de protección. Tercera. Las oficinas nacionales competentes en materia de Propiedad Intelectual exigirán al solicitante la indicación del número del registro del contrato de acceso y copia del mismo, como requisito previo para la concesión del respectivo derecho, cuando tengan certeza o indicios razonables de que los productos o procesos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen. La Autoridad Nacional Competente y las Oficinas Nacionales Competentes en Propiedad Intelectual establecerán sistemas de intercambio de información sobre los contratos de acceso autorizados y derechos de propiedad intelectual concedidos”.

²⁹ En rigor, fue el Decreto Supremo 008-96-ITINCI, Reglamento de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales, el que consagra esta idea por primera vez en una norma jurídica: En ese sentido, el artículo 15 (e) establece que la solicitud para el otorgamiento de un Certificado de Obtentor deberá contener entre otros aspectos “e) el origen geográfico del material vegetal, materia prima de la nueva variedad a proteger, incluyendo, de ser el caso, el documento que acredite la procedencia legal de los recursos genéticos, emitido por la Autoridad Nacional competente, en materia de acceso a Recursos Genéticos; f) Origen y contenido genético de la variedad, donde debe incluir todo detalle conocido relativo a la fuente de los recursos genéticos utilizados en ésta o para su obtención, así como toda información sobre cualquier conocimiento relativo a la variedad, de ser el caso”.

teó, por primera vez en una norma de propiedad intelectual, una relación explícita entre acceso a recursos genéticos y este régimen, sino que desarrolló procedimientos, sanciones y principios más puntuales para su aplicación³⁰.

III. LA RESPUESTA DE LOS PAÍSES MEGADIVERSOS: POLÍTICAS, PROCESOS Y NORMAS EN MATERIA DE ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS Y LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Son los países megadiversos, entre ellos el Perú, quienes han liderado e impulsado mucha de la discusión política y normativa en materia de acceso a recursos genéticos, protección de conocimientos tradicionales y propiedad intelectual.

Un hito importante en ese sentido fue la conformación del Grupo de Países Megadiversos Afines, que desde el año 2002 ha estado impulsando de manera concertada y permanente la agenda de los países del sur en el tema de biodiversidad en foros tales como la OMC, FAO, OMPI y el propio

Cuadro 2: Posición del Perú y los países megadiversos (y otros aliados) en la OMC en el debate sobre biodiversidad y propiedad intelectual

Documento y fecha	Copatrocinadores (título)
WT/GC/W/362 12 de octubre de 1999	Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Perú (propuesta sobre derechos de propiedad intelectual y conocimientos tradicionales / propuesta para la Conferencia de Seattle 1999).
IP/C/W/246 14 de marzo de 2001	Perú (hace referencia al documento WT/CTE/W/176) presentado al Comité de Medio Ambiente.
IP/C/W/356 24 de junio de 2002	Brasil, China, Cuba, Ecuador, India, Pakistán, Perú, República Dominicana, Tailandia, Venezuela, Zambia y Zimbabwe (ADPIC y Conocimientos Tradicionales).
IP/C/W/403 24 de junio de 2003	Brasil, Cuba, Ecuador, India, Perú, República Dominicana, Tailandia, Venezuela. (ADPIC y Conocimientos Tradicionales).
IP/C/W/420 2 de marzo de 2004	Brasil, Cuba, Ecuador, India, Perú, Tailandia y Venezuela (Lista recapitulativa de cuestiones sobre divulgación del origen).
IP/C/W/429/Rev.1 16 de septiembre 2004	Brasil, Bolivia, Colombia., Ecuador, India, Pakistán, Perú, Tailandia y Venezuela (divulgación del origen).
IP/C/W/438 10 de diciembre de 2004	Brasil, Bolivia, Ecuador, India, Pakistán, Perú, Tailandia y Venezuela (divulgación del origen y el consentimiento informado previo).
IP/C/W/441 19 de mayo de 2005	Perú (Posición del Perú sobre divulgación del origen).
IP/C/W/442 18 de marzo de 2005	Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Ecuador, India, Perú, República Dominicana y Tailandia (elementos de la obligación de divulgar las pruebas de la distribución de los beneficios conforme al régimen nacional pertinente).
IP/C/W/447 8 de junio de 2005	Perú (posición del Perú en relación a la Divulgación de Origen y Procedencia Legal).
WT/GC/W/564/Rev.2TN/C/W/41/ Rev.2IP/C/W/474 5 de julio de 2006	Brasil, China, Colombia, Cuba, India, Pakistán, Perú,Tailandia y Tanzania (propuesta de modificación del Acuerdo ADPIC para incluir la divulgación del origen).
IP/C/W/484 2 de noviembre de 2006	Perú (respuesta a las observaciones de los estados unidos en su comunicación IP/C/W/469).
IP/C/W/493 17 de agosto de 2007	Perú – (combatiendo la biopiratería).

³⁰ La Decisión 486 de la CAN sobre un Régimen Común sobre Propiedad Industrial fue aprobada el 14 de septiembre del 2000. El artículo 3 de la Decisión señala que los Países Miembros "(...) asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial

CDB³¹. Se trata de un bloque político y que tiene por finalidad trabajar consensuadamente por garantizar los intereses sociales, culturales y económicos de este Grupo en relación a su biodiversidad. No son todos los países con mayor diversidad biológica del mundo, pero sí la muestra más representativa de los mismos.

A. La Decisión 391 de la CAN sobre un régimen de acceso a los recursos genéticos

El origen de la Decisión 391 se haya en los debates sub-regionales andinos, en relación al desarrollo de un régimen común para la protección del derecho de obtentor de nuevas variedades vegetales o de plantas.

Las discusiones respecto a la relación entre la propiedad intelectual y al acceso de recursos genéticos empezaron a recibir atención a partir, justamente, de las negociaciones de la Decisión 345 sobre el régimen andino de protección de variedades vegetales³².

Antes de 1993, la protección por medio de la propiedad intelectual, sobre formas de vida en general, no era permitida en la sub-región andina. No había legislación vigente referente a invenciones biotecnológicas, ni normas que rigieran la protección de las variedades de plantas. La Decisión 345 cambio esta situación y abrió una nueva era para la protección legal de las formas de vida, a través de los clásicos instrumentos de propiedad intelectual.

Durante el proceso de la Decisión 345, que se estaba llevando a cabo paralelamente a la adop-

ción y entrada en vigencia del CBD, se empezaron a hacer preguntas sobre el origen de los materiales sujetos a protección y qué actores estaban beneficiándose de esta protección. Ante ello, funcionarios y expertos de la Comunidad Andina consideraron que si la protección era otorgada a obtentores o fitomejoradores, en forma similar o equivalente, se debería salvaguardar los interés sub-regionales sobre recursos genéticos que pudieran servir de base material para nuevas variedades protegidas. En pocas palabras, protección sí, pero regulaciones sobre acceso a los recursos sobre los que estas innovaciones pudieran estar referidas (es decir normas de acceso a recursos genéticos) también.

Como resultado, esta Decisión incluyó un mandato para desarrollar un régimen sub-regional de acceso a los recursos genéticos³³. Es importante destacar, que durante las negociaciones de la Decisión 345, varios países estaban ratificando el CBD y enfocando su atención en el artículo 15 respecto al acceso de los recursos genéticos³⁴.

Para iniciar el proceso de desarrollo de un régimen sub-regional sobre acceso a los recursos genéticos, en 1993 la Secretaria General de la Comunidad Andina, (en su momento la Secretaria del Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino) y el Centro de Derecho Ambiental de la Unión Mundial para la Naturaleza (UICN), unieron sus esfuerzos para emprender un proyecto y elaborar una norma regional respecto al acceso y, por tanto, cumplir con el mandato de la Tercera Disposición Transitoria de la Decisión 345.

Como consecuencia de lo anterior, se inició un proceso político y normativo (el primero en su

se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. En tal virtud, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional. Los Países Miembros reconocen el derecho y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, sobre sus conocimientos colectivos. Las disposiciones de la presente Decisión se aplicarán e interpretarán de manera que no contravengan a las establecidas por la Decisión 391, con sus modificaciones vigentes". Por su parte, el artículo 26 establece que "...la solicitud para obtener una patente de invención se presentará ante al oficina nacional competente y deberá contener lo siguiente: (...) g) de ser el caso, la copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen" e "i) de ser el caso, no se hubiere presentado la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas afroamericanas o locales de los Países Miembros, cuando los productos o procesos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen".

³¹ El Grupo se formó en febrero de 2002, mediante la Declaración de Cancún. Son miembros de este Grupo: Bolivia, Brasil, China, Colombia, Ecuador, Filipinas, Kenia, Madagascar, Malasia, México, Indonesia, India, Perú, Sudáfrica, y Venezuela.

³² Un importante actor durante este proceso sub-regional fue la Secretaria Ejecutiva de la UPOV, quien activamente participo en los debates. Las Actas de 1978 y 1991 de la UPOV son la base del contenido sustancial de la Decisión 345. Para mayores detalles respecto a la historia del proceso de desarrollo de la Decisión 391, revisar: CAILLAUX, Jorge, RUIZ, Manuel y TOBIN, Brendan. "El Régimen Andino de Acceso a los Recursos Genéticos". Lima : SPDA. WRI. 1999.

³³ La Tercera Disposición Transitoria establece que: "Los Países Miembros, deberán, antes del 31 de Diciembre de 1994, aprobar normas comunes, que regulen el acceso a los recursos biogenéticos, garantizando la bioseguridad en la región, según las disposiciones del Convenio sobre Biodiversidad, adoptado en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992".

³⁴ Ecuador y Perú ratificaron el CBD en 1993, y Bolivia, Colombia y Venezuela en 1994.

género en el mundo). Este proceso incluyó una fase no gubernamental con la participación de diferentes expertos y distintos actores interesados, de varios países e instituciones. Dos talleres regionales fueron llevados a cabo durante esta fase en Lima (Perú), y en Villa de Leyva (Colombia). Posteriormente, se llevó a cabo una fase gubernamental, oficial. Esta fase consistió en seis reuniones de los representantes y expertos de los gobiernos miembro de la Comunidad Andina. El proceso terminó en julio de 1996, cuando la Decisión 391 sobre un Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos fue aprobada^{35 36}.

La Decisión 391, a lo largo de los años, ha marcado un hito en la política internacional, al constituirse en la primera norma de su tipo en el mundo. Dicha norma es de aplicación directa en cada uno de los países de la Comunidad Andina de Naciones y es competencia de cada país el dictar normas de desarrollo reglamentario, para su adaptación a las realidades y competencias institucionales de los mismos³⁷.

Una de las novedades de la Decisión 391 es que integra en un único cuerpo normativo, de alcance sub-regional, temas muy diversos pero precisando las conexiones y relaciones de causalidad entre ellos, como son: la valoración y el acceso a los recursos genéticos, la participación justa y equitativa de los beneficios derivados del acceso, el reconocimiento de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas, la promoción de la utilización sostenible de la diversidad biológica y del desarrollo de las capacidades científicas a nivel sub-regional.

En términos generales, la Decisión 391 puede describirse de la siguiente manera³⁸:

- El Estado o la Nación tienen derechos sobre los recursos genéticos y sus productos derivados (o componentes de la biodiversidad).

- “Acceso a recursos genéticos” se define en términos de acceder a componentes de la biodiversidad (incluyendo recursos genéticos, moléculas, extractos, resinas o genes específicos) para fines de investigación, comercialización, industrialización u otros.
- El ámbito de la Decisión incluye recursos genéticos en condiciones *in situ* y *ex situ*.
- El mecanismo utilizado por el cual, el Estado (una autoridad competente) manifiesta su dominio sobre los recursos genéticos es el Contrato de Acceso que negocian un solicitante y esta autoridad.
- La necesidad de incorporar condiciones de acceso al Contrato de Acceso y una serie de contratos secundarios, tales como el Contrato Accesorio o el Contrato de Acceso Marco.
- La necesidad de seguir un procedimiento administrativo de acceso que se inicia con una solicitud, continúa con una negociación y culmina con una autorización que sanciona los pasos anteriores y permite el acceso.
- La necesidad que las autoridades nacionales de propiedad intelectual exijan –a quien solicita una protección sobre una invención derivada de la biodiversidad– que demuestre el origen de los recursos genéticos incorporados en la invención.
- El reconocimiento de los derechos que tienen los pueblos indígenas sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas asociadas a la biodiversidad.
- La obligación de compartir beneficios monetarios y no monetarios (transferencia de tecnología, capacitación, fortalecimiento institucional, propiedad intelectual, entre otros).

La Decisión 391 establece un régimen “totalizador” para el acceso a los recursos genéticos, en el sentido que es de aplicación para el acceso a todos los recursos genéticos, sin distinción entre sus distintas finalidades, por ejemplo, para fines agrícolas o alimentarios, para fines medicinales u otros. Tampoco se establecen distinciones en la

³⁵ CAILLAUX, RUIZ, TOBIN. Op.Cit

³⁶ Para detalles específicos sobre el contenido de la Decisión se sugiere revisar: CHAVES, Juanita; MACÍAS, Fernando y TORRES, Ricardo. “Hacia un régimen de acceso a los recursos genéticos eficiente y aplicable para Colombia”. Programa de Investigación en Política e Investigación. Bogotá: Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt. 2004, y RUIZ, Manuel. “¿Es necesario un nuevo marco jurídico para la bioprospección en la región andina? Breve revisión crítica de la Decisión 391”. Lima: Serie de Política y Derecho Ambiental. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. No. 14. 2003.

³⁷ En el Perú, actualmente existe un proyecto de reglamento sobre acceso a los recursos genéticos. Se ha estado trabajando y negociando entre los sectores (CONAM, INRENA, INIA e INDECOPI) desde 1996, pero todavía no ha sido objeto de una aprobación definitiva por parte de la PCM.

³⁸ Para mayores detalles sobre los contenidos específicos y posibles interpretaciones de la Decisión 391 se sugiere revisar: RUIZ, Manuel. “Guía Explicativa de la Decisión 391 y una Propuesta Alternativa para Regular el Acceso a los Recursos Genéticos en la Sub-región Andina”. Lima: GTZ. SPDA. 2008

norma en relación con el objeto del acceso, es decir, si se trata para fines de investigación o de aplicación comercial o industrial. Ciertamente, toca ahora establecer cuáles son las relaciones entre la Decisión y el recientemente aprobado Tratado Internacional de la FAO sobre Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura que también aborda materia de acceso, aunque limitada, a una lista cerrada de cultivos.

Pese a los avances que importa la Decisión 391, una percepción que comparten la mayoría de analistas en la sub-región es que la Decisión 391 ha estado lejos de cumplir con los objetivos para la cual fue diseñada y aprobada. A saber, y en términos muy generales, garantizar que se compartan de manera justa y equitativa los beneficios derivados del acceso y uso de los recursos genéticos existentes en los países de la CAN.

Un primer indicio de la poca aplicación de la Decisión han sido las pocas solicitudes de acceso presentadas en cada país y los escasos contratos de acceso celebrados. En Colombia, al año 2007, se habían suscrito ocho contratos de acceso, en el caso de Bolivia, al año 2007 se habían celebrado aproximadamente cinco contratos de acceso, en el caso de Perú y Ecuador, menos de dos solicitudes por país habían sido tramitadas formalmente³⁹.

B. La protección de los conocimientos tradicionales en el ámbito internacional y nacional

En el año 1999, la OMPI decidió iniciar un proceso exploratorio en diversos lugares del mundo, sobre necesidades, expectativas y posibilidades de protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas⁴⁰. Esto presupone un reconocimiento evidente por parte de la OMPI de una desatención histórica respecto de este tipo de esfuerzo intelectual y su eventual protección jurídica.

Por su parte, en el año 2001, la Asamblea General de la OMPI constituyó un Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos y Propiedad

Intelectual, Conocimientos Tradicionales y Folklore (en adelante, "IGC"), para iniciar un proceso de análisis y reflexión sobre la viabilidad y posibilidad política y jurídica de proteger los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de los pueblos indígenas, incluyendo las expresiones culturales en el campo del *folklore*. Es claro que esto se daba en un contexto de relación con temas conexos tales como la propiedad intelectual clásica la biodiversidad.

Desde entonces a la fecha, se han multiplicado las propuestas y normas que incluyen disposiciones específicas de protección de los conocimientos tradicionales⁴¹. A modo de ejemplos, la Ley Modelo de la Organización de Unidad Africana sobre Protección de los Derechos de las Comunidades Locales, los Agricultores y Mejoradores y para la Regulación del Acceso a los Recursos Genéticos (1998), incluye disposiciones para proteger la innovación de las comunidades locales africanas en relación a semillas y cultivos tradicionales.

La Ley 7788, Ley de Biodiversidad de Costa Rica (1998), también hace referencia a los "derechos intelectuales *sui generis*" de los pueblos indígenas y comunidades locales. En este caso, se plantea una protección que no se ha desarrollado en términos de instrumentos y los derechos que específicamente se confieren, pero abunda en referencias a la importancia y el valor esencial de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas; especialmente en su relación con la biodiversidad.

La Ley 21 de Panamá del año 2000, Ley Especial de Protección de la Propiedad Intelectual de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas, es especialmente interesante; pues se trata de la primera norma que explícita e íntegramente aborda la protección jurídica de los conocimientos indígenas, en su acepción más amplia. En términos generales, esta norma crea un registro constitutivo de derechos, de alcance nacional, que, a la fecha, ha incorporado especialmente expresiones culturales en el campo de la artesanía indígena de los Pueblos Kuna en particular.

³⁹ Sobre este punto específico se sugiere revisar: MINISTERIO DE DESARROLLO SOSTENIBLE. "Acceso a recursos genéticos. La experiencia boliviana en la aplicación de la Decisión 391: Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos". La Paz. Marzo 2004, y FEBRES, María Elisa. "La regulación del acceso a los recursos genéticos en Venezuela". Caracas. CENDES, Serie Mención Publicación. 2002.

⁴⁰ Esto se reflejó en: WIPO. "Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders". Geneva. WIPO Report Fact Finding Mission on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998 – 1999). 2001.

⁴¹ Para acceder a los textos de estas normas se sugiere revisar: RUIZ, Manuel y LAPEÑA, Isabel. (Editores). "Acceso a Recursos Genéticos". Propuestas e Instrumentos Jurídicos. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. 2004.

La Ley 27811, Ley de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas relacionados con los recursos Biológicos del Perú (2002) (ver punto C de la sección III), marca también un hito importante en términos de legislación comparada sobre la materia. De hecho, se trata de una norma que ha recibido mucha atención de parte de la comunidad internacional y que empieza a ser implementada a partir de los esfuerzos de diferentes instituciones, incluyendo el INDECOPI como autoridad competente en materia de derechos intelectuales^{42 43}.

A partir de estos ejemplos, se ha generalizado una tendencia universal por reconocer que los esfuerzos intelectuales indígenas no encuentran en los instrumentos clásicos de la propiedad intelectual –al menos en sentido estricto– el amparo necesario para ser protegidos, y por ello la necesidad de diseñar mecanismos y formas *ad hoc* que respondan a las peculiaridades y particularidades de los pueblos indígenas, especialmente en los ámbitos nacionales.

C. La Ley 27811 sobre protección de los conocimientos tradicionales en el Perú

Pese a la situación bastante desalentadora, pero real, en la que viven los pueblos y las comunidades indígenas en el Perú, resulta admirable constatar que han podido desarrollar y mantener a lo largo del tiempo conocimientos, innovaciones y prácticas asociadas a la biodiversidad. Estos no son otra cosa que conocimientos tradicionales sobre ecosistemas y especies fundamentalmente, los que no solamente han contribuido a su propio bienestar y adaptación a medios, muchas veces hostiles, sino al bienestar de la humanidad en su conjunto.

En febrero de 1996, el INDECOPI y el Ministerio de Agricultura convocaron a un grupo de institu-

ciones del sector público y privado para iniciar un proceso de análisis del tema de los conocimientos tradicionales, con miras a evaluar la posibilidad de diseñar un régimen legal de protección de éstos⁴⁴. Este proceso de discusión y desarrollo de una propuesta de protección legal duró hasta más o menos el año 2001.

Durante el año 2001 y parte del 2002, la Comisión Nacional para los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroamericanos (en adelante, “CONAPA”), instancia del Estado con competencias en materia de temas indígenas, hizo suya la propuesta de protección de conocimientos tradicionales trabajada durante el período antes mencionado. Los aportes del proceso impulsado por INDECOPI fueron reconsiderados por la CONAPA y, con el apoyo del Congreso de la República, fue promulgada la Ley 27811, Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Vinculados a Recursos Biológicos⁴⁵.

Nuevamente, el Perú aparece liderando un proceso pionero en el campo jurídico a través del diseño de una ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a la biodiversidad. Esta fue la primera norma legal en ser promulgada en el mundo, concebida especialmente para este tipo de esfuerzo intelectual.

- La Ley protege conocimientos colectivos, generados como parte de la tradición y cultura indígenas, asociados a la biodiversidad (independientemente de conocimientos individuales que pudieran existir dentro de las propias comunidades y que serán reconocidos a partir de formas consuetudinarias internas)⁴⁶.
- Para la obtención y uso de estos conocimientos se requiere contar con el consentimiento fundamentado previo de las organizaciones indígenas representativas⁴⁷.

⁴² Para conocer detalles de esta norma se recomienda revisar: VENERO, Begoña. “Mitos y verdades sobre la biopiratería y la propiedad intelectual”. En: Anuario de Derechos Intelectuales. KRESALJA, Baldo. (editor). Lima. Palestra. 2004.

⁴³ INDECOPI se hizo acreedor al Premio de Buenas Prácticas Gubernamentales en el campo de Inclusión Social otorgado por la organización Ciudadanos al Día (2007) justamente por su trabajo con los pueblos indígenas tratando de implementar la Ley 27811 en el Perú. INDECOPI es una de las pocas oficinas de patentes y propiedad intelectual en el mundo que cuenta con una página web con un portal dedicado al tema de la protección de los conocimientos tradicionales.

⁴⁴ Algunas de las instituciones que participaron de este proceso incluyen: AIDSEP, CIP, CONAM, INDECOPI, INIA, INRENA, SPDA, CONAP, DESCO, entre otras.

⁴⁵ Esta Ley se promulgó el 24 de julio del 2002.

⁴⁶ El artículo 10 de la Ley 27811, sobre la naturaleza colectiva de los conocimientos tradicionales, establece que los conocimientos “(...) colectivos protegidos bajo este régimen son aquellos que pertenecen a un pueblo indígena y no a individuos determinados que formen parte de dicho pueblo. Pueden pertenecer a varios pueblos indígenas. Estos derechos son independientes de aquellos que puedan generarse al interior de los pueblos indígenas y para cuyo efecto de distribución de beneficios podrán apelar a sus sistemas tradicionales”.

⁴⁷ El artículo 6 de la Ley, sobre condiciones de acceso y uso, precisa que quien pretenda acceder a los conocimientos “...con fines de aplicación científica, comercial e industrial deberán solicitar el consentimiento informado previo de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que posean un conocimiento colectivo”.

- Las licencias de uso de conocimientos colectivos son el instrumento mediante el cual se regulan los derechos y obligaciones (de un solicitante) respecto a estos conocimientos (cuando se van a usar éstos para fines comerciales o industriales)⁴⁸.
- Se considera que están en el dominio público los conocimientos colectivos que pasaron a esta condición a partir del año 1982 (20 años desde la entrada en vigor de la Ley)⁴⁹.
- Los secretos empresariales y las normas sobre competencia protegen los conocimientos colectivos contra su utilización desleal⁵⁰.
- Los diferentes tipos de registros de conocimientos (Público, Confidencial y Local) son un mecanismo previsto para cautelar intereses y proteger conocimientos colectivos de los pueblos indígenas de su mal uso o apropiación por terceros⁵¹.
- Se propone la necesidad de establecer un Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, al cual tienen derecho todos los pueblos indígenas por el hecho de serlos⁵².
- Las organizaciones representativas indígenas son las que actúan como parte en las negociaciones respecto de los conocimientos colectivos,
- En el caso que se solicite un derecho de propiedad intelectual sobre una innovación directa o indirectamente basada en conocimientos colectivos, la autoridad competente en materia de propiedad intelectual deberá exigir al solicitante del derecho que demuestre la procedencia legal de esos conocimientos.

Desde su entrada en vigor, INDECOPI y diferentes organizaciones han estado realizando esfuerzos por implementar la Ley 27811. Estos incluyen

capacitación, desarrollo de materiales informativos, organización de talleres y charlas, y trabajo directo con organizaciones representativas de los pueblos indígenas. INDECOPI tiene a su vez un portal sobre conocimientos tradicionales en su página web⁵³.

IV. REFLEXIONES FINALES

Este ensayo no ha abordado varios temas importantes que merecerían tal vez un espacio propio, tales como la “biopiratería” y el rol de la Comisión Nacional contra la Biopiratería (Ley 28216), o el propio Régimen Internacional de Acceso o las Directrices de Bonn. Sin embargo, se espera haber logrado transmitir esa fotografía a la que se hace referencia en la Introducción.

Estas líneas finales tal vez no se deriven directamente de lo presentado en el texto central de este ensayo. Sin embargo, guardan mucha relación con lo descrito y planteado, y se proponen a modo de reflexión a partir de la situación específica del Perú.

Como resulta evidente del texto, pocos temas resultan tan complejos para el análisis, como lo son la propiedad intelectual y su interrelación con la biodiversidad y los conocimientos tradicionales. Para empezar con estas reflexiones, es importante enfatizar lo dicho al comienzo de este ensayo: unos pocos países en desarrollo (entre ellos el Perú), concentran buena parte de la biodiversidad del planeta (más del 75%), pero invierten poco en su investigación y desarrollo (el Perú invierte el 0.01 - 0.02% de su PBI en investigación en *todos* los campos). Otro grupo de países, especialmente los industrializados, carecen de biodiversidad en sus territorios, pero cuentan la tecnología y los

⁴⁸ El artículo 7 de la Ley, referido al uso de los conocimientos para fines comerciales o industriales, establece que “...se deberá suscribir una licencia donde se prevean condiciones para una adecuada retribución por dicho acceso y se garantice una distribución equitativa de los beneficios derivados del mismo”.

⁴⁹ Sobre el tema del dominio público, el artículo 13 determina que los conocimientos tradicionales o colectivos se consideran en el dominio público “... cuando haya sido accesible a personas ajenas a los pueblos indígenas, a través de medios de comunicación masiva, tales como publicaciones, o cuando se refiera a propiedades, usos o características de un recurso biológico que sean conocidos masivamente fuera del ámbito de los pueblos y comunidades indígenas”. Asimismo, establece que “...en los casos en que estos conocimientos hayan entrado en el dominio público en los últimos 20 años, se destinará un porcentaje del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a partir de estos conocimientos colectivos, al Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas...”.

⁵⁰ El artículo 42 de la Ley precisa que el pueblo indígena que “...posea un conocimiento colectivo estará protegido contra la revelación, adquisición o uso de tal conocimiento colectivo sin su consentimiento y de manera desleal, en la medida en que este conocimiento colectivo no se encuentre en el dominio público”. ⁵¹ El artículo 16 de la Ley establece que los objetivos de los diferentes registros son “(...) a) Preservar y salvaguardar los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas y sus derechos sobre ellos; y b) Proveer al INDECOPI de información que le permita la defensa de los intereses de los pueblos indígenas, con relación a sus conocimientos colectivos”.

⁵¹ El artículo 16 de la Ley establece que los objetivos de los diferentes registros son “(...) a) Preservar y salvaguardar los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas y sus derechos sobre ellos; y b) Proveer al INDECOPI de información que le permita la defensa de los intereses de los pueblos indígenas, con relación a sus conocimientos colectivos”.

⁵² En el caso del Fondo, éste se establece, de conformidad con el artículo 42, “...con el objeto de contribuir al desarrollo integral de los pueblos indígenas a través del financiamiento de proyectos y otras actividades. Este Fondo gozará de autonomía técnica, económica, administrativa y financiera”.

⁵³ <http://www.indecopi.gob.pe/portalctpi/>

recursos para investigarla y transformarla en productos cosméticos y farmacéuticos, productos para la bio-remediación en la minería y los hidrocarburos, suplementos nutricionales, nuevas semillas, mejores razas animales, entre otros. Estos últimos, se sirven de la propiedad intelectual para proteger dichos productos y comercializarlos alrededor del mundo. No es casualidad que más del 90% de las patentes de invención otorgadas, se encuentran bajo titularidad de empresas e individuos de países industrializados. Históricamente, como ha quedado evidenciado del ensayo, hay una tensión entre estos países relacionada con el acceso, control y los derechos sobre componentes de la biodiversidad.

En este contexto, ¿qué papel económico juega la biodiversidad en el Perú y de qué manera puede servirse de la propiedad intelectual para potenciar sus intereses industriales y comerciales y el desarrollo en general? Si hay algo que abunda en el Perú, es biodiversidad. La pregunta es: ¿cómo aprovecharla eficientemente? No se trata de reiterar lo que muchos ya saben: se invierte poco en investigación, no se agrega mucho valor a las exportaciones (aunque en algunas áreas esto está cambiando), no se cuenta con una estrategia de país a largo plazo que centre su atención en el potencial de la biodiversidad, se está perdiendo biodiversidad en ecosistemas amazónicos, andino y marinos; se venden productos protegidos con propiedad intelectual originados en la biodiversidad del Perú, etcétera.

Sin embargo, sí es importante y necesario continuar reiterando e insistiendo que, con un adecuado planeamiento y visión (por ejemplo a partir del Centro Planeamiento Estratégico - CEPLAN), prestando atención a la olvidada Estrategia Nacional de Biodiversidad y una verdadera y clara decisión política, sería posible, de manera bastante rápida, convertir al Perú en un país donde los cultivos nativos, las áreas protegidas (asociadas al turismo), la agroindustria, productos naturales terminados (suplementos alimenticios, nutracéuticos, etcétera), las propias pesquerías y el desarrollo biotecnológico se pueden convertir en los ejes, muy diversos, de desarrollo futuro.

Como condición para lograr esto, es absolutamente indispensable invertir (que no es igual que “gastar”, como algunos ingenuos piensan) en investigación y desarrollo y, paralelamente, utilizar de manera más activa los instrumentos que la propiedad intelectual brinda para proteger innovaciones y posicionar productos en los mercados. Esto implica difundir, conocer, entender

y aprovechar las posibilidades que ofrecen las patentes de invención, las marcas colectivas, las denominaciones de origen, los secretos empresariales, los derechos de obtentor, las licencias para proteger conocimientos tradicionales, etcétera.

Es así, que un esfuerzo notable e inspirador en los últimos años, es la promoción de la gastronomía peruana que, justamente, se nutre de biodiversidad, productos nativos y creatividad oriunda del país. La marca país, la certificación de algunos de estos productos, el uso de signos distintivos para diferenciar esta creatividad, son formas en las cuales; justamente, se integra la biodiversidad (en la base de este giro de negocios) y la propiedad intelectual, y se potencian las bondades del Perú interna y externamente. En este caso particular ha habido mucha investigación, desarrollo de nuevos platos, redescubrimiento de nuevos ingredientes, capacitación y esfuerzo intelectual, *marketing* y un proceso de sensibilización social que, a su vez, ha complementado muy bien los esfuerzos por llamar la atención sobre las riquezas naturales renovables (paisajes y ecosistemas) en los medios de comunicación.

Este es un “combo” infalible: investigación, conservación y aprovechamiento de la biodiversidad (que en el Perú sobra) y uso inteligente de la propiedad intelectual. Para esto, se requieren fondos públicos y privados y capacidades humanas (técnicos de primera, profesionales con Maestrías y Doctorado, instituciones públicas vibrantes e impulsoras de la innovación y no lentas, conservadoras y desincentivadoras del progreso), que tienen que empezar a fortalecerse, hoy mismo. CONCYTEC por ejemplo, podría jugar un papel interesante en lo anterior.

El caso de la gastronomía peruana, es un ejemplo de lo anterior. Ha logrado conjugar esfuerzo privado, apoyo estatal, participación de diferentes actores (incluyendo comunidades indígenas y locales y al sector público) y como resultado, hay una apuesta a ganador, debidamente estudiada y analizada y que ya está generando beneficios tangibles.

Es la biodiversidad y la diferenciación del Perú como país *diverso*, donde se encuentran sus reales ventajas competitivas y comparativas con miras a los retos que plantea el futuro. La explotación sostenible de los bosques, el apoyo inmediato a la biotecnología, el desarrollo de productos derivados de la biodiversidad, la promoción de las áreas protegidas y el turismo, son hacia dónde deberíamos apuntar. Es increíble que sucesivos

gobiernos hayan prestado casi nula atención a esta área, pero aún estamos a tiempo de revertir esta situación. El mundo en definitiva no es plano como comentaría Friedman. Al contrario y más en la línea de Stiglitz, la globalización plantea

interesantes retos y conflictos entre la homogeneidad y la diversidad. En esta última, podemos tener y debemos aprovechar ventajas competitivas y comparativas notables, únicas.

EL RÉGIMEN LEGAL INTERNACIONAL DEL CAMBIO CLIMÁTICO Y EL PROTOCOLO DE KYOTO: BALANCE Y PERSPECTIVAS*

Patricia Iturregui Byrne**

¿Cómo conciliar el crecimiento económico con la protección del medio ambiente? Ésta parece ser la pregunta que ocupa a la comunidad internacional actualmente. Múltiples reuniones, tratados y alianzas han sido celebrados; sin embargo, y a pesar de que todos estamos gravemente involucrados, poco sabemos acerca de los compromisos adoptados y las restricciones asumidas por los Estados.

Aquí, un breve repaso de cuál es el problema, cuáles las posibles soluciones y, sobre todo, qué rol nos corresponde asumir.

* Para el presente artículo se utilizó extensamente: CMNUCC. "Datos de los inventarios nacionales de gases de efecto invernadero correspondientes al período 1990-2005-FCCC/SBI/2007/30".

** Abogada. Master en Derecho Ambiental por la Universidad de Londres. Miembro del Comité de Cumplimiento del Protocolo de Kyoto.

I. INTRODUCCIÓN

Como se sabe, el cambio climático es consecuencia de la interferencia humana sobre los patrones del clima mundial, causado por una excesiva concentración de gases de efecto invernadero en la atmósfera del planeta, que son generados, a su vez, principalmente por actividades vinculadas a la quema de combustibles fósiles y –en menor medida– a la deforestación.

Los principales gases que provocan este fenómeno son el dióxido de carbono, el metano, el óxido nitroso y los gases fluorados. Éstos son emitidos por actividades como la generación de energía eléctrica, procesos industriales, transporte, agricultura, ganadería, rellenos sanitarios y aguas residuales, así como la deforestación. La quema de bosques alcanza un veinte por ciento de las emisiones mundiales.

Parte de la solución a este fenómeno puede encontrarse en las tecnologías limpias en los diversos sectores; por ejemplo, la generación de energía hidroeléctrica, turbinas de viento, geotermia y la energía solar son tecnologías denominadas renovables que producen “cero emisiones”; asimismo, los vehículos eléctricos o híbridos son alternativas cuya difusión comercial está empezando generalizarse.

Otro aspecto importante está constituido por los patrones de consumo: ahorro de energía en el despliegue de actividades domésticas y laborales, y criterios para adquisición de productos con bajo contenido de carbono.

Dado que el cambio climático –en países como el Perú– exacerbará nuestras condiciones de estrés hídrico, es indispensable el ahorro de agua y un cambio radical en nuestra política de protección de las cuencas hidrográficas. Los impactos del cambio climático serán muy riesgosos para la especie humana si no se toman acciones drásticas: aumento de la temperatura promedio mundial de casi 6 grados, elevación del nivel del mar en 0.50 centímetros o más, y exacerbación de los eventos climáticos extremos. Si bien las peores consecuencias se harán evidentes dentro de unas décadas, la elevación de la temperatura mundial

ya se percibe desde la década de los cincuenta. Las emisiones de la industrialización iniciada en 1860 ya están ocasionando impactos a escala mundial.

II. EL PROBLEMA DEL CAMBIO CLIMÁTICO

El clima está cambiando por influencia humana. La mayor parte del incremento de la temperatura media mundial observada desde 1950 tiene más del 90 por ciento de certeza científica de ser atribuible a la concentración de gases de efecto invernadero en la atmósfera¹. La influencia humana se extiende al calentamiento del mar, los promedios de temperatura continental, temperaturas extremas y patrones de viento.

En un escenario de inacción, el IPCC concede una alta probabilidad a que el incremento de la temperatura y decrecimiento del agua llevará a la sustitución del bosque tropical por una sabana en la Amazonía (zona Este). El noreste de Brasil y el norte de México se convertirán en regiones semiáridas, la vegetación será reemplazada por vegetación árida. Respecto a los bosques tropicales, vienen contemplándose las probabilidades de la extinción de especies. En zonas más secas, el cambio climático probablemente salinizará y desertificará la tierra agrícola. La agricultura decrecerá y la productividad del ganado declinará con consecuencias adversas para la seguridad alimentaria. En las zonas templadas, la soya crecerá. El aumento del nivel del mar causará inundaciones en zonas costeras bajas. El incremento de la temperatura del mar ocasionará cambios en la ubicación de las reservas de peces. La desaceleración de la circulación oceánica es probable, aunque no es claro si producirá bajas radicales de temperaturas.

La mayor preocupación se encuentra en lo que se denomina cambios no lineales. Esto es, que no hay una proporción simple entre causa y efecto. El sistema climático contiene muchos de estos procesos no lineales que resultan en cambios abruptos. Tal podría ser el caso del desprendimiento de hielo de Antártica Occidental, causando grandes cambios sobre Sudamérica o una severa desaceleración de la circulación oceánica con

¹ Esta aseveración fue publicada en el Intergovernmental Panel on Climate Change desde 1989, pero sólo en el 2007 el consenso científico mundial le ha atribuido una probabilidad mayor a noventa por ciento. Fuente: Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). “Cuarto Informe de evaluación del Clima mundial. La base físico científica del cambio climático”. p. 10.

graves impactos de enfriamiento al Hemisferio Norte.

La concentración atmosférica global de dióxido de carbono ha aumentado respecto a los niveles preindustriales de aproximadamente 280 partes por millón (en adelante, ppm) a 379 ppm en 2005. La concentración de dióxido de carbono excede de lejos el rango natural de los últimos 650,000 años (180 a 300 ppm), según se ha determinado por la parte central de los hielos polares. El ritmo de crecimiento anual de concentración de dióxido de carbono ha sido mayor en los últimos 10 años (el promedio entre 1995 y 2005 fue de 1.9 ppm por año) respecto del comienzo de las mediciones atmosféricas directas continuas (el promedio de 1960 a 2005 fue de 1.4 ppm por año), aunque existe variabilidad de las tasas de crecimiento año a año.

Las emisiones de gases de efecto invernadero² son producidas fundamentalmente por la quema de combustibles fósiles y en menor medida por la deforestación y las emisiones de metano de los rellenos sanitarios y aguas residuales en los países en desarrollo. Casi todas las actividades económicas generan gases de efecto invernadero: procesos industriales, generación de energía, transporte, agricultura y ganadería.

III. OBJETIVOS Y PRINCIPIOS DE LA CONVENCIÓN DE CAMBIO CLIMÁTICO

A fin de evitar una interferencia humana peligrosa en el clima mundial, Naciones Unidas promovió – a partir del Primer Informe del IPCC en 1989– la negociación de un tratado que devino en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (1992) y que fuera firmada por los Jefes de Estado en Río de Janeiro, en junio de 1992.

El objetivo último de la Convención, según su artículo 2, es:

“[...] la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible” (el subrayado es nuestro).

Hasta hoy, hace falta establecer el nivel máximo de concentración. Debe tomarse nota de que la Convención no prohíbe la influencia humana en el clima, sólo **prohíbe el cambio climático peligroso**. El Protocolo de Kyoto se restringe a fijar, respecto a los niveles de emisión que tuvieron los países industrializados en 1990, una reducción de 5% para estos mismos países en el período 2008-2012. En 1996 tuvo lugar la segunda Conferencia de las Partes (COP-2) en Ginebra; los países discutieron muy superficialmente que a largo plazo se requeriría reducir las emisiones en más de un 50 por ciento, con el objetivo de no superar más de dos grados la elevación de la temperatura, lo que tiene relación directa con la concentración de gases en la atmósfera mundial. El nivel máximo tendría que establecerse en el nuevo acuerdo internacional para la protección del clima. Si bien las naciones industrializadas han originado el problema por sus emisiones históricas desde 1860, el control del cambio climático a niveles “no peligrosos” no puede darse si los países en desarrollo no controlan el crecimiento de sus emisiones. Esta situación plantea un tema de equidad internacional que deberá ser resuelto en las negociaciones en curso.

Nivel máximo de concentración de gases en la atmósfera mundial	Riesgo de elevación de la temperatura a más de 2 °C	Riesgo de elevación a más de 3 °C
450 ppmv	46 y 85%	11 y 24%
500 ppmv	70 y 95%	18 y 47%
550 ppmv	78 y 99%	28 y 71%

Elaboración: propia.

² Las actividades humanas resultan en emisiones de cuatro gases principales: dióxido de carbono (CO2), metano (CH4), óxido de nitrógeno (N2O) y halocarbonos (grupo de gases fluorados).

La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (en adelante, "CMNUCC"), ha sido ratificada por 192 naciones, incluyendo a Estados Unidos, así que cuenta entre sus miembros a casi todos los países del mundo.

Los debates y medidas para la seguridad climática se han dividido tradicionalmente en dos temas conceptuales claramente separados que involucran disciplinas de conocimiento diferenciadas y medidas de índole distinta:

- La mitigación o reducción de los gases de efecto invernadero que constituyen una prevención indirecta del daño.
- La adaptación a los efectos adversos del cambio climático o prevención específica y directa del daño.

A pesar que en las negociaciones internacionales los Estados conocían del daño residual que podía causar el cambio climático, ni la Convención ni el Protocolo de Kyoto establecen disposiciones de compensación. Sin embargo, se ha demostrado que en aplicación del derecho consuetudinario internacional cabe dicha posibilidad³.

Los principios contenidos en el artículo 3 de la Convención son, principalmente:

- Principio 7 de la Declaración de Río sobre responsabilidades comunes pero diferenciadas.
- Principio 15 de la Declaración de Río o principio precautorio.
- Principio 3 de la Declaración de Río sobre desarrollo sostenible
- Principio 12 de la Declaración de Río sobre sistema económico internacional favorable y abierto.

Respecto a las **responsabilidades comunes pero diferenciadas**, formuladas en relación directa al principio de equidad, se encuentran diversas aplicaciones en la Convención de Cambio Climático. Las emisiones de gases de efecto invernadero pasadas y actuales de los países se distribuyen de forma distinta entre ellos y de manera que tienen capacidades y recursos diferentes para combatir las causas y consecuencias del cambio climático. Los dos elementos principales de este principio son la asimetría en las obligaciones de

los países y el apoyo financiero a los países en desarrollo.

Por ello, el Artículo 3.1 establece que los países industrializados deben asumir el liderazgo para combatir el cambio climático y sus efectos adversos. Esto se refleja en la Convención en dos listados de países: los países del Anexo I (países industrializados) y los países no Anexo I (países en desarrollo). Al interior de estos dos grupos básicos se establecen mayores diferenciaciones para tomar en cuenta las distintas capacidades, situaciones y vulnerabilidades de los países. En el Anexo II figuran los países industrializados integrantes de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante, "OCDE"), con exclusión de las economías en transición.

A pesar de que todos los países tienen las mismas obligaciones en la Convención (artículo 4.1.), los países del Anexo I son objeto de requerimientos especiales para demostrar que están tomando la iniciativa y liderazgo para combatir el cambio climático. El artículo 4.2 requiere que éstos adopten políticas y medidas para mitigar el cambio climático, limitar sus emisiones de gases de efecto invernadero e incrementar los sumideros y depósitos de estos gases (los bosques). Un sumidero es un proceso, actividad o mecanismo que remueve un gas de efecto invernadero de la atmósfera; por ejemplo, la reforestación es una actividad que captura dióxido de carbono de la atmósfera. Un depósito es una parte del sistema climático que permite el almacenamiento de un gas de efecto invernadero. Por ejemplo, el bosque es un depósito.

La diferenciación dentro de los países industrializados se produce con el Anexo II, que contiene la lista de países OCDE comprometidos a otorgar asistencia financiera y transferencia de tecnología a los países en desarrollo para que éstos puedan cumplir sus compromisos en el marco de la Convención. Esta lista excluye a las economías en transición (ex países socialistas).

Los países "no Anexo I", que son los países en desarrollo, también están diferenciados en la Convención. Los 48 países que constituyen los denominados "países menos desarrollados" tienen una consideración especial debido a su

³ Para un exhaustivo análisis del tema consultar: VERHEYEN, Roda. "Climate Change Damage and International Law. Prevention Duties and State Responsibility". Martinus Nijhoff Publishers. 2005.

limitada capacidad de responder al cambio climático y adaptarse a sus efectos adversos.

Adicionalmente, bajo el artículo 4.8 de la Convención, ciertos grupos de países en desarrollo se consideran especialmente vulnerables a los efectos del cambio climático. La lista es la siguiente:

1. Los países insulares pequeños.
2. Los países con zonas costeras bajas.
3. Los países con zonas áridas y semiáridas, zonas con cobertura forestal y zonas expuestas al deterioro forestal.
4. Los países con zonas propensas a los desastres naturales.
5. Los países con zonas expuestas a la sequía y a la desertificación.
6. Los países con zonas de alta contaminación atmosférica urbana.
7. Los países con zonas de ecosistemas frágiles, incluidos los ecosistemas montañosos.
8. Los países cuyas economías dependen en gran medida de los ingresos generados por la producción, el procesamiento y la exportación de combustibles fósiles y productos asociados de energía intensiva, o de su consumo.
9. Los países sin litoral y los países de tránsito.

La Convención enfatiza actividades que puedan responder a las necesidades especiales y preocupaciones de estos países vulnerables, tales como inversión, seguros y transferencia de tecnología.

La situación del Perú al respecto es clara, se trata de un país altamente vulnerable por estar dentro de los incisos 3, 4, 5, 6 y 7; adicionalmente, el Perú no es considerado un país "menos desarrollado".

Los anexos diferencian a los países en función de las emisiones de gases *per cápita*. Entre 1991 y 1997, los países industrializados fueron responsables del 71% de las emisiones mundiales de CO₂ provenientes de combustibles fósiles. Otro aspecto de la diferenciación de responsabilidades se encuentra en el artículo 4.7 de la Convención que relativiza los compromisos de los países en desarrollo en función a la asistencia por parte de los países desarrollados. El texto establece lo siguiente:

"[...]La medida en que las Partes que son países en desarrollo lleven a la práctica efectivamente sus compromisos en virtud de la Convención dependerá de la manera en que las Partes que son países desarrollados lleven a la práctica

efectivamente sus compromisos relativos a los recursos financieros y la transferencia de tecnología, y se tendrá plenamente en cuenta que el desarrollo económico y social y la erradicación de la pobreza son las prioridades primeras y esenciales de las Partes que son países en desarrollo".

Volviendo al tema de los principios, el **principio precautorio** se encuentra consagrado por el artículo 3.3. de la Convención:

"Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin, esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos. Los esfuerzos para hacer frente al cambio climático pueden llevarse a cabo en cooperación entre las Partes interesadas".

La aplicación de este principio en el contexto del cambio climático se conecta fundamentalmente con el artículo 2 de la Convención en el sentido de evitar un cambio peligroso. La cuestión importante aquí es que el principio precautorio se aplica no sólo para la prevención del cambio climático, sino también a la mitigación de los efectos adversos; por ejemplo, medidas de adaptación.

La importancia del principio precautorio es que revierte la carga de la prueba; esto es, debe demostrarse que la actividad no daña ni puede causar daño.

De la redacción del artículo 3.3 cabe preguntarse si de éste se puede concluir que se prioriza una acción internacional para la mitigación que implica la prevención indirecta del daño a través de reducir las emisiones o si se prioriza la adaptación que significa la prevención directa del daño. Durante las negociaciones para adoptar la Convención, se debatió la posibilidad de realizar un análisis costo-beneficio, que no llegó a adoptarse. En todo caso, si se realizara, se sabe que los modelos predicen actualmente que los costos de adaptación aumentan de manera absolutamente despro-

porcionada con mayores concentraciones de gases en la atmósfera⁴.

Según la interpretación de Roda Verheyen (2005), el referido artículo 3.3 no altera la interpretación del artículo 2, en el sentido que éste impone un deber de prevenir el cambio climático sobre la base de la mitigación. La adaptación siempre será la segunda mejor opción, dado que nunca se puede garantizar que los cambios (que podrían haber sido prevenidos con acción temprana y efectiva de mitigación) puedan o podrán contrarrestarse a través de la adaptación.

Es relevante notar que se enfatiza el costo efectividad de las medidas a ejecutarse y el evitar cargas innecesarias en la economía. Una forma de minimizar los costos es ciertamente la implementación conjunta de países. Aquí nace la justificación legal del mercado de carbono que posteriormente el Protocolo de Kyoto creará en 1997.

Respecto al **principio de desarrollo sostenible**, debe mencionarse que la redacción del artículo 3.4 expresa la noción del derecho –deber del desarrollo sostenible–, pero lo interesante es que establece un estándar para la adaptación y mitigación al cambio climático. Verheyen considera que si concordamos con la opinión que el desarrollo sostenible combina ciertos principios ambientales y de equidad, entonces el desarrollo sostenible puede ser un instrumento para todos los estándares legales y decisiones en relación al control del daño o remediación del daño por cambio climático. Esto significa que todos los países tendrían que ser requeridos de considerar los efectos integrales (sociales y ambientales) de las medidas a considerarse para contrarrestar el cambio climático. Por ejemplo, se podría argumentar que si bien una central de generación de energía nuclear reduce emisiones, por razones sociales respecto del riesgo que éstas generan, debería considerarse inaceptable la solución nuclear. Asimismo, se podría considerar inadecuada la construcción de muros costeros de contención del mar por el impacto social en vida silvestre y turismo.

En cuanto al principio relacionado al **sistema económico internacional favorable y abierto**, el artículo 3.5 confirma el libre comercio,

refiriendo la necesidad de cooperar en la promoción de un sistema económico internacional abierto y propicio que conduzca al crecimiento económico y desarrollo sostenibles de todas las Partes, y que las medidas adoptadas para combatir el cambio climático, incluidas las unilaterales, no deberían constituir un medio de discriminación arbitrario o injustificable ni una restricción encubierta al comercio internacional.

Al respecto, el Informe Stern (2007) sostiene que la coordinación internacional de regulaciones sobre productos estandarizados puede ser un instrumento poderoso para estimular altos niveles de eficiencia energética, elevar el costo-efectividad, fortalecer los incentivos, aumentar la transparencia y promover el comercio internacional.

La reducción de barreras arancelarias y no arancelarias para bienes y servicios, según el mandato de Doha, puede generar mayores oportunidades para acelerar la difusión de tecnologías clave, bajas o libres de carbono.

IV. LOS COMPROMISOS DE LA CONVENCIÓN DE CAMBIO CLIMÁTICO

Respecto a los **compromisos** de la Convención de Cambio Climático, el artículo 4.2 establece obligaciones concretas respecto a la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y el aumento de sumideros que complementan los objetivos establecidos en el artículo 2. El referido artículo 4.2 compromete a los países industrializados que para el año 2000 tuvieran los niveles de emisión de 1990 con el texto siguiente:

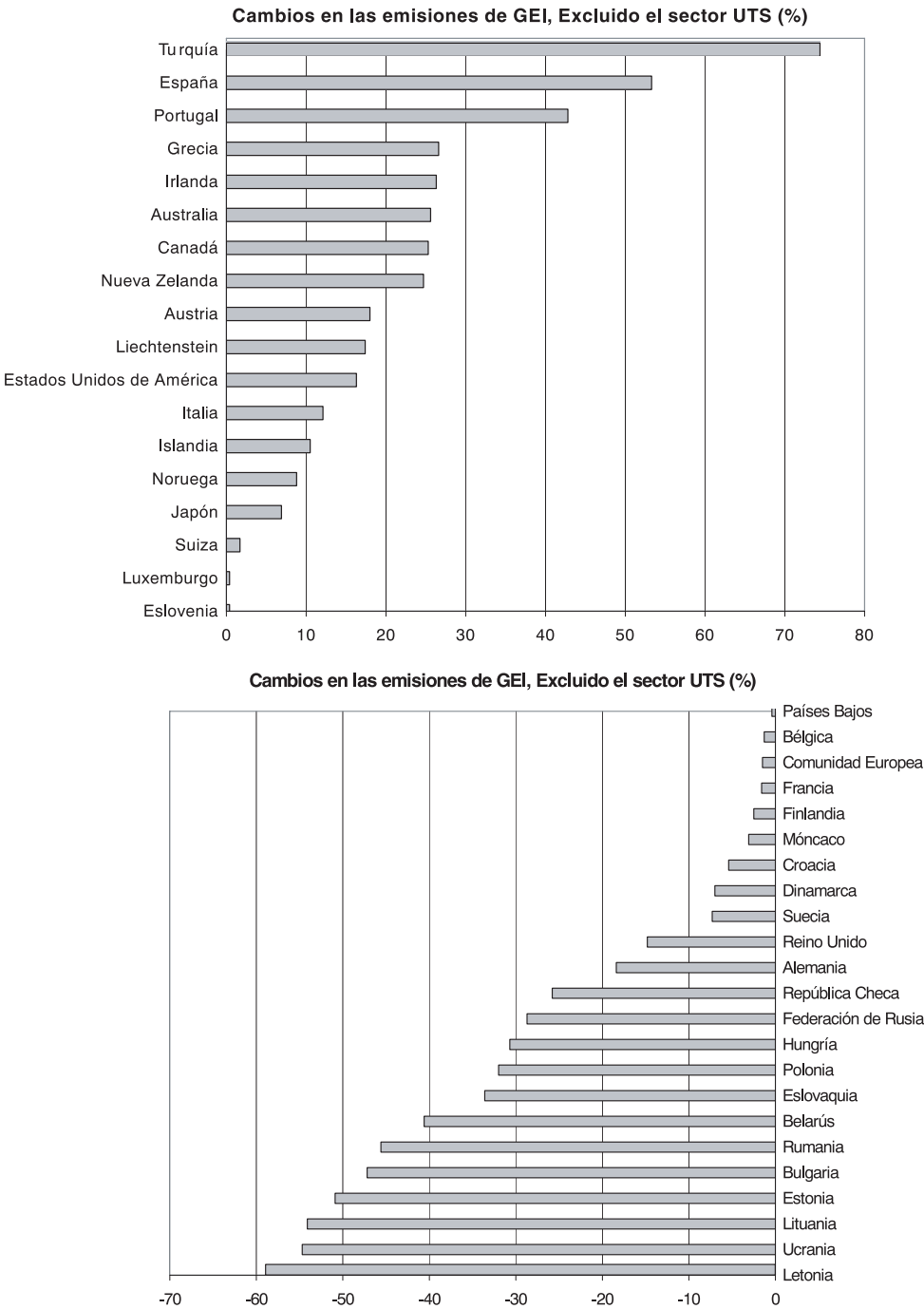
“(...) Esas políticas y medidas demostrarán que los países desarrollados están tomando la iniciativa en lo que respecta a modificar las tendencias a más largo plazo de las emisiones antropógenas de manera acorde con el objetivo de la presente Convención, reconociendo que el regreso antes de fines del decenio actual a los niveles anteriores de emisiones antropógenas de dióxido de carbono y otros gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal contribuiría a tal modificación, y tomando en cuenta las diferencias de puntos de partida y enfoques, estructuras económicas y bases de recursos de esas Partes(...)”.

Algunos autores han cuestionado la claridad del texto de este párrafo y legalmente no lo consideran un compromiso. Sin embargo, no es discutible que la Convención con este párrafo compromete a los países industrializados a **no aumentar sus emisiones**.

Según reporta la Secretaría de la CMNUCC⁵, los países industrializados que forman el Anexo I, en

su conjunto, disminuyeron un 2,8% entre 1990 y 2005, fundamentalmente por el colapso económico de varias economías en transición, incluyendo a la Federación Rusa y Ucrania. Pero, el aumento de emisiones de los países de la OCDE en su conjunto es de 11%.

Según el referido informe, los países de economías en transición han disminuido en conjunto un



⁵ Ver documento FCCC/SBI/2007/30 del 24 de octubre de 2007 en: www.unfccc.int.

35%, básicamente por recesión. Según puede apreciarse en el cuadro de abajo, los países del Anexo II que sí han cumplido con reducir sus emisiones son Gran Bretaña, Alemania, Suecia y Dinamarca. Por el contrario, España ha aumentado sus emisiones en 52,3% y Estados Unidos en 16.3%.

El aumento de emisiones de estos países significa la violación del artículo 18 de la Convención de Viena sobre los tratados, que estipula que cada país está obligado, después de firmar un tratado, a evitar la consecución de actos que contradigan el objetivo y propósito del tratado suscrito.

La pregunta actual es, ¿cómo podría obligarse a los países en desarrollo a controlar sus emisiones? Se sabe que hoy China supera en emisiones a Estados Unidos y no tiene compromisos de reducción. La argumentación principal es que no podría estabilizarse la concentración de gases en la atmósfera a un nivel seguro en concordancia con el objetivo último de la Convención establecido en el artículo 2, si es que los países en desarrollo no se comprometen también a futuro.

La Convención contiene un mecanismo de revisión de los compromisos en razón de su adecuación al objetivo último. Es posible modificar la lista de países que asumen compromisos adicionando a aquéllos que voluntariamente deseen asumir compromisos o por una negociación internacional. Esto está expresamente considerado en el artículo 4.2., incisos f y g de la Convención.

Adicionalmente la Convención obliga todos los países (artículo 4.1.b) a formular e implementar programas nacionales y/o regionales que contengan medidas para mitigar el cambio climático y medidas para facilitar la adecuada adaptación. Aunque parece una obligación de reportar solamente, obliga también a implementar medidas.

Todos los países deben producir inventarios nacionales de gases de efecto invernadero usando metodologías comparables adoptadas por la Conferencia de las Partes.

Existen dos tipos de compromisos financieros que obligan a los países del Anexo II (países de la OCDE) a suministrar fondos para los países en desarrollo. El primero está dirigido a asistir a los países en desarrollo a implementar sus obligaciones bajo la Convención (artículos 4.3) y el segundo está referido específicamente a la adaptación (artículo 4.4.). Lo importante es que los compromisos se refieren a proveer recursos nuevos y adicionales

para satisfacer los costos totales acordados en que incurren los países en desarrollo en cumplir sus compromisos de comunicar información relacionada a la aplicación de la Convención, así como el alcanzar los costos incrementales de aplicar medidas.

V. EL PROTOCOLO DE KYOTO: VENTAJAS Y DIFICULTADES

El Protocolo de Kyoto complementa la Convención de Cambio Climático y es un importante instrumento de mitigación de los gases de efecto invernadero para aplicar el objetivo de la Convención.

El Protocolo de Kyoto tiene importancia por tres hechos:

1. Crea el mercado internacional de carbono y una sofisticada arquitectura institucional de reporte periódico de emisiones.
2. Establece un sistema de cumplimiento considerado como uno de los más eficientes de los acuerdos ambientales multilaterales.
3. Introduce un impuesto internacional de 2% en el mecanismo de desarrollo limpio.

El Protocolo de Kyoto establece objetivos ambientales de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero a los países industrializados, en un nivel conjunto de menos 5.2% respecto a los niveles de 1990. Individualmente, los compromisos de cada país industrializado son diferenciados, según puede verse en el cuadro siguiente, siendo posible que algunos países como Noruega y Australia estén autorizados a aumentar sus emisiones respecto a 1990. El plazo para cumplir con las cantidades asignadas es entre el 2008 y el 2012.

Estos objetivos de reducción pueden alcanzarse sea con la reducción de emisiones o aumento de los sumideros o con la utilización de los denominados mecanismos de Kyoto. El Protocolo crea el **comercio internacional de emisiones** a través de 3 mecanismos comerciales: el mecanismo de desarrollo limpio ("MDL", artículo 12) la implementación conjunta ("IJ", artículo 6) y el comercio de emisiones (artículo 17), como instrumentos de reducción de emisiones extraterritoriales. Sólo el mecanismo de desarrollo limpio es con los países en desarrollo.

Por ejemplo: la reducción de gases por sustitución de combustible de residual 500 a gas natural en el Perú es transferida a una empresa holandesa a cuenta de los compromisos de Holanda en Kyoto.

Figura 1. Anexo B, Objetivos de reducción de emisiones	
Partes del Anexo I	Objetivo de reducción de emisiones (expresado en relación a las emisiones del periodo o año base).
Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Dinamarca, Estonia, Comunidad Europea, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Mónaco, Holanda, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Reino Unido de Gran Bretaña, e Irlanda del Norte.	-8%
Estados Unidos de América	-7%
Canadá, Hungría, Japón, Polonia	-6%
Croacia	-5%
Nueva Zelanda, Federación Rusa, Ucrania	0
Noruega	+1%
Australia	+8%
Islandia	+10%

El comercio internacional de emisiones fue introducido para promover reducciones menos onerosas a los países industrializados, habiéndose calculado que si se utiliza plenamente las ventajas del mercado de carbono, cumplir con Kyoto resultaría en un 25% del costo de implementar las reducciones sólo a nivel doméstico⁶.

La reducción de emisiones pactada en el Protocolo de Kyoto no es el resultado de aplicar el principio contaminador pagador o la intención de aplicar el artículo 2 de la Convención en términos de calcular emisiones permitidas sobre la base del daño probable. Los objetivos comprometidos por cada país fueron simplemente el resultado de una negociación política. Según sostiene Verheyen, Estados Unidos tendría que haber reducido casi 24.3% de sus emisiones relativas a su proyección de emisiones para alcanzar el objetivo de -7% adoptado en el Protocolo, mientras que la mayoría de países europeos registraron menores vacíos entre sus objetivos de reducción y emisiones proyectadas, por ejemplo Gran Bretaña debía reducir entre 6.6% á 7.3% para lograr el -8% y Alemania sólo un 2.4%. La Federación Rusa y Ucrania en 1997, cuando se adoptó el Protocolo, estaban bastante por debajo de sus emisiones de 1990 y muchas delegaciones expresaron su descontento

con la gran ventaja que adquirieron en los compromisos asumidos.

Los científicos e informes del IPCC reportan que el cumplimiento de las reducciones de Kyoto no tendrá un efecto en los impactos del cambio climático ni en el mediano ni largo plazo.

El volumen de transacciones del mercado de carbono, desde enero del 2005 a abril del 2008 alcanzó la cifra de 2.7 billones de toneladas de dióxido de carbono de reducción de emisiones. Las reducciones **anuales** acumuladas han alcanzado hasta abril de este año, 135 millones de toneladas de dióxido de carbono equivalente (una tonelada = un certificado) cuyo precio promedio ha sido de 11 dólares por certificado. Eso significa hasta hoy un volumen de ingresos de 1,485 millones de dólares. Esto ha involucrado a abril del 2008 más de mil proyectos distribuidos entre 49 países en desarrollo.

El mercado de carbono no sólo funciona en el marco del Protocolo de Kyoto. También existe un mercado secundario conformado por los compromisos voluntarios de compañías y fundaciones sin fines de lucro que compran y

⁶ GRUBB, Michael. "The Kyoto Protocol. A Guide and Assessment". The Royal Institute of International Affairs Energy and Environmental Programme. 1999.

Tamaño actual y proyectado del mercado de carbono

Año	Mercado Actividad Comercial	Ventas Billones USD por año	Megatoneladas CO2 equivalente	Precio promedio y rango en US \$ CO2 equivalente
2006	MDL	5	475	11 (6-27)
	Unión Europea	24	1101	22 (5-40)
	Implementación Conjunta	<1	16	9
2010	Compromisos según Kyoto			
2030	Compromisos de los países industrializados	10-15(5-25)	400-600, exclu- yendo Canadá	24 (14-34)
	Países industrializados (con Estados Unidos)	Escenario bajo 10-15 (5-25) Escenario alto 100(90- 125)	400-600 4000-6000	24 (14-34) 24 (14-34)

Fuente: Documento de la Secretaría de Cambio Climático “potential investment and financial flows relevant to the development of an effective and appropriate international response to climate change” (Agosto de 2007).

venden certificados bajo otras reglas. Esto se puede ver en el Chicago Climate Exchange.

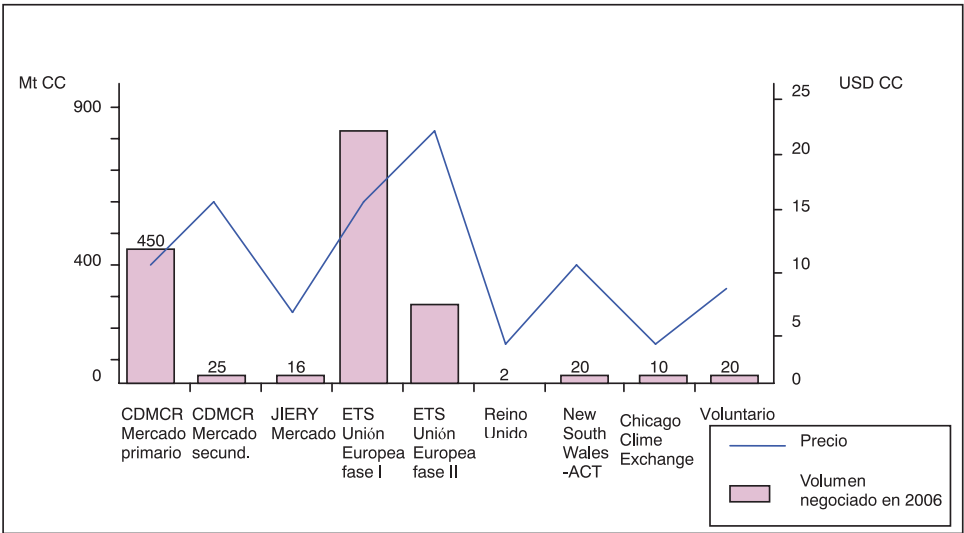
Actualmente, los sistemas de comercio de emisiones están vinculados así:

- Los sistemas nacionales de la Unión Europea están plenamente interconectados y permiten el uso de CERs del mecanismo de desarrollo limpio con los países en desarrollo. No permiten el uso de certificados MDL por bosques (ni temporales ni de largo plazo). A partir del 2008 usan ERUs, que es el nombre proveniente de los proyectos de implementación conjunta (www.europeanclimateexchange.com).
- Noruega permite el uso de los bonos euro-

peos de la Fase 1 (2005-2007) y los del MDL, pero no los de bosques. Se espera que sea parte del sistema de comercio de emisiones en el 2008.

- El esquema australiano de New South Wales Act no tiene relación con otros sistemas, pero con la ratificación de Kyoto por Australia en diciembre del 2007, esto puede cambiar.
- El comercio de emisiones inglés no tiene vínculo con otros sistemas.
- El Chicago Climate Exchange permite el uso de CERS del MDL y de la Unión Europea para cumplimiento de los compromisos voluntarios, pero ha suspendido la importación de bonos de la Fase I del comercio europeo. Ver (www.chicagoclimatex.com).

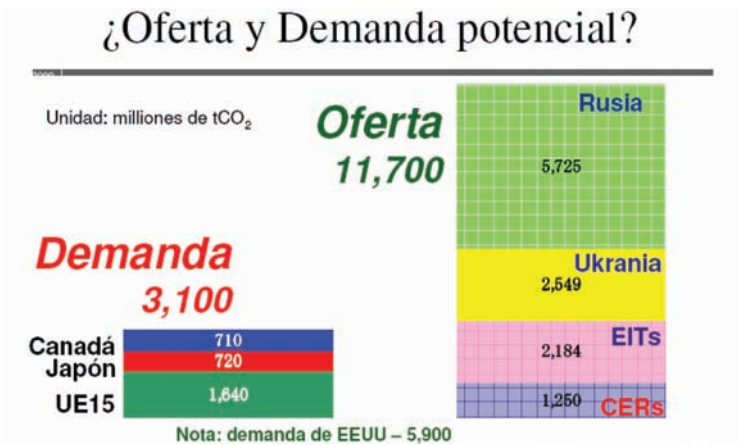
UNFCC (2007) Volumen comercial y precios en el 2006



Hasta Abril del 2008, el Perú ha aprobado a nivel nacional 25 proyectos MDL, que implican 38 millones de toneladas de CO₂ ó 418 millones de dólares en bonos de carbono para los próximos siete a diez años. De éstos veinticinco ya se han aprobado en Bonn diez proyectos que implican un volumen de transacción **anual** equivalente a 857 995 certificados por año

en promedio. Los precios transados varían, pero si aplicamos el precio promedio de once dólares podrían ser de 9 437 945 anuales.

Respecto a la oferta y demanda de bonos de carbono, la situación según la oficina de cooperación de Japón⁷, sería la siguiente:



Es interesante notar que este análisis no considera Australia, que acaba de ratificar el Protocolo de Kyoto y que si Estados Unidos entra al mercado de carbono como está previsto, la demanda crecería significativamente. De cualquier forma, el mercado de carbono es un mercado de compradores donde ellos fijan el precio. Las complicaciones más importantes están generadas por el hecho que Rusia y Ucrania no han negociado adecuadamente sus compromisos en Kyoto; como se ha dicho, al momento de suscribir Kyoto ellos habían cumplido largamente los compromisos que adquirirían, lo que generó muy duras críticas.

VI. EL PROTOCOLO DE SEGURIDAD CLIMÁTICA POST KYOTO 2009-2020

Con la claridad que la reducción pactada en Kyoto es insuficiente para controlar el cambio climático, el propio Protocolo estipula que a partir del año 2005 se inicien las negociaciones del segundo período de compromiso de reducciones de emisiones.

El Plan de acción de Bali adoptado en el año 2007 establece la necesidad de adoptar un nuevo

acuerdo internacional para el año 2009 con las siguientes características:

1. Visión común del objetivo mundial a largo plazo para estabilizar las concentraciones de gases.
2. Reducción de emisiones de acuerdo a lo siguiente:
 - Todos los países desarrollados considerando sus circunstancias nacionales asumirá reducciones cuantificables que sean medibles y apropiadas.
 - Acciones nacionales apropiadas de mitigación por parte de los países en desarrollo en el contexto de su desarrollo sostenible, apoyadas y habilitadas por tecnologías, financiamiento y construcción de capacidades, las que serán medibles, reportables y verificables.
 - Incentivos para la reducción de las emisiones derivadas de la deforestación y degradación de los bosques en los países en desarrollo y la función de conservación y gestión.

⁷ YAMADA, Kazuhito. "Estado actual del Mercado de carbono". The Project for Reinforcement of Fundamentals for CDM Projects. Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Agencia de Cooperación Internacional del Japon (JICA). 27 de Febrero de 2007.

La negociación se lleva a cabo bajo dos procesos:

Convención • Mitigación i. Compromisos de países desarrollados ii. Acciones nacionales apropiadas de los países en desarrollo para alcanzar un desarrollo sostenible (incluyendo lo referido a bosques) • Apoyo para lograr la adaptación • Transferencia de tecnología • Aumento de escala de financiamiento	Protocolo de Kyoto • Objetivos de reducción de países (Anexo I) para el • Expansión potencial de los mecanismos de mercado • Aumento en dinero para adaptación • Temas legales

Plan de Acción de Bali (extracto). Decisión 1/CP.13

La Conferencia de las Partes

Decide iniciar un proceso global que permita la aplicación plena, eficaz y sostenida de la Convención mediante una cooperación a largo plazo que comience ahora y se prolongue más allá de 2012, a fin de llegar a una conclusión acordada y de adoptar una decisión en su 15º período de sesiones, abordando, entre otras cosas, los siguientes aspectos:

3. Una visión común de la cooperación a largo plazo, que incluya un objetivo mundial a largo plazo para las reducciones de las emisiones, con el fin de alcanzar el objetivo fundamental de la Convención, de conformidad con sus disposiciones y principios, en particular el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y las respectivas capacidades, y teniendo en cuenta las condiciones sociales y económicas y otros factores pertinentes;
4. La intensificación de la labor nacional e internacional relativa a la mitigación del cambio climático, incluido, entre otras cosas, el examen de:
 - Compromisos o medidas de mitigación mensurables, notificables y verificables adecuados a cada país, incluidos objetivos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones por todas las Partes que son países desarrollados, asegurando la comparabilidad de las actividades entre sí y teniendo en cuenta las diferencias en las circunstancias nacionales;
 - Medidas de mitigación adecuadas a cada país por las Partes que son países en desarrollo en el contexto del desarrollo sostenible, apoyadas y facilitadas por tecnologías, financiación y actividades de fomento de la capacidad, de manera mensurable, notificable y verificable;
 - Enfoques de política e incentivos positivos para las cuestiones relativas a la reducción de las emisiones derivadas de la deforestación y la degradación de los bosques en los países en desarrollo, y la función de la conservación, la gestión sostenible de los bosques y el aumento de las reservas forestales de carbono en los países en desarrollo;
 - Enfoques sectoriales de cooperación y medidas en sectores específicos para mejorar la aplicación del artículo 4, párrafo 1 c), de la Convención;
 - Diversos enfoques, incluidas las oportunidades de utilizar los mercados, para mejorar la eficacia en función de los costos de las medidas de mitigación, y promoverlas, teniendo presentes las diferentes circunstancias de los países desarrollados y en desarrollo;
 - Las consecuencias económicas y sociales de las medidas de respuesta;
 - Las formas de fortalecer la función catalizadora de la Convención en lo que respecta a alentar la labor de los órganos multilaterales, los sectores público y privado y la sociedad civil, aprovechando las sinergias entre las actividades y los procesos, como un medio de apoyar la mitigación de manera coherente e integrada;

5. La intensificación de la labor relativa a la adaptación, incluido, entre otras cosas, el examen de:
 - La cooperación internacional para apoyar la aplicación urgente de medidas de adaptación, entre otras cosas mediante evaluaciones de la vulnerabilidad, el establecimiento de prioridades entre las medidas, evaluaciones de las necesidades financieras, estrategias de respuesta y fomento de la capacidad; la integración de medidas de adaptación en la planificación sectorial y nacional; proyectos y programas específicos; medios de incentivar la aplicación de las medidas de adaptación y otras formas de favorecer un desarrollo resistente al cambio climático y reducir la vulnerabilidad de todas las Partes, teniendo en cuenta las necesidades apremiantes e inmediatas de los países en desarrollo que son particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático, especialmente los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo, y teniendo en cuenta además las necesidades de los países de África afectados por la sequía, la desertificación y las inundaciones;
 - Las estrategias de gestión y reducción de riesgos, incluidos los mecanismos de repartición y transferencia del riesgo, como los seguros;
 - Las estrategias de reducción de desastres y los medios de hacer frente a las pérdidas y los daños asociados a las repercusiones del cambio climático en los países en desarrollo que son particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático;
 - La diversificación económica para aumentar la resiliencia;
 - Las formas de fortalecer la función catalizadora de la Convención en lo que respecta a alentar la labor de los órganos multilaterales, los sectores público y privado y la sociedad civil, aprovechando las sinergias entre las actividades y los procesos, como un medio de apoyar la adaptación de manera coherente e integrada;
6. La intensificación de la labor relativa al desarrollo y la transferencia de tecnología en apoyo de las medidas de mitigación y adaptación, incluido, entre otras cosas, el examen de:
 - Mecanismos eficaces y medios mejorados para suprimir los obstáculos a la ampliación de la labor de desarrollo de tecnologías y su transferencia a las Partes que son países en desarrollo y para proporcionar incentivos financieros y de otra índole con ese fin, al objeto de promover el acceso a tecnologías ecológicamente racionales y asequibles;
 - Las formas de acelerar el despliegue, la difusión y la transferencia de tecnologías ecológicamente racionales y asequibles;
 - La cooperación en la investigación y el desarrollo de tecnologías existentes, nuevas e innovadoras, incluidas soluciones que benefician a todos;
 - La eficacia de los mecanismos e instrumentos para la cooperación tecnológica en sectores específicos;
7. La intensificación de la labor destinada a proporcionar recursos financieros e inversiones en apoyo de las medidas de mitigación y adaptación y de la cooperación tecnológica, incluido, entre otras cosas, el examen de:
 - Un mayor acceso a recursos financieros y a un apoyo financiero y técnico adecuado, previsibles y sostenibles y la provisión de recursos nuevos y adicionales, incluida financiación oficial y en condiciones de favor para las Partes que son países en desarrollo;
 - Incentivos positivos para las Partes que son países en desarrollo a fin de mejorar la aplicación de las estrategias de mitigación y las medidas de adaptación nacionales;
 - Medios innovadores de financiación para ayudar a las Partes que son países en desarrollo particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático a sufragar los costos de la adaptación;
 - Las formas de incentivar la aplicación de medidas de adaptación sobre la base de políticas de desarrollo sostenible;
 - La movilización de fondos e inversiones en los sectores público y privado, incluida la facilitación de opciones de inversión que sean inocuas para el clima;
 - El apoyo financiero y técnico para fomentar la capacidad de evaluar los costos de la adaptación en los países en desarrollo, en particular en los más vulnerables, a fin de ayudarles a determinar sus necesidades financieras (...).

Básicamente existen sólo dos opciones⁸:

A. Escenario conservador

Los gobiernos y corporaciones actúan en el tema de cambio climático pero manteniendo el paradigma de crecimiento económico actual. Se promueve la energía nuclear, el carbón “limpio” y grandes hidroeléctricas que no pueden revertir la tendencia alcista de las emisiones mundiales. Las estructuras económicas y tecnológicas se mantienen. El crecimiento parcial de energías renovables y eficiencia energética son neutralizadas por la creciente demanda en industrias tradicionales y en economías emergentes. El objetivo de 2 °C se pierde desde que no se han tomado los pasos decisivos para reorganizar la producción de energía. No es seguro que se bajen las emisiones después del 2020. No se descarta que la temperatura suba hasta 4 °C.

B. Escenario deseable

Los gobiernos terminan las negociaciones para el régimen *post*-2012 a tiempo. Como precondition, los países industrializados ofrecen una ayuda

sustantiva a las medidas de mitigación en las economías emergentes para permitirles saltar la era de combustibles fósiles en su desarrollo económico. También ofrecen medios financieros adecuados para ayudar a los países más vulnerables a adaptarse al cambio climático. A nivel nacional, los gobiernos y empresas de países industrializados reorganizan los sistemas de energía para permitir sistemas descentralizados de energías renovables. Combinando un drástico crecimiento de la eficiencia energética y la eliminación del carbón, el mundo se las arregla para permanecer debajo de los 2 °C. Aun en este escenario, disrupciones ambientales de gran escala se producen en el mundo, pero se podría evitar la catástrofe global.

El consenso científico mundial es que debe realizarse una reducción de emisiones mínima de -85% a -50% hacia el 2050 de forma que se pueda evitar una elevación de temperatura mayor a 2 °C. Para ello, no se podría contar ni siquiera con los siguientes diez o quince años, el pico máximo de emisiones debería ser para el 2015. A continuación, un resumen del cuadro del IPCC (2007) del Grupo III:

Concentración CO2 equivalente	Elevación temperatura	Año pico	Reducción de emisiones con base al año 2000
445-490 ppmv	2 °C - 2.4 °C	2000-2015	-85% - 50%
490-535 ppmv	2.4 °C - 2.8 °C	2000-2020	-60% - 30%

Estados Unidos ha cambiado de posición y el Presidente Bush ha anunciado en la última reunión del G8 del 2007 su deseo de arribar a un acuerdo con las economías grandes para fines del 2008. Ello implica a Brasil, China, India, México y Sudáfrica. La declaración del G8 ha sido el arribar a una reducción de emisiones del orden de 50% para el 2050, lo que ubica el proceso en el escenario conservador. Esto ha sido ratificado por el discurso del Presidente Bush en Washington en Setiembre del 2007 en ocasión de reunir a las economías grandes para discutir específicamente sobre el nuevo acuerdo de protección del clima.

Ahí se hizo explícita referencia a la necesidad de promover la energía nuclear y el carbón “limpio”, sin mencionar la responsabilidad de los países industrializados para la adaptación al cambio climático.

La posición de la Secretaría de la CMNUCC⁹ a través del discurso de Yvo de Boer es de coincidir en una reducción de 50% para el 2050 respecto a los niveles del 2000 con el objetivo de concentrar los gases a un nivel de 450 ppmv de CO2 equivalente, que corresponda a un aumento de temperatura de 2-2.4 °C. Esto significa un riesgo de 46% y

⁸ Tomado de OTT, Herrman. “Climate Policy Post-2012- A Roadmap”. 2007. No se considera el escenario de la inacción por la presencia de factores importantes (cambio de posición de Estados Unidos, inicio de negociaciones, mayor conciencia pública internacional, etcétera).
⁹ Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático.

85% de exceder los dos grados de temperatura. Esta posición es ambigua ya que nos ubica en el umbral riesgoso de llegar a más de 2 °C (ver cuadro anterior)¹⁰.

VII. EL DEBER DE NO CAUSAR DAÑO A OTROS ESTADOS Y EL CAMBIO CLIMÁTICO COMO DAÑO AMBIENTAL TRANSFRONTERIZO

Como se sabe, existe un nivel de daño por el cambio climático que es inevitable y la curva del daño asciende en relación con la cantidad de concentración de gases en la atmósfera. Asimismo, sin una drástica reducción de emisiones el daño podría ser inmanejable. La mayor parte de este daño ocurrirá en países que son pobres y que han contribuido muy poco a las emisiones de gases. No se trata sólo de la distribución geográfica de los impactos sino también de la vulnerabilidad de las comunidades. Mientras una tormenta en Estados Unidos podría causar grandes daños físicos y monetarios, el sistema económico (incluyendo el Estado y el sistema de seguros) será capaz de afrontar los daños. Esto no existe en los países en desarrollo.

Mientras que el deber de los países industrializados en la Convención de Cambio Climático¹¹ es el de modificar y revertir la tendencia al alza de las emisiones en el mediano y largo plazo, esto **no será suficiente para detener el cambio climático peligroso** y tampoco el Protocolo de Kyoto.

El Derecho Internacional claramente establece desde hace muchas décadas la obligación de minimizar el daño y reducir el riesgo, aplicable al comportamiento de todos los Estados; de esta manera, la Declaración de Estocolmo de 1972 establece lo siguiente:

“De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del Derecho Internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explorar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no

perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional” (el subrayado es nuestro).

Este principio es parte del Derecho consuetudinario internacional y, asimismo, como principio ampliamente aceptado, se encuentra específicamente en el Preámbulo de la Convención (CMNUCC-1992).

Es importante notar que esta obligación de prevenir o minimizar el daño debe realizarse con la debida diligencia/eficiencia. El cumplimiento de esta obligación, según la doctora Verheyen¹², debe medirse a la luz de tres criterios:

1. La oportunidad de actuar;
2. El conocimiento que la actividad ocasiona un impacto transfronterizo; y,
3. La proporcionalidad en la elección de medidas para prevenir el daño o minimizar el riesgo, que esencialmente significa balancear los intereses de los Estados involucrados.

Según la autora, Estados Unidos sería pasible de una demanda internacional por daños. En el caso hipotético que desarrolla, Nepal y Bhutan podrían reclamar una compensación monetaria por el retroceso glaciar para los siguientes efectos:

- Monitorear las lagunas glaciales.
- Efectuar trabajos de ingeniería que prevengan las avalanchas glaciares.
- Bajar el nivel del agua de las lagunas.

La base legal estaría dada por una clara infracción del artículo 4.2 y 2 de la Convención, al haber Estados Unidos aumentado emisiones por 21.1% entre 1990 y el 2000 y por el plan de política anunciado en febrero del 2002, por el que establece el incremento sostenido y recurrente de las emisiones respecto a 1990. El plan denominado *Global Climate Change Policy* en realidad aumentará las emisiones en un 32% sobre los niveles de 1990 en el año 2012¹³.

Los Estados están obligados a tomar medidas adecuadas para evitar y prevenir el daño en el territorio de otros Estados, por lo que los objetivos

¹⁰ Esta ambigüedad posiblemente ayude a la negociación, ya que agotaría todos los argumentos políticos y científicos para establecer la cifra de reducción de largo plazo.

¹¹ Artículo 2 y artículo 4.2.

¹² Ver la excelente tesis doctoral: VERHEYEN, Roda. “Climate Change Damage and International Law”. Martinus and Nijhoff Publishers. 2005.

¹³ Ibid. pp. 279 y siguientes.

de reducción de emisiones para el periodo *post* Kyoto no son voluntarios sino **obligatorios**.

De igual importancia es el hecho que mientras la Convención otorga a los países en desarrollo el derecho a reclamar apoyo financiero para sus obligaciones dentro de la Convención, así como la adaptación al cambio climático, este compromiso financiero no cubre la **reparación del daño residual**.

En suma, lo recomendable sería que:

- La negociación del nuevo acuerdo incluya la compensación por daños residuales de forma que se evite una demanda internacional que no resuelve el problema.
- Asegurar una justa distribución de la carga entre los mayores emisores para la prevención y costos de restauración.
- Cooperar efectivamente con los instrumentos de ayuda humanitaria existentes.
- Cubrir todas las categorías de daño (incluyendo las ecológicas).
- Hacer el financiamiento predecible y transparente.
- Asegurar la distribución de la adaptación y restauración a las regiones afectadas, comunidades e individuos.

VIII. LO AVANZADO EN PERÚ

Desde la ratificación por el Perú de la Convención de Cambio Climático en 1993 y el Protocolo de Kyoto en el 2002, los más importantes avances de forma resumida son los siguientes:

1. La elaboración de la primera comunicación nacional del Perú a Naciones Unidas que contiene los primeros estudios sobre cambio climático en el Perú, que incluyen el retroceso glaciar así como el primer inventario de gases de efecto invernadero en el Perú discutidos y aprobados en el Consejo de Ministros;
2. La aprobación de la estrategia nacional de cambio climático (2003), así como las disposiciones de la Ley de regionalización, que obliga a los Gobiernos Regionales a aprobar una estrategia regional de cambio climático;

3. La cartera de proyectos de disminución de emisiones con el mecanismo de desarrollo limpio;
4. El procedimiento ISO para aprobación de proyectos de MDL y estrategia nacional para promover el MDL en el Perú;
5. La implementación de la estrategia nacional de cambio climático y fortalecimiento de capacidades institucionales con el proyecto PROCLIM, financiado por el Gobierno de Holanda que produce escenarios climáticos al 2050 y estudios de cuenca detallados en Piura y Mantaro, así como el segundo inventario nacional de gases de efecto invernadero, conteniendo también los contaminantes locales del aire, entre otras actividades;
6. La elaboración de una agenda de investigación científica sobre cambio climático y calidad del aire que contiene más de 100 preguntas que deben ser respondidas por la comunidad de investigación en el Perú;
7. La elaboración del primer mapa de zonas más vulnerables al cambio climático desde el punto de vista físico y social;
8. La formulación y aprobación del proyecto regional GEF sobre retroceso glaciar a ejecutarse en Bolivia, Ecuador y Perú;
9. La formulación y aprobación del proyecto GEF para la segunda comunicación nacional del Perú a Naciones Unidas;
10. La propuesta de Programa Nacional de Calidad del Aire y Cambio Climático; y,
11. La Ley 28694, que introduce el concepto de índice de nocividad de combustibles para reestructurar los tributos a combustibles según su grado de afectación a la salud y el ambiente. Esto deberá aplicarse entre el 2008 y el 2016; asimismo, deberá desulfurizarse el combustible diesel a niveles de 50 ppm a partir del año 2010, lo que implica la renovación tecnológica de las refinerías.

Una mención especial merece las actividades de difusión realizadas para una mayor comprensión del cambio climático en el Perú, que incluye publicaciones y videos desde 1999. Se realizaron también con el PROCLIM, campañas de difusión y conciencia en Piura y Junín. Asimismo, se dio amplia publicidad a la película "La verdad incómoda" de Al Gore.

LOS RESIDUOS SÓLIDOS NUEVAMENTE EN LA MIRA

Ada Alegre Chang*

Los residuos sólidos, y su tratamiento significan probablemente uno de los mayores problemas de la industria hoy en día por lo que no falta regulación al respecto. En este sentido, ¿qué cambios establecen la Ley 27314 y el Decreto Legislativo 1065 respecto a su gestión? ¿Cuáles son las medidas que pueden llevar a un manejo eficiente de residuos sólidos?

En el presente artículo la autora señala los aciertos y desaciertos de la legislación actual y recalca la importancia de un nuevo Reglamento que haga posible concretizar las metas fijadas.

* Abogada con estudios de Derecho y Postgrado en Derecho Internacional Económico, realizados en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fundadora de Ada Alegre Consultores S.A.C. Profesora contratada de la PUCP del curso Manejo y Gestión de la Calidad Ambiental.

La Ley 27314, Ley General de Residuos Sólidos del año 2000, constituyó un hito importantísimo para la gestión de los residuos sólidos en el Perú, marcando un punto de quiebre en lo referente a la formalización del manejo de los residuos sólidos. Si bien hay muchos retos por delante antes de lograr la efectiva aplicación de los distintos mandatos de la Ley, cabe precisar que a partir de su publicación, se empezó a forjar lo que muchos reconocen como el Sector de Residuos Sólidos¹, es decir, un ámbito de gestión con características particulares, que lo diferencian del resto de actuaciones de la gestión pública.

No obstante, habiendo transcurrido casi ocho años desde su publicación, la Ley 27314 ha sido recientemente modificada por el Decreto Legislativo 1065². Los cambios y precisiones efectuados son varios por lo que se deberá expedir un Texto Único Ordenado de esta ley, a fin de facilitar su aplicación³.

¿Por qué se ha modificado la Ley 27314? ¿Hacia dónde vamos en materia de residuos sólidos? Lo que se ha buscado con la modificatoria de la Ley 27314, es dar un segundo impulso a la gestión de los residuos sólidos en el país, para dinamizarla y actualizarla a la luz de los cambios institucionales, legales y técnicos que se han producido en los últimos ocho años y de las necesidades aún latentes en materia de los residuos municipales y los no municipales. De esta manera, es importante aprovechar esta modificación de la Ley para afianzar y dinamizar el manejo integral y responsable de los residuos sólidos, bajo un enfoque selectivo, en función a los distintos tipos de residuos existentes; y, para consolidar buenas prácticas de manejo, promover la construcción de infraestructura y dar pasos más acelerados para lograr la universalidad y eficiencia en los servicios asociados a la recolección y manejo de los residuos domiciliarios y la limpieza pública.

Así, a continuación se hace una revisión de los principales aspectos de la gestión y manejo de los residuos sólidos que están relacionados con la modificación efectuada a la Ley General de Resi-

duos Sólidos, mediante el Decreto Legislativo 1065 y con la próxima expedición de un nuevo Reglamento de esta importante Ley.

I. CICLO DE VIDA Y GESTIÓN INTEGRAL

La Ley 27314 estableció lineamientos de política claros en relación al ámbito de la gestión de los residuos sólidos, resaltando que éste comprende todas las etapas de su manejo desde la generación hasta la disposición final de los mismos, enfatizando, a diferencia de las normas legales previas, que el manejo integral empieza no desde el almacenamiento adecuado de los residuos generados, sino desde el control en la fuente de generación de los residuos, para minimizar sus volúmenes, así como sus características de peligrosidad. Es decir, tienen el fin claro de promover la generación de una menor cantidad de residuos y también una menor cantidad de residuos peligrosos.

¿Cuál es el objetivo del manejo integral? Desde un enfoque clásico, podríamos señalar que el manejo o la gestión integral busca asegurar un buen manejo de los residuos sólidos en todas las etapas que éste comprende.

Desde un enfoque más amplio, la gestión integral se orienta a reducir los costos directos e indirectos del sistema, a través del manejo de una menor cantidad de residuos. Costos directos, como los asociados a sufragar todos los servicios vinculados al almacenamiento de los residuos (contenedores, instalaciones para el almacenamiento intermedio y central), registros internos, recolección, transporte en unidades acondicionadas y registradas en el caso de los residuos peligrosos, tratamiento, disposición final en instalaciones adecuadas, declaraciones, costos laborales, entre otros. Y también costos indirectos, como el impacto y riesgos ambientales y sanitarios asociados al manejo de los residuos sólidos, a su traslado y a las instalaciones que se utilizan para este fin, dado que a mayor cantidad de residuos circulando y a mayor cantidad de vehículos e instalaciones, mayores serán las posibilidades de generar impactos

¹ "Análisis Sectorial de Residuos Sólidos". OPS-DIGESA. Lima. 1998.

² Publicado el 28 de junio de 2008 en el marco de las facultades delegadas al Poder Ejecutivo mediante Ley 29157, del 20 de diciembre de 2007, para facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y su Protocolo de Enmienda.

³ Decreto Legislativo 1065, artículo 8. Debe tenerse en cuenta que el Decreto Legislativo 1065 dispone las siguientes modificaciones:

- Modifica los artículos 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 16, 19, 27, 28 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 44, 48, 49 y 50.

- Modifica la denominación del Capítulo III del Título II y del Título IV.

- Modifica las Disposiciones Complementarias Cuarta, Quinta, Sexta, Séptima y Décimo Primera.

- Agrega las Disposiciones Complementarias Octava, Décimo Primera, Décimo Quinta y Décimo Sexta de la Ley 27314, Ley General de Residuos Sólidos.

sobre el entorno circundante, de producir efectos toxicológicos sobre la salud de las personas expuestas y mayores serán los focos de riesgos, pues serán más los agentes contaminantes, las vías de exposición y los posibles agentes receptores.

La modificatoria de la Ley 27314 amplía todavía más el alcance de lo que comprende el manejo o la gestión integral, incidiendo en la minimización de residuos sólidos en todo el ciclo de vida de los bienes y servicios de los cuales se generan y en la responsabilidad extendida de las empresas que producen, importan y comercializan bienes de consumo masivo, y que consecuentemente, contribuyen a la generación de residuos en una cantidad importante o de residuos con características de peligrosidad.

Este giro de la Ley 27314 propicia un enfoque más comprehensivo en la gestión de los residuos sólidos, pues la atención no esta puesta exclusivamente en la prevención de impactos y la minimización de los residuos, sino que implica la evaluación previa del propio ciclo de los bienes y servicios que son generadores de residuos sólidos, a efectos de rediseñarlos o de introducir mejoras en los procesos, prácticas y tecnologías de producción, para obtener bienes y servicios con características similares o mejores, pero con menores índices de generación de residuos sólidos.

Este nuevo enfoque está asociado a las metodologías que se conocen como el Análisis del Ciclo de Vida, la Valoración del Ciclo de Vida y el Análisis del Costo del Ciclo de Vida, las cuales en esencia tienen como objetivo minimizar los impactos ambientales del producto, tecnologías, materiales, procesos, sistemas industriales, actividades o servicios⁴.

Ello, además, es congruente con las políticas de mejora continua que han sido promovidas por los sistemas de gestión ambiental y que están también reconocidas en la propia Ley General del Ambiente del año 2005⁵, así como en el enfoque de producción limpia que también es promovido por esta Ley, al señalar que las medidas de producción limpia que puede adoptar el titular de operaciones incluyen, según sean aplicables, el control de inventarios y del flujo de materias primas e insumos, así como la sustitución de éstos; la revisión,

mantenimiento y sustitución de equipos y la tecnología aplicada; el control o sustitución de combustibles y otras fuentes energéticas; la reingeniería de procesos, métodos y prácticas de producción; y la reestructuración o rediseño de los bienes y servicios que brinda, entre otras⁶.

En la práctica, este nuevo lineamiento de política de la Ley General de Residuos Sólidos deberá conducir a las autoridades ambientales competentes, a ampliar el ámbito de la evaluación de los Estudios Ambientales, a efectos de verificar no sólo la adecuada segregación de los residuos en la fuente de generación y la adopción de buenas practicas de manejo hasta su disposición final, sino además, comprobar si es posible reducir los residuos sólidos en todo el ciclo de producción, incluyendo las etapas de producción o adquisición de las materias primas e insumos.

Por otro lado, en lo que concierne a la responsabilidad extendida de las empresas que producen, importan y comercializan bienes de consumo masivo, la modificatoria de la Ley 27314 está vinculada a la aplicación del principio de internalización de costos reconocido en el artículo VIII del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, en el entendido que el manejo de la gran cantidad de residuos no peligrosos y peligrosos que se derivan de ciertos bienes de consumo masivo, encarece significativamente el sistema de manejo de residuos sólidos y debería ser asumido por lo menos, financieramente, por las empresas que los producen.

Este nuevo lineamiento de la Ley es consecuencia además, de la contrastante capacidad financiera de las empresas que generan dichos bienes con la reducida capacidad de las municipalidades que son las entidades que tienen a su cargo los servicios de recolección y manejo de los residuos domiciliarios o municipales, entre los que se suelen confundir los residuos de dichos bienes de consumo masivo. Ello además, sin que haya una consideración o valoración de esta situación que incida de manera importante en el costo de los servicios municipales, agravando la situación financiera de los mismos, la cual ha sido tradicionalmente deficitaria y presenta una brecha de financiamiento que se agrandó notablemente desde el año 1992 cuando, mediante la Ley 25988,

⁴ EPSTEIN, Marc J. "El Desempeño Ambiental en la Empresa". Bogota: ECOE Ediciones. 2003. p. 35.

⁵ Ley 28611, artículo 76.

⁶ Ibid, artículo 77.

se restringió la posibilidad de cobrar los arbitrios de limpieza pública a través de los recibos de otros servicios públicos, como el de electricidad.

De esta manera, se busca que quien produce, importa y comercializa bienes de consumo masivo y genera cantidades significativas de residuos sólidos, como las bebidas gaseosas y las pilas o baterías, internalice en los costos del producto también el costo del manejo de los residuos que estos bienes generan y no sólo los de las materias primas, insumos o sus factores de producción. Se busca transparentar el precio real de estos productos y establecer condiciones para viabilizar financieramente los servicios municipales de residuos sólidos. De otro modo, se genera una distorsión importante, porque se abaratan los precios de estos bienes, pero se encarecen los servicios de recolección, tratamiento, reaprovechamiento o disposición final de los residuos asociados a ellos, en perjuicio de la población que sufre las consecuencias del mal manejo de los servicios.

II. MAYOR ÉNFASIS EN EL REAPROVECHAMIENTO

El Decreto Legislativo 1065 equilibra mejor la Ley General de Residuos Sólidos al promover de manera más explícita el aprovechamiento de los residuos sólidos y no sólo su adecuada disposición final. De esta manera, se busca dotar de mayor eficiencia al sistema, abaratando el manejo de los residuos sólidos, toda vez que con el reaprovechamiento son menos los residuos que irán a un relleno sanitario o a otra infraestructura de disposición final, y, además, generar nuevas fuentes de empleo e ingresos. Los residuos no deben ser vistos sólo como un problema, sino como una oportunidad, incluso cuando también es importante tener en cuenta que el reaprovechamiento no es un fin en sí mismo y es además, una medida complementaria dentro de una estrategia integral de gestión de los residuos sólidos. De hecho, hay quienes sopesan también el propio esfuerzo y consumo de la energía relacionado con la recolección y el propio tratamiento de los residuos a reciclar⁷.

Tomando en cuenta las implicancias, beneficios y limitaciones del reaprovechamiento, el Decreto

Legislativo 1065 dispone que las Municipalidades Provinciales deben implementar progresivamente programas de segregación en la fuente y de recolección selectiva de los residuos sólidos en todo el ámbito de su jurisdicción, a fin de facilitar y abaratar los costos del reaprovechamiento. Con la segregación o clasificación de los residuos en la fuente (los domicilios, entidades o empresas que los generan), y la recolección selectiva por tipos de residuos, se asegura no sólo un mejor reaprovechamiento, sino también, una disposición final más eficiente de los residuos, porque al estar clasificados, pueden ser manejados de una manera diferenciada y adecuada en función de su propia composición. Estos programas también deben incluir la progresiva formalización de los segregadores de residuos sólidos, pues son un sector social muy expuesto y carente de todo sistema de asistencia pública, de derechos laborales o de cuidados sanitarios.

El reaprovechamiento, sin embargo, requerirá de mayores precisiones, tanto en el nuevo Reglamento a emitirse como en las disposiciones específicas que dicten las autoridades sectoriales, regionales y municipales para este efecto, promovándose no sólo la formalización de las personas y entidades que se dedican a esta actividad y el incremento de los índices de reaprovechamiento o de nuevos actores, sino también mejores prácticas de reaprovechamiento con el debido cuidado de la salud de los operadores y de la calidad ambiental.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que en el propio Plan Nacional de Gestión Integral de Residuos Sólidos se reconoce que en materia de reaprovechamiento de residuos tenemos todo un campo de oportunidades por explotar, con condiciones que deben ser mejoradas: "El reciclaje alcanza al 14.7% de los residuos sólidos generados en el ámbito municipal y representa 1 908.98 toneladas diarias. Este reciclaje se desarrolla a nivel domiciliario, durante la recolección y en la disposición final. Antes de la recolección, principalmente a nivel peridomiciliario, se estima un reciclaje del 6.7%, es decir, 870.08 toneladas diarias. Durante la recolección se recicla el 7.4% o 960.98 toneladas diarias y en la disposición final se estima un reciclaje del 0.6% o 77.92 toneladas

⁷ "Typically, recycling is used to reduce raw material consumption, and in many cases also energy consumption. It must be borne in mind, however, that it is a means to an end, not an end in itself. Rigidly set recycling targets may not produce the greatest environmental benefits. Environmental benefit (e.g. reduction in energy consumption) does not increase linearly with recycling rates (Bousted, 1992). At high levels of recovery, proportionately more energy is needed to collect used materials from diffuse sources, so there is little, if any, environmental gain". WHITE, P.R. y otros. "Integrated Solid Waste Management. A Lifecycle Inventory". Aspen Publishers, Inc. 1999. p. 8.

diarias. El principal rubro del reciclaje lo constituye el uso de materia orgánica para la crianza clandestina de cerdos. El 60% del reciclaje corresponde a residuos orgánicos putrescibles y el 40% restante corresponde principalmente a papeles, plásticos y metales, alcanzando mayor eficiencia el reciclaje de metales. Desde el punto de vista social, sanitario y ambiental esta actividad se desarrolla de una manera marginal, en condiciones infrahumanas y con altos niveles de riesgo para la salud de los segregadores”⁸.

Como vemos, el reaprovechamiento no es una práctica ajena a nosotros. Todo lo contrario, pero no sólo tenemos un reciclaje informal. Desde la publicación de la Ley General de Residuos Sólidos se han gestado diversas iniciativas de diversas ONG, empresas privadas y entidades del Estado, para el reaprovechamiento de residuos sólidos. Tal es el caso por ejemplo, de las Bolsas de Residuos⁹ y de las empresas dedicadas al reciclaje de chatarra, fierro, perfiles de aluminio, cobre grueso y delgado, bronce, plomo, antimonio, zinc, baterías, cartón, papel, plástico, vidrio, placas radiográficas, cartuchos de tintas, entre otros, que están a cargo de empresas de variados tamaños. De hecho, durante la elaboración de la Guía Nacional para la Implementación de Bolsas de Residuos (2004), se identificaron alrededor de 250 empresas dedicadas a la comercialización de residuos sólidos¹⁰, y a la fecha, hay 579 empresas que han formalizado ya su trabajo, a través de su inscripción en el Registro de Empresas Comercializadoras de Residuos Sólidos (en adelante, “EC-RS”), que administra la Dirección General de Salud Ambiental (en adelante, “DIGESA”).

Al respecto, un aspecto importante que deberá tomarse en cuenta en el nuevo Reglamento de la Ley 27314, modificada por el Decreto Legislativo 1065, es la apertura de un registro especial para entidades con fines no lucrativos que se dedican a la comercialización de residuos sólidos, dado que se ha extendido bastante la práctica de recuperación de residuos de papel, cartón, vidrios y otros, por parte de algunas ONG, que incluso los recolectan de grandes empresas, para entregarlos como materia prima para otras empresas, que a

cambio brindan recursos o bienes que son canalizados para obras o fines de interés social.

Este fin altruista, bueno para todos, sin embargo, colisiona con algunas formalidades del marco normativo actual, porque la ONG que propicia el enlace –a manera de bolsa de residuos– entre el generador y el adquirente de los residuos no los puede recolectar y transportar directamente, dado que se ha previsto que esta operación sólo puede estar a cargo de una EC-RS o de una Empresa Prestadora de Servicios de Residuos Sólidos (en adelante, “EPS-RS”), lo cual implicaría la obligación de la ONG de constituirse como empresa –lo cual contravendría su carácter no lucrativo– o de constituir al menos, un brazo empresarial, hecho que desvirtúa el propósito de este tipo de proyectos y que además encarecería los costos de transacción, haciendo que estos proyectos se vuelvan inviables. Ciertamente, este registro especial, con menos requerimientos que el de una EC-RS, debería estar limitado al ámbito de los residuos no peligrosos, para evitar el relajamiento de controles que sí son necesarios para la manipulación y traslado de residuos que pueden ser tóxicos, reactivos, inflamables, u otros con características de peligrosidad.

Por otro lado, también será importante considerar en el Reglamento, medidas para promover y controlar el reaprovechamiento de ciertos residuos que empiezan a cobrar mucho mayor valor en el mercado, como son los residuos electrónicos, que incluso son objeto de importación y exportación en la actualidad, en algunos casos de manera directa, y en otros no tan claros, de manera encubierta, como la importación de computadoras usadas con un tiempo de vida tan limitado, que en el corto plazo terminan generando la necesidad de llevarlas a disposición final. Al respecto, también habrá que precisar mejor los alcances de los procedimientos asociados al Convenio de Basilea sobre el Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos, dado que los Estados Unidos de Norteamérica, país con el cual hemos suscrito el Tratado de Libre Comercio, no lo ha ratificado, y el Convenio establece claras restricciones respecto del comercio entre un país que es parte y otros que no lo hayan ratificado.

⁸ “Plan Nacional de Gestión Integral de Residuos Sólidos”. Lima: CONAM. 2005. p. 18.

⁹ Las Bolsas de Residuos son definidas como “un centro de información que tiene el propósito de fomentar la transacción y posibilitar la valorización de los residuos que pueden ser reaprovechados por quienes los requieran como materia prima o insumo y, opcionalmente, brindar información sobre servicios ambientales (CONAM. Guía Nacional para la Implementación de Bolsas de Residuos. Lima, 2004. p. 8). Una de las más conocidas en el Perú es la Bolsa de Residuos de la ONG IPES-Promoción del Desarrollo Sostenible: www.bolsaderesiduos.org.pe.

¹⁰ “Guía Nacional para la Implementación de Bolsas de Residuos”. Lima: CONAM. 2004. p. 34.

III. CAMBIO EN LA EVALUACIÓN DE LOS ESTUDIOS DE INFRAESTRUCTURA

El Decreto Supremo 057-2004-PCM, actual Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos, dispuso que para construir un relleno sanitario u otra infraestructura similar al interior de un área productiva o concesión, se debe contar con la autorización de la autoridad competente previa opinión favorable de la DIGESA. En la práctica ello implica que antes que la autoridad competente apruebe el respectivo Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, "EIA")¹¹, se debería cumplir con el requisito de obtener dicha opinión previa favorable, constituyendo éste un requisito legal de cumplimiento obligatorio, que incluso puede afectar la validez de la resolución que aprueba el EIA, cuando no es cumplido. Además se indica que si dicha infraestructura se localiza fuera del área productiva o de la concesión, el EIA correspondiente, debe ser aprobado directamente por la DIGESA, incluso cuando el titular ya contara con el EIA de todo su proyecto, aprobado por su respectiva autoridad sectorial competente (Ministerio de Energía y Minas, Instituto Nacional de Recursos Naturales, Ministerio de Transportes y Comunicaciones, entre otros).

Esta opinión previa favorable de la DIGESA, ha venido causando en la práctica, más problemas que aporte, debido a que casi todos los proyectos ubicados en zonas rurales tendrían que contar con ella, lo cual es inviable en los hechos, porque dilataría más aún el periodo de evaluación de los EIA, recargaría la labor de la autoridad sectorial competente y la de la DIGESA, y además, no resultaría necesaria al haber otros mecanismos que aseguren el buen diseño, construcción y operación de la infraestructura de residuos sólidos.

Conforme a ello, el Decreto Legislativo 1065 ha precisado mejor el alcance de las competencias de las agencias del Estado, en esta materia. Así, se ha dispuesto lo siguiente:

A. Evaluación de infraestructura de residuos sólidos no municipales al interior de instalaciones industriales o productivas, áreas de la concesión o lote del titular del proyecto, servicios de saneamiento o de instalaciones especiales

Se indica que la gestión y manejo de los residuos sólidos generados durante la operación de estos tipos de infraestructuras o de las actividades asociadas a ellas, son normados, evaluados, fiscalizados y sancionados por los ministerios u organismos reguladores o de fiscalización correspondientes, aún cuando la DIGESA y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, "OEFA") del Ministerio del Ambiente, mantienen sus competencias de vigilancia y coordinación.

En este sentido, se ha precisado que la infraestructura de residuos que se localiza al interior de estas áreas o instalaciones debe ser evaluada por el sector competente, de acuerdo a sus respectivas normas, lo cual implica que la evaluación de este tipo de infraestructuras deberá ser parte del EIA del proyecto al cual pertenecen, siendo evaluada y aprobada como parte de éste, sin el requisito de contar con la previa opinión favorable de la DIGESA. Ello simplifica el procedimiento de aprobación de los proyectos de inversión y transfiere la responsabilidad de evaluar el EIA y el proyecto de infraestructura (ingeniería básica y de detalle) al sector a cargo de la actividad del titular del proyecto, lo cual implica que sea éste quien deberá evaluar los posibles impactos ambientales (con el EIA) e incluso la ingeniería del proyecto de infraestructura (como parte del EIA o antes de su construcción).

No obstante, como se ha indicado, esta transferencia de responsabilidad deja a salvo las funciones técnico normativas y de vigilancia que ejercen la DIGESA y el OEFA del Ministerio del Ambiente, lo cual propicia un enfoque ágil, técnico e integrado de la gestión de los residuos sólidos, en los diversos sectores socioeconómicos del país.

B. Evaluación de infraestructura de residuos sólidos no municipales localizada fuera de instalaciones industriales o productivas, áreas de la concesión o lote del titular del proyecto, servicios de saneamiento o de instalaciones especiales

Para este tipo de infraestructuras a cargo del titular de las actividades generadoras de los residuos, se ha dispuesto que el EIA o el Estudio Ambiental correspondiente, también será aprobado por el sector al que pertenece el titular del proyecto, aun

cuando en este caso sí se requerirá la opinión previa favorable de la DIGESA y la aprobación del proyecto antes de su construcción (ingeniería de detalle) también por la DIGESA, sin perjuicio de las competencias municipales en materia de zonificación. En este caso, la participación más activa de la DIGESA presume una posible afectación del interés público o de terceros, que pudieran residir o realizar sus actividades socioeconómicas en el lugar de localización de la infraestructura de residuos o en su área de influencia.

De esta manera, el Decreto Legislativo 1065 acota el requerimiento de la opinión previa favorable de la DIGESA, a los casos en que el titular de un proyecto de inversión maneje infraestructura de residuos fuera de sus instalaciones productivas, concesión o similares.

Distinto es el régimen legal cuando este tipo de infraestructuras es administrado por una EPS-RS y no por el titular de la actividad que genera los residuos. En este caso, DIGESA asume plenamente el rol evaluador y está a cargo de la aprobación del Estudio Ambiental y también del propio proyecto de infraestructura, antes de su construcción.

C. Evaluación de infraestructura de residuos sólidos municipales

En cuanto a las infraestructuras de residuos sólidos del ámbito municipal, la modificación introducida por el Decreto Legislativo 1065 establece que estas infraestructuras serán aprobadas por la Municipalidad Provincial correspondiente, previa aprobación del respectivo Estudio Ambiental y la opinión técnica favorable del proyecto de infraestructura, emitida por la DIGESA.

El rol del Ministerio de Salud en este caso, complementa el de las municipalidades, dado que la mayor parte de ellas carece de técnicos especializados para efectuar esta evaluación técnica y da transparencia al proceso de construcción de infraestructura de residuos, dado que se requiere la evaluación técnica previa de una entidad especializada, lo cual además, elimina posibles conflictos de intereses.

No obstante, este control debe ir de la mano con medidas de promoción y priorización política, para

cubrir la tremenda brecha de infraestructura de residuos sólidos que tenemos en el país. De hecho, todavía son contados con los dedos de la mano los rellenos sanitarios y plantas de transferencia oficialmente autorizados, y hay muchas ciudades del país que siguen descargando los residuos recolectados en las viviendas, directamente a los ríos o en botaderos que proliferan sin ninguna planificación, ni control.

Debe tenerse en cuenta que como resultado de la Encuesta Nacional de la Evaluación Regional de los Servicios de Manejo de Residuos 2002, promovida por la Organización Panamericana de la Salud, se determinó que: "La cobertura de los servicios es aún baja, del 100% de residuos sólidos municipales generados se dispone en rellenos sanitarios el 19.7% y en botaderos controlados el 46%, se recicla el 14.7% y se vierte al ambiente el 19.6%. La cobertura de recolección de residuos sólidos municipales alcanza al 73.7%. Sólo el 65.7% de residuos generados a nivel municipal reciben alguna forma de disposición final, es decir 8 531.95 toneladas diarias, de las cuales el 30%, 2 559.58 se disponen en rellenos sanitarios mientras que el otro 70%, 5 972.37 se disponen en botaderos con un control precario"¹².

IV. PRECISIÓN DE OBLIGACIONES A CARGO DEL GENERADOR

El Decreto Legislativo 1065 precisa las obligaciones que están a cargo de los generadores de residuos sólidos del ámbito no municipal, es decir, de las industrias y otros agentes que generan residuos sólidos distintos de los municipales. Estas precisiones tienen como propósito organizar y hacer explícitas las obligaciones de los titulares de los proyectos para mejorar su entendimiento y niveles de cumplimiento. De esta manera, se precisan las siguientes obligaciones¹³:

- Manejar los residuos generados de acuerdo a criterios técnicos apropiados a la naturaleza de cada tipo de residuo, diferenciando los peligrosos de los no peligrosos.
De esta manera, los generadores están obligados a caracterizar sus residuos e identificar los distintos tipos de materiales que los componen para darles un manejo apropiado a su naturaleza en todas las etapas de su manejo.

¹² "Plan Nacional de Gestión Integral de Residuos Sólidos". CONAM. 2005. p. 18.

¹³ Ley 27314, Ley General de Residuos Sólidos, artículo 16, modificado por el Decreto Legislativo 1065, artículo 1.

- Contar con áreas o instalaciones apropiadas para el acopio y almacenamiento de los residuos, en condiciones tales que eviten la contaminación del lugar o la exposición de su personal o terceros, a riesgos relacionados con su salud y seguridad.

Con ello se prioriza la protección de la salud y seguridad del personal que se involucra directamente en el manejo de los residuos sólidos, estableciendo una obligación expresa para el generador, de acondicionar sus instalaciones de almacenamiento intermedio y central, de manera que se minimicen los riesgos y daños a la salud de las personas o al ambiente.

- El reaprovechamiento de los residuos cuando sea factible o necesario de acuerdo a la legislación vigente, a fin de optimizar y hacer más eficiente la gestión de los residuos.

En concordancia con la tendencia de esta norma se promueve el reaprovechamiento de los residuos cuando sea factible, con el fin de abaratar el manejo de los residuos sólidos, cuando ello resulte conveniente. Se debe considerar además, que en concordancia con la misma norma, este reaprovechamiento tendrá también como límite el no generar mayores riesgos para la salud y el medio ambiente.

- El tratamiento y la adecuada disposición final de los residuos que genere.

Esta obligación implica una obligación para el generador de adoptar medidas de tratamiento y disposición final, ya que aun cuando la disposición final sea la última opción, siempre habrá un remanente de residuos generados que deberá ser debidamente manejado.

- Conducir un registro sobre la generación y manejo de los residuos sólidos en las instalaciones bajo su responsabilidad.

De esta manera, se propicia que el propio generador formalice las condiciones de manejo interno de los residuos y sea consciente de la gestión que está realizando, a través de un control más preciso de los mismos. Esto además, facilitará la propia fiscalización a cargo del Estado.

- El cumplimiento de las demás obligaciones sobre residuos, establecidas en las normas reglamentarias y complementarias de la ley.

Un punto adicional e importante resaltado en la norma, es que el generador de residuos no se exime de responsabilidad por el hecho de contratar a un tercero para manejar los residuos sólidos. Se dispone que el generador conserva la responsabilidad de verificar la vigencia y alcance de la autorización otorgada a la empresa contratada y de contar con documentación que acredite el ade-

cuado tratamiento o disposición final de los residuos entregados a la EPS-RS.

V. DECLARACIÓN, PLAN DE MANEJO Y MANIFIESTO DE RESIDUOS

La Ley 27314, Ley General de Residuos Sólidos, ya establecía que los instrumentos de información y manejo en materia de residuos sólidos son la Declaración de Manejo de Residuos Sólidos, el Manifiesto de Residuos Sólidos Peligrosos y el Plan de Manejo de Residuos Sólidos.

Al respecto, el Decreto Legislativo 1065 precisa el alcance de los instrumentos descritos en el párrafo anterior, indicando que la presentación de los mismos se efectuará en formato digital. Esta medida tiene por objeto facilitar el manejo de esta información y lograr una efectiva sistematización de los datos contenidos en ellos, a fin de facilitar su fiscalización y poder hacer uso de la información generada.

Sin embargo, se requieren precisiones adicionales sobre estos instrumentos, por lo que se ha hecho una remisión explícita a su regulación a través de la vía reglamentaria. Una de las precisiones necesarias, recae sobre el Plan de Manejo de Residuos Sólidos, debido a que el manejo ambiental de las empresas es muy heterogéneo, según el Sector al que pertenezcan. Algunas cuentan con Estudios Ambientales aprobados que ya incorporan en su Plan de Manejo Ambiental las medidas correspondientes al manejo de los residuos cuya periodicidad es anual, pero cuyas obligaciones y contenido no varían cada año, por lo cual esta periodicidad resulta innecesaria, debiendo preverse un régimen diferente que regule mejor esta obligación. A ello se suma el hecho de que a muchas empresas se les ha aprobado este Plan como parte de sus EIA u otros estudios ambientales, sujetos a una serie de etapas, dentro de ellas, la participación ciudadana. De esta manera, no resultaría apropiado que una empresa pueda modificar indirectamente su estudio ambiental, con la simple presentación del Plan de Manejo de Residuos Sólidos pasando por alto todas las etapas que se siguen para otras modificaciones de estudios ambientales.

Por otro lado, la norma delimita expresamente el ámbito de aplicación del Manifiesto, a cada operación de traslado de residuos peligrosos fuera de instalaciones industriales, concesiones de extracción o aprovechamiento de recursos naturales y similares. Conforme a ello, excluye a las operaciones de transporte realizadas al interior de las áreas antes indicadas.

Se precisa además, que tanto el generador como la empresa prestadora de servicios de residuos sólidos y las empresas comercializadoras de éstos involucradas en el manejo de los residuos sólidos peligrosos, están obligados a suscribir el Manifiesto de Manejo de Residuos Sólidos Peligrosos, el cual luego será remitido a la autoridad a cargo de la fiscalización correspondiente a su Sector, para que sobre la base de lo indicado en el Manifiesto, contraste la información sobre el manejo de los residuos, que ha sido declarada por el generador.

Por otro lado, a diferencia de lo señalado en el texto original de la Ley 27314, se considera adicionalmente como operador del manejo de residuos sólidos, a las municipalidades que prestan este servicio directamente, en función de la atribución establecida en el artículo 80 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

Un aspecto importante, es la necesidad de actualizar los formatos de la Declaración de Manejo de Residuos Sólidos y del Manifiesto¹⁴. Estos formularios han venido siendo utilizados por los generadores de las diversas actividades sectoriales, sin haberse previsto el reporte de datos específicos propios de cada industria o actividad, lo cual limita el alcance de la información que es obtenida a través de estos instrumentos, dificultando su fiscalización. Conforme a ello, es importante que a través del nuevo Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos, se faculte a las autoridades sectoriales, organismos reguladores, gobiernos regionales y municipalidades, a emitir normas complementarias para el efectivo cumplimiento de sus funciones, dándoles la potestad de adecuar los formularios de acuerdo a la naturaleza de las empresas o actividades, bajo su competencia.

Algunos datos relevantes que podrían ser considerados son por ejemplo:

- En los datos generales, variar la referencia a "Departamento" por la de "Región"; y al "D.N.I./L.E." por "Documento de Identidad", para comprender otros instrumentos como el Carné de Extranjería para el caso de representantes legales o ingenieros que no sean peruanos. Adicionalmente, se deberían incluir otras referencias como el correo electrónico y/o telefax de los representantes legales, ingenieros responsables y choferes.

- Detallar la fuente de generación como instalación o unidad generadora, así como las instalaciones de almacenamiento intermedio y central. De esta manera se podrá identificar de qué parte de la planta del generador se produce el residuo y en qué cantidad, así como cuál es su flujo interno, para contrastarlo con las declaraciones y el destino final de los mismos.
- Describir los procesos de segregación en la fuente, minimización y reaprovechamiento en la Declaración Anual, para verificar su correspondencia con el Plan de Manejo de Residuos Sólidos.
- Identificar plenamente a las personas responsables del manejo en cada etapa del mismo.

VI. REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS MUNICIPALES

Un aspecto sumamente relevante y que lamentablemente todavía no ha merecido la atención debida por factores políticos e intereses diversos, es el control de los servicios municipales, que son y han sido tradicionalmente deficitarios desde la perspectiva financiera, técnica, legal, ambiental, social y desde cualquier otro ángulo que se les mire, con ciertas, pero tristemente pocas excepciones.

Al respecto, la Ley General de Residuos Sólidos pretendió cambiar el régimen de administración directa de los servicios de residuos sólidos, por parte de las municipalidades, habiéndose encontrado muchísimas resistencias en el camino. De pretender una administración privada de los servicios de recolección y manejo de los residuos domiciliarios, comerciales, institucionales y de limpieza pública, a cargo de EPS-RS registradas ante la DIGESA, se devino en la posibilidad que las EPS-RS que se encarguen de estos servicios pudieran tener capital mixto —es decir, municipal y privado—, para luego con la Ley 27972, nueva Ley Orgánica de Municipalidades, admitir la prestación directa de los servicios de residuos sólidos, por parte de las municipalidades. Esto considero, es un grave error.

La prestación directa de los servicios de residuos sólidos por las municipalidades no sólo contraviene el principio constitucional de subsidiariedad del Estado¹⁵, sino que ha conllevado a que en la práctica no haya un manejo administrativo, ge-

¹⁴ Publicados el 13 de agosto del 2004, luego de la publicación del Decreto Supremo N 057-2004-PCM, Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos del 24 de julio del 2004.

¹⁵ Constitución Política de 1993, artículo 60.

rencial, ni contable, dotado de independencia y profesionalismo, lo cual redundaría en la obsolescencia de las instalaciones y el equipamiento; en la falta de cuidados en la prestación de los mismos y la definición de rutas, afectando su calidad, continuidad y cobertura; en la definición de tarifas o arbitrios sin el soporte de una adecuada valoración o costeo y en el déficit en la recaudación, agravando más aún, la situación financiera de estos servicios. A ello se suma que por la autonomía de gestión de las municipalidades, nadie salvo la Contraloría General de la República, puede supervisar el cumplimiento de la normatividad vigente, por parte de las municipalidades.

Por ello, en el Decreto Legislativo 1065, se ha dispuesto que se evalúe el establecimiento de un sistema de regulación de los servicios municipales de manejo de residuos sólidos, a fin de propiciar la prestación de los mismos por EPS-RS bajo el control de un organismo regulador, dado el interés público involucrado, como es el caso de los servicios de saneamiento, que están a cargo de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (en adelante, "SUNASS").

Conforme se señala en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1065¹⁶, la actuación de un organismo regulador, en materia de supervisión, regulación, expedición de normas, fiscalización, sanción, solución de controversias y atención de reclamos, es necesaria para mejorar la gestión de los servicios municipales de residuos sólidos y también para dotar de mayor transparencia a la gestión de este servicio público. Esto se enmarca en la actual Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que reconoce como una de las funciones centrales de los organismos reguladores, la defensa del interés de los usuarios o los vecinos, que en lo que concierne a los servicios de residuos sólidos, se encuentran en la actualidad en una situación de vulnerabilidad e indefensión, al recibir servicios irregulares, deficitarios e inadecuados, de limpieza pública y mal manejo de los residuos sólidos, sin contar con vías adecuadas para presentar los reclamos correspondientes.

Ello es concordante con el Informe Defensorial 125: "Pongamos la basura en su lugar. Propuestas para la gestión de los residuos sólidos municipales", del mes de setiembre de 2007, a través del cual la Defensoría del Pueblo efectuó recomen-

daciones en este mismo sentido, proponiendo: "La modificación de la Ley General de Residuos Sólidos, para que, en tanto no se cuente con una autoridad ambiental independiente con funciones ejecutivas, se encargue a una autoridad con estas características que actúe como el organismo rector del servicio de saneamiento relativo a la gestión de los residuos sólidos".

La creación del Ministerio del Ambiente¹⁷ no supele el rol de un organismo regulador, dado que no ejerce el control, ni la supervisión de servicios públicos y se enfrenta a la misma autonomía municipal para poder actuar sobre las municipalidades que prestan directamente los servicios de limpieza pública.

Ciertamente, el establecimiento de un régimen de regulación se enfrenta también al reto financiero, pero en todo caso, esto deberá ser evaluado por la Comisión Técnica Multisectorial que deberá convocar la Presidencia del Consejo de Ministros para evaluar la factibilidad de establecer un sistema de regulación de los servicios municipales de manejo de residuos sólidos en el país.

VII. PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN

El Decreto Legislativo 1065 busca promover la inversión pública y privada para la construcción de infraestructura de residuos sólidos, y mejorar los servicios de residuos sólidos. Conforme a ello, en el artículo 44 se ha dispuesto una lista de medidas que pueden ser utilizadas por las autoridades competentes.

Se establece que en el ámbito municipal se deben incluir los proyectos de infraestructura de residuos sólidos en los Planes Concertados, Planes de Acondicionamiento Territorial y Planes de Desarrollo Urbano de las respectivas municipalidades provinciales, a fin de facilitar el otorgamiento de las licencias correspondientes; la configuración de proyectos de concesiones cofinanciadas; la posibilidad de suscribir convenios de estabilidad jurídica para las obras de infraestructura o la prestación de servicios; el Régimen de Recuperación Anticipada del Impuesto General a las Ventas; la promoción de proyectos de responsabilidad social del sector privado; y la priorización de proyectos en situaciones de emergencia, entre otros.

¹⁶ Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1065, numeral 25.

¹⁷ Decreto Legislativo 1013, publicado el 14 de mayo de 2008, modificado mediante Decreto Legislativo 1039 del 26 de junio del 2008.

VIII. FISCALIZACIÓN, SUPERVISIÓN Y SANCIÓN

Se precisan las funciones supervisoras, fiscalizadoras y sancionadoras de las entidades a las que la ley les asigna atribuciones en materia de residuos sólidos y conforme al principio de legalidad, se habilita la tipificación de infracciones y sanciones.

IX. ROL DEL NUEVO MINISTERIO DEL AMBIENTE

Se precisan las funciones de la Autoridad Nacional Ambiental, indicándose que ésta aprueba la Política Nacional de Residuos Sólidos y dado que aún están pendientes de delimitación ciertas funciones que ejercerán el Ministerio del Ambiente y otras autoridades como la DIGESA. En virtud del propio Decreto Legislativo 1013 que dispuso su creación, se ha establecido que las referencias a los Estudios Ambientales en la Ley General de Residuos Sólidos, así como las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia de residuos, se adecuarán al régimen de evaluación de impacto ambiental que se implemente en base a la Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de

Evaluación de Impacto Ambiental¹⁸; y al Reglamento y otros instrumentos de gestión que se aprueben en el marco de la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, respectivamente.

X. CONCLUSIONES

Conforme hemos visto en el presente artículo, el Decreto Legislativo 1065 dispone cambios importantes en la Ley General de Residuos Sólidos. No obstante, la real eficacia de estas modificaciones depende en gran medida de la aprobación de un nuevo Reglamento que contribuya a dinamizar más el sector de residuos sólidos, eliminando aquellos cuellos de botella que dificultan el manejo de la información, la construcción de infraestructura, el registro de más EPS-RS y EC-RS y consecuentemente el mercado de los servicios que brindan estas entidades, el reaprovechamiento de los residuos sólidos, entre otros.

Los residuos sólidos están nuevamente en la mira y tenemos la oportunidad de seguir mejorando la calidad ambiental del país, a través de un marco de gestión moderno, integral y dinámico.

¹⁸ Modificada por Decreto Legislativo 1078 del 28 de junio de 2008.

APUNTES SOBRE NORMATIVIDAD E INSTITUCIONALIDAD PARA LA GESTIÓN DEL RECURSO HÍDRICO

Lucía Ruiz Ostoic*

Pese a contar con una de las mayores reservas de agua dulce del planeta, nuestro país, lamentablemente tiene un deficiente sistema de gestión de las mismas.

En este artículo veremos el pasado y presente de la legislación referida a la gestión del agua, así como las posibilidades que existen y que, hoy por hoy, cobran especial importancia, por encontrarse nuestra sociedad en un momento de toma de decisiones particularmente relevantes en materia ambiental.

* Directora ejecutiva del Centro de Conservación, Investigación y Manejo de Áreas Naturales (CIMA).

I. INTRODUCCIÓN

Si efectuáramos una encuesta a nivel nacional cuya pregunta general permitiera al entrevistado explayarse sobre el tema agua, el tipo de respuesta que obtendríamos sería ampliamente diverso y complejo: (a) en un ámbito urbano estaría relacionada con la ineficiencia de la empresa que brinda el servicio de agua potable (SEDAPAL en Lima o diversas empresas municipales a nivel nacional), si se cuenta o no con conexiones en el barrio o si aun teniéndolas el agua llega en la cantidad y calidad adecuadas; (b) en el ámbito rural estaría vinculada con temas relacionados a las cosechas, productividad de la tierra o fiestas y ritos, así como problemas en la distribución del recurso (si estuviéramos en la costa o sierra), o con problemas para transportarse de un lugar a otro por lo bajo que está el río, la cantidad de peces que antes había y ahora no, así como alguna leyenda sobre seres mitológicos (si estuviéramos en la amazonia); (c) en la costa norte se hablaría de problemas de distribución del recurso e incluso de la salinización del suelo por exceso de agua y su mal uso, pero no de escasez debido a la existencia de obras hidráulicas reguladoras de gran envergadura ejecutadas por el Estado en décadas pasadas; (d) en la costa sur, sin embargo, se hablaría de escasez del recurso y de la necesidad de explotación de aguas subterráneas.

¿Y si la encuesta incluyera actores de otros sectores productivos? En este caso las respuestas probablemente estarían relacionadas con conflictos de uso del recurso y la importancia para el país (y para el Producto Bruto Interno) de las actividades extractivas que se están viendo afectadas por los conflictos generados por exigencias locales.

Tendríamos la posibilidad incluso de incorporar nuevos actores a la encuesta, quienes de inmediato asociarían la importancia del agua a temas como el cambio climático, la firma de acuerdos comerciales como el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos o incluso la creación del Ministerio del Ambiente.

El haber presentado este diverso (y disperso) panorama para introducirnos al tema de la gestión del agua en el Perú, se debe a que si bien el recurso hídrico es uno, es nuestra relación con él lo que marca nuestra percepción respecto de su impor-

tancia y lo que debería ser su aprovechamiento y gestión. En el caso del agua en el Perú, encontramos distintas realidades geográficas e hidrológicas, diversas visiones culturales o intereses sectoriales que no han sido adecuadamente considerados en el diseño de políticas nacionales ni están recogidos en nuestra legislación y mucho menos cuentan con el respaldo de una institucionalidad que maneje conceptos claros respecto de lo que se requiere para lograr una gestión eficaz de este recurso en nuestro país.

La necesidad de contar con políticas públicas que reflejen la diversidad (en todo sentido) que el Perú implica y trasciendan los gobiernos, hizo pensar que espacios como el del Acuerdo Nacional¹ serían, sino la solución, una base sobre la cual desarrollarlas. En lo que respecta a la gestión de recursos naturales, en dicho documento encontramos referencias a éstos en la política de Estado sobre seguridad alimentaria y nutrición (décimo quinta), en el sentido que se tomarán medidas contra aquellas situaciones que las amenacen (sequías, desertificación o degradación en el caso de las aguas); así como en la política referida a desarrollo sostenible y gestión ambiental (décimo novena), que nos habla de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, promoción del manejo de cuencas, así como promoción y evaluación permanentemente del uso eficiente, preservación y conservación del suelo, subsuelo, agua y aire.

Éstos, que se entienden como lineamientos generales respecto a los que se tiene un consenso que requieren posteriormente un desarrollo concreto en estrategias nacionales, políticas públicas y normatividad, tuvieron su oportunidad de concretarse mediante un instrumento programático en lo que respecta al agua: la Estrategia Nacional para la Gestión de los Recursos Hídricos Continentales del Perú (en adelante, "ENGRH")² de diciembre del 2004, producto del trabajo de una comisión técnica multisectorial.

El esfuerzo realizado al elaborar la ENGRH fue ambicioso pero necesario. Contar con un documento que efectúe un apretado diagnóstico de la realidad hídrica nacional y sus problemas, establezca las bases y principios en la gestión de recursos hídricos en el país, y además plantee objetivos, estrategias, componentes, acciones y fases

¹ En: www.acuerdonacional.gob.pe/DocumentosAN/2008/castellano.pdf

² En: <http://pacificosur.rirh.net/ADVF/documentos/ENGRHaprobado120105.pdf>

de implementación es de por sí un logro, más allá de las discrepancias que puedan existir respecto a vacíos en el contenido o los resultados alcanzados a la fecha. Además, si un esfuerzo de esta magnitud ha respondido a una real visión de largo plazo, se podrán efectuar revisiones periódicas (no menores de cinco años), que permitan realizar ajustes producto de mejoras tecnológicas o cambios estructurales.

La visión compartida³ de la ENGRH debía ser alcanzada en tres fases a través del cumplimiento de seis objetivos⁴, cuyas acciones se encontraban concatenadas, por lo que los retrasos de las acciones de cada fase implicaban el retraso en el cumplimiento de las siguientes. De más está decir que a tres años de la publicación (y supuesta implementación) de la ENGRH, las actividades propuestas para la primera fase no han podido ser íntegramente cumplidas, particularmente los dos aspectos fundamentales contenidos en los objetivos 1 y 2: (i) una adecuada institucionalidad y normatividad que permita una gestión multisectorial e integrada del recurso, para lo cual se planteaba contar con una autoridad única, y (ii) una nueva Ley de Aguas acorde con los cambios estructurales de las últimas décadas, que no mantenga sesgos sectoriales y que responda a las diversas realidades de nuestro país.

A la fecha contamos con un proyecto de la Nueva Ley de Aguas que ha sido socializado a nivel nacional durante cinco años de una manera sin precedentes para un instrumento normativo similar, pero que sigue sin ver la luz por falta de una verdadera voluntad política y por mucha presión ejercida por parte de actores clave que no están dispuestos a perder el espacio ganado o ceder el rol que juegan en la gestión y control del recurso. Sin embargo, quizás la mayor frustración provenga de la oportunidad perdida con la creación del Ministerio del Ambiente para generar una ade-

cuada institucionalidad a favor de la gestión de los recursos hídricos con el carácter integrado, multisectorial y con la visión de cuenca que se requiere.

Es desalentador (aunque no novedoso) pensar que los instrumentos de política en la gestión de recursos naturales⁵ tengan la vigencia que tiene el gobierno que los impulsó en tanto no hay una apropiación respecto a ellos por parte de los gobiernos siguientes, que consideran no haber participado en su elaboración.

II. SI NECESITAMOS UNA NUEVA LEY DE AGUAS, ¿POR QUÉ NO LA TENEMOS AÚN?

Quizás una respuesta arriesgada sea que no la necesitamos. Por lo menos eso es lo que se ha escuchado a lo largo de los últimos años por parte de ciertos gremios que consideran que algunos cambios propuestos en el proyecto de la nueva Ley de Aguas atentan contra la seguridad de los usuarios del recurso, sobre todo en el campo y la ciudades. En otras palabras, parece creerse que una nueva Ley de Aguas beneficiará a los sectores productivos poderosos y perjudicará a los usuarios agrarios y poblacionales. ¿Por qué se piensa esto?

La Ley General de Aguas actualmente vigente fue aprobada por el Decreto Ley 17752 y data de julio de 1969, por lo que podría decirse que “va de la mano” con la Ley de Reforma Agraria y responde por lo tanto a un contexto social y político actualmente desfasado, sobre todo a raíz de los cambios conceptuales de la década del 90 respecto a la participación del Estado en la vida nacional, la promoción de la inversión privada y la multisectorialidad del uso del recurso hídrico.

Pero esto no es óbice para que se haya considerado por mucho tiempo a la Ley General de Aguas del

³ La visión compartida que plantea la ENGRH es la siguiente: “El suministro de agua en el Perú, garantiza el acceso de todos los usuarios para satisfacer sus necesidades, en cantidad, calidad y oportunidad, con criterios de equidad, aprovechamiento económico, racional y eficiente; su gestión se apoya en principios de legitimidad y autoridad en el ámbito territorial de la cuenca hidrográfica, promoviendo la concertación y la participación de todos los actores, la preservación y conservación del medio ambiente y el desarrollo social enmarcado en el concepto de desarrollo humano sostenible”. Se planteaba desarrollar esta visión en un periodo de 12 años constituido por tres fases: En la primera fase (2005 - 2006) se pretendía preparar el proyecto de gestión de recursos hídricos, sentando las bases institucionales y normativas que fueran necesarias y diseñando los procesos e instrumentos que se requiriera implementar posteriormente; en la segunda (2007 - 2011) se desarrollaría el proyecto en 5 cuencas piloto y, en la tercera (2012 - 2016), se ampliaría el proyecto a otras cuencas, diseminando las lecciones aprendidas a nivel nacional.

⁴ Los objetivos y estrategias de la ENGRH son: (a) la innovación institucional para una gestión multisectorial e integrada del recurso hídrico; (b) la gestión integrada de los recursos hídricos; (c) la protección de la calidad de los recursos hídricos en las cuencas hidrográficas; (d) la prevención de riesgos y mitigación de impactos de los eventos extremos; (e) el desarrollo de capacidades y cultura del agua; (f) crear un sistema de información de los recursos hídricos.

⁵ El comentario es genérico en tanto podría hacerse similar afirmación respecto, por ejemplo, a los instrumentos desarrollados en materia forestal e incluso a algunos en materia ambiental.

Perú como un modelo de vanguardia a nivel de los países andinos⁶, aun cuando de un análisis actual pueda inferirse que es sumamente costosa y agrarista.

Es evidente que en cuatro décadas signadas por cambios estructurales para el país, la Ley General de Aguas se vio afectada en su aplicación; sin embargo, las modificaciones expresas de la misma fueron mínimas⁷. Igualmente, aun cuando las modificaciones tácitas han sido muchas y variadas⁸, nunca han sido presentadas de manera directa y clara. Igual situación se ha presentado con los diversos reglamentos de la Ley emitidos a lo largo de estos años. Con la avalancha normativa de la década del 90, es comprensible que la Ley General de Aguas y sus reglamentos se hayan visto afectados significativamente y no puedan entenderse como “detenidos en el tiempo”⁹.

No han sido pocas las propuestas para sustituir a la Ley General de Aguas, algunas controversiales¹⁰ y otras poco serias¹¹. Sólo de 1996 al 2006 hubo quince proyectos de Ley de Aguas, trece de los cuales han sido impulsados desde el Legislativo. Sin embargo, de todos estos proyectos, el que nace

de la Comisión Técnica Multisectorial conformada mediante Decreto Supremo 122-2002-PCM y cuya propuesta es prepublicada en abril del 2003, tuvo una importante acogida por la Comisión Agraria del Congreso (para el período 2001 - 2006) que incluso estableció una sub-comisión de trabajo e impulsó una serie de audiencias públicas descentralizadas a nivel nacional. A diferencia de otros proyectos, que pueden caer en el olvido al haber un cambio de gobierno, éste fue retomado por la Comisión Agraria (para el período 2006 - 2011), que lo impulsó durante los años 2006 y 2007 a través de 6 talleres especializados y 10 audiencias públicas a nivel nacional, hasta el punto que es la propuesta que actualmente se encuentra en debate¹².

¿Qué tiene de especial este proyecto socializado y discutido durante cinco años que podría preocupar al sector agrario y a los usuarios poblacionales?

Quizás uno de los aspectos fundamentales de preocupación para los usuarios agrarios del agua es, precisamente, que el proyecto trata de eliminar el sesgo agrícola que tiene la Ley vigente, por lo

⁶ Si bien Venezuela emitió su Ley de Aguas en 1966, la Ley de Aguas del Perú de 1969 fue un interesante modelo a seguir por Ecuador en 1972 y Colombia en 1974. Bolivia, por su parte, mantiene como normativa en materia de aguas un decreto de 1879 elevado a rango de ley en 1906. Es, sin embargo, el tema del agua para uso poblacional (agua y saneamiento), el que ha presionado a los países de la región a tener una visión más integral de la gestión del recurso y con ello se han generado modificaciones a la Ley de Aguas de Colombia en 1993, a la de Ecuador en el 2004 y en el caso de Bolivia, se ha llegado a que, en el año 2005, los diversos actores relacionados al tema se encontraran revisando la versión 32 de su proyecto de nueva Ley de Aguas.

⁷ La Ley General de Aguas sólo ha sido modificada de manera expresa en tres oportunidades: la modificación de los artículos 30, 31, 133, 134 y 138 por el Decreto Legislativo 106; la derogatoria del artículo 100 por el Decreto Legislativo 708 y la modificatoria del artículo 135 por Decreto Ley 18735.

⁸ La modificación más significativa de la Ley General de Aguas es la del Decreto Legislativo 653, pero al no ser expresa en el alcance de los cambios que plantea, ha dejado abiertas discusiones como por ejemplo, si las modificaciones a que hace referencia deben circunscribirse exclusivamente al uso de las aguas con fines agrarios. Sin olvidar que durante la vigencia de la actual Ley General de Aguas se han emitido dos Constituciones Políticas (1979 y 1993) que han impactado en la gestión de los recursos naturales en el país, existen otros marcos normativos, además del Decreto Legislativo 653, que han tenido también un impacto fundamental en la Ley de Aguas a lo largo de la década del 90, fundamentalmente: la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada – Decreto Legislativo 757 de 1991; Ley Orgánica del Ministerio de Agricultura – Decreto Ley 25902 de 1992; Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales – Ley 26821 de 1997; Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica – Ley 26839 de 1997, y, Código del Medio Ambiente – Decreto Legislativo 613 de 1990. En los últimos años, los cambios importantes han estado dados por la Ley General del Ambiente – Ley 28611 del 2005; la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura - Decreto Legislativo 997 y Ley de Creación del Ministerio del Ambiente – Decreto Legislativo 1013, estos dos últimos del 2008.

⁹ De un análisis efectuado a solicitud de la Intendencia Nacional de Recursos Hídricos del Instituto Nacional de Recursos Naturales (en adelante, “INRENA”) se concluyó que de los 145 artículos de la Ley General de Aguas, 11 se encontraban derogados (1 expresamente, 10 tácitamente), 9 no tenían vigencia (por estar condicionados a normas no vigentes), 20 habían sido modificados por normas posteriores y, además, se debían considerar dos regímenes especiales creados con posterioridad a la Ley: el de tarifas de uso de aguas en concesiones eléctricas y el de aprovechamiento de aguas mineras medicinales con fines turísticos.

¹⁰ Uno de los proyectos de Ley de Aguas impulsado desde el Ejecutivo en 1995, seguía la línea del entonces Código de Aguas de Chile, que posteriormente sería cuestionado fundamentalmente porque las modalidades de acceso a los recursos hídricos que estableció generaron especulación por parte de ciertas empresas y una crisis importante en el vecino país. El proyecto en mención fue entendido como de “privatización de las aguas” aun cuando hablaba de copiar de “derechos reales” en el sentido que tienen por ejemplo, las concesiones.

¹¹ Algunos proyectos de Ley presentados al Congreso resultaron ser copias casi textuales de leyes de agua de otros países y tuvieron que ser retirados por quienes los presentaron, mientras que otros eran versiones “mejoradas” de proyectos anteriores a los que se les había cambiado palabras o frases.

¹² El proyecto de Ley 386-2006-CR recoge el trabajo de la Subcomisión de Aguas y Suelos de la Comisión Agraria del Congreso de la República del período legislativo 2001-2006, que a su vez se basa en la propuesta presentada por la Comisión Técnica Multisectorial conformada por Decreto Supremo 122-2002-PCM. El 5 de junio del 2008, la Comisión Agraria del Congreso emitió un Dictamen por unanimidad respecto al proyecto; sin embargo se le sigue considerando un proyecto con poco respaldo por parte de las diversas bancadas políticas.

que pone a este sector a la par con los demás en cuanto a acceso al recurso¹³ y participación en su gestión¹⁴, así como plantea una mayor claridad en lo que se refiere a la retribución por el uso del agua¹⁵. Siendo el sector agrario el que usa un 80% de las aguas de uso no consuntivo del país, es entendible la preocupación de perder peso específico respecto de otros sectores.

Si bien el proyecto de la nueva Ley de Aguas en debate propone una serie de novedades, mencionaremos tres aspectos que constituyen un avance significativo respecto a la gestión actual:

A. Gestión integrada, por cuencas y participativa del agua

El sesgo agrario que posee la actual Ley General de Aguas puede apreciarse en la minimización de referencias genéricas y la abundancia de aquellas planteadas con visión sectorial, situación que se profundiza en el desarrollo de la normatividad complementaria posterior. Es evidente, por tanto, que el principal de los cambios requeridos es aquel relacionado con la gestión del recurso desde un punto de vista multisectorial. Sin embargo, el proyecto en debate evade hacer una reiterada referencia al uso multisectorial del recurso (con excepción de los artículos 3 y 6) y prefiere mencionar en todo momento la necesidad de una “gestión integrada”¹⁶ del mismo.

Esta decisión del legislador evidencia el salto cualitativo que se pretende dar con esta propuesta, en tanto va más allá de la permanente discusión sobre el uso del recurso y plantea temas fundamentales pero que no han estado en el debate lo suficiente. La gestión integrada que menciona el proyecto desarrolla conceptos ecosistémicos al referirse al ciclo hidrológico en las cuencas hidrográficas, en el que diversos factores confluyen y, por lo tanto, nos obliga a visualizar el recurso en un contexto ambiental. Puede parecer increíble, pero no lo es, que tomadores de decisión y usuarios del recurso hayan mantenido una cómoda ceguera respecto a estos temas¹⁷.

Esta referencia ecosistémica y de sostenibilidad ambiental, nos plantea por lo tanto las pautas para un uso eficiente y eficaz del recurso, al que debemos reconocer su valoración socio-cultural, económica y ambiental, además de considerar sus características de calidad, cantidad y oportunidad.

Es precisamente esta visión integral la que permite que el proyecto consagre a la cuenca hidrográfica como unidad de planeamiento y gestión. Si bien la actual Ley General de Aguas hace referencia a la cuenca, no es un concepto que se desarrolla a lo largo de la norma y, a pesar del intento realizado por el Decreto Legislativo 653 de fortalecer este ámbito de gestión a través de la creación de

¹³ La actual Ley General de Aguas establece un orden de preferencia en el uso de las aguas, estando las necesidades primarias y abastecimiento de poblaciones en primer lugar, la cría y explotación de animales en segundo, la agricultura en tercero y a partir del cuarto lugar las demás actividades productivas. El proyecto establece que esta vez la prioridad en el uso del agua sea en primer lugar primario, en segundo lugar poblacional y en tercer lugar productivo, conjugando en este grupo a todos los sectores, incluido por supuesto al sector agrario.

¹⁴ En la actualidad, las Juntas de Usuarios de Distrito de Riego y sus Comisiones de Regantes, representadas a nivel nacional por la Junta Nacional de Usuarios de Distritos de Riego, posee un importante nivel de negociación ante el Ministerio de Agricultura, ya que son estas organizaciones quienes proponen la tarifa de uso de agua con fines agrarios que debe cobrarse en cada ámbito, efectúan el cobro de la misma, financian sus actividades con ella y se encargan del reparto del recurso.

¹⁵ La retribución económica que debe efectuarse por el uso del recurso hídrico es un tema adicional y fundamental en la preocupación del sector agrario respecto a este proyecto de Ley. Tradicionalmente hemos tenido problemas para establecer una cultura de pago respecto al agua en el campo, lo que ha generado poca interiorización respecto a su valor y un desfase en las tarifas. Esta situación ha quedado de manifiesto precisamente ante las nuevas inversiones agroindustriales que hacen un uso mucho más eficiente del recurso, incorporan al agua en su estructura de costos y en muchos casos pagan por el recurso diez veces más de lo que paga un agricultor de “valle viejo”. Sobre el tema de tarifas puede leerse: “Naturaleza Jurídica de las Tarifas de Uso de Agua”. En: Revista Athina. Número. 2. 2007.

¹⁶ El glosario de términos que incluye el proyecto de la nueva Ley de Aguas define “gestión integrada de los recursos hídricos” como el “proceso que promueve la gestión y desarrollo coordinado del agua, la tierra, los recursos relacionados con éstos y el ambiente, con el fin de maximizar el bienestar social y económico equitativamente sin comprometer la sustentabilidad de los ecosistemas vitales. Dicha gestión está íntimamente vinculada con el desarrollo sustentable”.

¹⁷ En materia de abastecimiento de agua con fines poblacionales, no se ha reconocido el concepto de gestión integrada y por lo tanto la legislación no permite la incorporación en la estructura de costos, de inversiones requeridas para la conservación, cuidado o mantenimiento de las partes altas de la cuenca o de espacios naturales proveedores del recurso, por considerarlo gastos no directamente relacionados con el servicio que se brinda. Sin embargo, en el último año, la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (en adelante, “SUNASS”) está apoyando el desarrollo de proyectos piloto, como el de la Municipalidad de Moyabamba y el Bosque de Protección Alto Mayo, que permitan asegurar la sostenibilidad del servicio a la población urbana manteniendo los servicios ambientales que ofrece la cuenca alta a través del apoyo a los propietarios de terrenos o agricultores ubicados en las cabeceras de cuenca, así como al propio Bosque de Protección. En la ciudad de Quito (Ecuador), esta decisión fue tomada hace una década al establecerse el Fondo para la protección del agua o FONAG (www.fonag.org.ec) que financia la protección y rehabilitación de las fuentes hídricas que proveen el agua que la ciudad de Quito requiere, sobre todo las relacionadas con el Parque Nacional Cotopaxi. En el Perú, ciudades de las dimensiones de Huaraz y Arequipa se benefician de los servicios ambientales que proveen áreas naturales protegidas como el Parque Nacional Huascarán y la Reserva Nacional Salinas y Aguada Blanca respectivamente, sin brindar ningún tipo de retribución a la sostenibilidad de las mismas.

Autoridades Autónomas de Cuenca Hidrográfica (en adelante, "AACH"), lo cierto es que las pocas que se constituyeron, lo hicieron sobre los ámbitos de Distritos de Riego ya creados y nunca ejercieron completamente las funciones que les fueron encomendadas por encontrarse sesgadas a la gestión de la oferta y demanda, así como a la resolución de conflictos en esta materia.

El actual proyecto de la Ley de Aguas no sólo se encuentra irradiado con el concepto de gestión por cuencas, sino que al establecer la figura de los Consejos de Cuenca como organismos de gestión desconcentrados de la autoridad nacional, plantea la posibilidad que éstas sean instancias regionales o interregionales, de manera que se genera un espacio de coordinación con el fin de no repetir la mala experiencia de los conflictos acaecidos ya entre diversos departamentos en materia de agua debido a la inadecuada delimitación geográfica de nuestro país¹⁸.

Finalmente, para responder a una gestión integrada y por cuencas se requiere congregar necesariamente a los diversos actores involucrados en la conservación, uso o aprovechamiento del recurso. En ese aspecto, el proyecto de la nueva Ley de Aguas, precisamente por lo ampliamente debatido y socializado durante cinco años, es claro en la necesidad de fomentar esta participación que con la actual Ley ha estado restringida a actores públicos (fundamentalmente del Gobierno Central) y algunos gremios. Se puede considerar que el proyecto de Ley propone una gestión participativa del recurso en más espacios que los actuales (aunque siempre es posible hacer mayores precisiones), al consagrar el principio de participación de la población, reconocer los derechos ancestrales de las comunidades campesinas y nativas, así como establecer "asientos" para representantes de los usuarios, de gremios y de las comunidades campesinas y nativas en la autoridad nacional y en los Consejos de Cuenca.

B. Sistema Nacional de Gestión del Agua y Autoridad Única

Proponer un Sistema Nacional de Gestión del Agua en el marco del Sistema Nacional de Gestión

Ambiental, debería entenderse como fundamental en tanto pretende superar la inconsistencia en la gestión del recurso ocurrida durante las últimas cuatro décadas, mediante una acción concertada de los diversos actores públicos y privados con poder de decisión o interés en la gestión del recurso.

Sin embargo, el planteamiento del proyecto de Ley ha sido duramente criticado por ser excesivamente reglamentario y profundizar más en los detalles de una institucionalidad hídrica que en los procesos de concertación y coordinación que se requieren para hacer que el sistema funcione y con él, la adecuada gestión del recurso.

El establecer funciones y estructuras orgánicas entre los miembros del Sistema, tal como lo propone el proyecto de la nueva Ley de Aguas, no basta para que la interacción entre los mismos se de; por lo que es éste el aspecto que debería ser reforzado y materia de detalle, si lo que queremos es avanzar hacia una real gobernanza hídrica, sobre todo en el marco de un proceso de descentralización a nivel nacional que aún no termina de asentarse y por lo tanto permite el uso político de determinados temas que deben ser tratados mayoritariamente con criterios técnicos.

Si se busca que sea el ámbito de la cuenca hidrográfica (y por tanto el de los Consejos de Cuenca) el que se constituya en espacio de coordinación y congrege a los diversos actores del sistema, debe efectuarse un proceso ordenado de fortalecimiento de estos espacios que, como lo establecía la ENGRH, podría darse apoyando la implementación de determinadas cuencas piloto.

Si bien el tema de institucionalidad en la gestión del recurso hídrico será materia de un tratamiento posterior en este artículo, es importante mencionar que el concepto de Autoridad Única en materia de aguas es un aspecto largamente discutido y requerido, en tanto es fundamental para la planificación e implementación de la gestión integrada del recurso que tanto se exige y además permitirá basar el Sistema Nacional de Gestión propuesto en adecuadas políticas y lineamientos.

¹⁸ Es por todos conocidos que los límites políticos de los departamentos de nuestro país no responden necesariamente a límites naturales de divisorias de aguas u otros y mucho menos a una planificación territorial, lo que hace más factible atender una emergencia en Lucanas, Ayacucho, de manera más rápida y eficiente desde Nazca, Ica por un tema de accesibilidad. El conflicto en la gestión de recursos naturales por parte de los recientemente creados Gobiernos Regionales, tuvo el mayor ejemplo con respecto a la gestión del agua en el caso de los Gobiernos Regionales de Arequipa y de Moquegua disputándose las aguas provenientes de Pasto Grande. Si bien este puede haber sido el conflicto más representativo una vez que se implementó la regionalización en el país, existen otros casos menos publicitados (como en el caso de Puno y Tacna respecto a las aguas que requiere el Proyecto Especial Tacna) que nos muestran que se requiere la construcción de una gobernanza en la gestión del recurso, para lo cual debemos ser previsores, no repetir viejas formulas ni considerar a ningún espacio de coordinación como innecesario.

C. Valoración y retribución económica del recurso

La valoración del recurso hídrico es quizás el aspecto a cuyo consenso haya sido más difícil arribar en este proceso de difusión y socialización del proyecto de la nueva Ley de Aguas, ya que se asocia con el aspecto económico principalmente, pero no se considera que este concepto sea mucho más amplio.

El agua, como lo hemos mencionado al hablar de una gestión integrada, posee un valor socio-cultural y ambiental, además del económico, que es mucho más difícil de ser calculado ya que es intangible o simplemente incalculable. Los economistas ambientales podrán utilizar una serie de metodologías que permitan ayudarnos a darle un valor económico al recurso cuando éste es utilizado para fines productivos, pero en el caso de eventos culturales o procesos ecológicos, nos encontraremos ante una situación difícil de enfrentar.

En la actual Ley General de Aguas sólo se hace referencia a una valoración económica por metro cúbico del recurso hídrico que se manifiesta a través del pago de una tarifa de uso, añadiéndose posteriormente a nivel reglamentario el concepto de cuota para hacer referencia a pagos adicionales pactados al interior de las propias juntas de usuarios.

A la discusión respecto al carácter tributario de la denominada tarifa de uso de agua, se suma la distorsión que algunos creen ver en el desarrollo reglamentario de la misma debido al establecimiento de componentes con diferente sustento y destino¹⁹. A esto se añade una discusión respecto a la Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales –Ley 26821– y la modificación tácita que pueda haberse efectuado a la Ley General de Aguas al desarrollar el concepto de retribución económica.

El proyecto de la nueva Ley de Aguas supera estas discusiones al desarrollar un título completo sobre

el régimen económico del agua en el cual diferencia la posibilidad de pago de una retribución económica por el uso de agua o vertimiento del agua residual, de la posibilidad de pago de una tarifa de agua por el servicio de distribución del agua en los usos sectoriales o por la utilización de infraestructura hidráulica mayor. Además, se propone el establecimiento de un Canon Hídrico en el marco de la Ley del Canon – Ley 27506.

Al margen de la posición que se tenga respecto a la valoración del recurso hídrico, es importante entender y difundir que en el proceso hidrológico que permite a los usuarios acceder al recurso, hay costos que se deben afrontar y por ende diversos momentos en que el Estado, los propios usuarios del recurso o la sociedad civil organizada deben participar con un aporte económico. Este aspecto es importante considerarlo cuando existen propuestas como las que propugnan un derecho humano al agua, que interpreta inadecuadamente un derecho programático de acceso al servicio de agua potable sin considerar e informar sobre los costos que ello implica ni desarrollar en paralelo una cultura de pago²⁰.

III. INSTITUCIONALIDAD PARA LA GESTIÓN DEL RECURSO HIDRICO: ¿MÁS DE LO MISMO O PEOR?

En los países andinos, tradicionalmente, la gestión del agua ha estado relacionada al sector agricultura, lo cual podría verse como algo natural considerando el rol que cumple el campo en nuestra historia, población y economía. Sin embargo, a raíz del uso multisectorial que tiene este recurso y lo gravitante de su uso poblacional en particular, Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela gestionan hace más de una década el agua sin una visión necesariamente agrarista²¹. El Perú es el único país andino cuyo ente rector sigue estando en el sector agricultura a pesar de la reciente creación del Ministerio del Ambiente.

La Ley General de Aguas, dada por Decreto Ley 17752 de 1969, mantuvo en el sector agricultura (en ese momento representado por el Ministerio

¹⁹ Ver: Op. Cit. “Naturaleza Jurídica de las Tarifa de Uso de Agua”.

²⁰ En materia de servicios públicos, el servicio de agua potable y alcantarillado es el que tiene el mayor retraso tarifario, un rechazo a contar con una gestión privada y una elevada tasa de morosidad por falta de una cultura de pago. En el pago de servicios, la energía y el teléfono son normalmente priorizados respecto al pago del agua, ya que por ser administrado por el Estado, estar altamente politizada su gestión (en ciertos casos) y estar vinculado a un tema de salud pública, no se ejecutan los cortes de servicio que deberían efectuarse. Es por ello que de llevarse a cabo una propuesta sería respecto al derecho humano al agua, debería ser acompañada de una campaña respecto a las obligaciones que ante este servicio le corresponden al ciudadano.

²¹ Hasta antes de la constitución del Ministerio del Agua en enero del 2006, Bolivia ya gestionaba este recurso desde el Ministerio de Desarrollo Sostenible y Planificación. Colombia lo hace desde el Ministerio del Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; Ecuador desde el Ministerio del Medio Ambiente y Venezuela desde el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales.

de Agricultura y Pesquería) la jurisdicción en materia de aguas en lo que correspondía a conservación, incremento y gestión del recurso, con excepción de la jurisdicción relacionada a las aguas minero-medicinales y los aspectos de orden sanitario y preservación del recurso, que serían de competencia del Ministerio de Salud. Este momento (si no queremos remontarnos a las facultades conferidas por el Código de Aguas de 1902) es el que inicia la discusión sobre la fragmentación institucional de funciones respecto al agua: los conceptos de cantidad, calidad y oportunidad ya no pasarían a ser parte de una visión y gestión integrada de los recursos hídricos continentales²². La referencia en la ley a la “Autoridad de Aguas” debía entenderse como sector agricultura y la referencia a la “Autoridad Sanitaria” (aun cuando ésta tuviera facultades para otorgar derechos y gestionar las aguas minero medicinales) debía ser entendida como sector salud. Ésta no sería por supuesto la única fragmentación respecto a las competencias hídricas del Estado peruano, ya que para aguas marítimas y ríos navegables tenemos a la Dirección General de Capitanía y Puertos como responsable de la gestión, e igualmente en los 90 se delegó al Ministerio de Turismo la facultad de otorgar derechos de aguas minero medicinales con fines turísticos, y hacia el 2003 se inició con fuerza el proceso de descentralización y regionalización a nivel nacional, por lo que nuevos actores entran a batallar en la gestión del recurso mediante facultades ambientales que por ser genéricas no dejan de hacer mas complejo el panorama de institucionalidad para la gestión de los recursos hídricos.

El fraccionamiento entre diversas instituciones del Estado de las facultades referidas a la gestión de la calidad, cantidad y oportunidad del recurso hídrico hizo que durante mucho tiempo se consi-

derara como única opción para solucionar el problema de la institucionalidad hídrica fragmentada, la designación de una autoridad única que concentrara el íntegro de funciones relacionadas a la gestión del recurso. Si bien el concepto es pertinente, el factor fundamental a considerar era el del carácter multisectorial de esta autoridad, de manera que ninguno de los sectores productivos o de servicios se sintiera en desventaja. Este ha sido, sin embargo, el mayor escollo para avanzar en una decisión que parecía necesaria y evidente.

“Agua es poder” es una frase usada en el campo y que tiene mucho sentido en tanto este recurso es la columna vertebral de muchas (por no decir todas) las actividades económicas que se desarrollan en el país. Tener el poder de decidir a quién otorgar derechos²³ sobre las aguas es crucial y esto explica el porqué es materia de discusión el sector o la autoridad que debe hacerlo, pues se trata de la actividad económica que mayor uso consuntivo le da al agua en las tres vertientes del país²⁴; esta afirmación es fundamental para entender el Decreto Legislativo 997 que modificó la Ley Orgánica del Ministerio de Agricultura días antes que el Ministerio del Ambiente fuera creado, manteniendo en este sector la gestión del recurso hídrico y el otorgamiento de derechos respecto al mismo²⁵.

A. Otorgamiento de derechos de agua

El otorgamiento de derechos de uso de agua es facultad del sector agricultura en virtud de la actual Ley General de Aguas, con excepción de las aguas minero-medicinales²⁶; pero esta facultad continuada no ha estado exenta de complejidades y cuestionamientos en las últimas cuatro décadas. Incluso al interior de un mismo sector pueden

²² A efectos de mantener el análisis en el contexto de la ENGRH, no plantearemos referencia a institucionalidad en lo referido a aguas marítimas.

²³ Las modalidades de otorgamiento de derechos de uso de agua establecidas por la Ley General de Aguas son tres: permisos, autorizaciones y licencias. El obtener una licencia (de carácter permanente y el derecho de agua por excelencia) es fundamental para no estar supeditado a renovaciones anuales de permisos (los cuales se otorgan respecto a recursos sobrantes, están supeditados a la disponibilidad de las aguas y en el caso de la agricultura están condicionados a cultivos de estación o temporales, ya que no pueden generarse compromisos más allá de un periodo de lluvias). Las autorizaciones son de plazo determinado y se otorgan para realizar estudios y obras, así como otras labores transitorias.

²⁴ El uso consuntivo del recurso hídrico a nivel nacional (aquel por el cual el recurso “se consume”) es de un 80% por parte de la actividad agrícola, un 12% por uso poblacional, 6% por uso industrial y 2% por uso minero según el INRENA.

²⁵ Si bien se ha hecho referencia directa a la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 997 en tanto crea la Autoridad Nacional de Aguas y la adscribe al sector agricultura, el referido Decreto Legislativo ya plantea claramente que el sector agrario comprende a los recursos hídricos (artículo 4, numeral 4.2), que entre las funciones específicas del Ministerio de su competencia exclusiva está el dictar las normas para la gestión integral, social, eficiente y moderna de los recursos hídricos (artículo 6, numeral 6.1.3), así como otorgar, reconocer, modificar o cancelar derechos a través de autorizaciones, permisos, licencias y concesiones, de acuerdo a las normas de la materia y en el ámbito de su competencia (artículo 6, numeral 6.1.10).

²⁶ El otorgamiento de derechos de uso de agua minero - medicinales se encuentra a cargo del Ministerio de Salud desde la dación de la Ley General de Aguas en 1969. Sin embargo, si el uso que quiere dársele a estas aguas minero - medicinales es con fines turísticos, a partir de 1992 el otorgamiento de esta facultad le fue otorgada al entonces Ministerio de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración – MITINCI mediante Decreto Ley 25533.

generarse imprecisiones y contradicciones respecto a la gestión de un recurso si no se tienen claras las funciones y facultades otorgadas y el rol que desempeña cada una de las diversas instancias involucradas.

La Ley General de Aguas de 1969 mostró el nivel de centralismo que caracterizaba al Estado a fines de la década del 60 al establecer que las licencias se otorgaban mediante Resolución Suprema y las autorizaciones mediante Resolución Ministerial, siendo sólo los permisos de aguas otorgados por los Administradores Técnicos de Distrito de Riego (en adelante, "ATDR"), los que permitían un mayor acceso por parte de la población por tratarse de autoridades locales. Estas disposiciones originaron un alto nivel de informalidad en el uso del recurso con fines agrarios a nivel nacional por lo engorroso y costoso de iniciar o efectuar el seguimiento a los trámites que se llevaban a cabo en Lima y fomentaron que sólo quienes tenían acceso a determinados niveles de decisión pudieran contar con sus derechos formalizados²⁷. Con la dación del Decreto Legislativo 106 en julio de 1981 se trata de imprimir una mayor democratización en el otorgamiento de los derechos de agua al establecer que la entonces Dirección General de Aguas, Suelos e Irrigaciones otorgara las licencias (manteniendo el centralismo pero "disminuyendo" el grado de dificultad para la obtención del derecho) y las Direcciones Regionales de Agricultura, las autorizaciones.

Hasta este momento, sin que ello implique que esto no continuara ocurriendo, es claro que los permisos otorgados por los ATDR respecto a los recursos hídricos sobrantes no contaban necesariamente con un sustento técnico al no haber en los diversos valles un balance hídrico de la oferta y demanda por una falta de capacidad en recursos humanos y económicos por parte del Estado.

En julio de 1991, la Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario dada por Decreto Legislativo 653 estableció, en el segundo párrafo de su artículo 54, que el ATDR es la autoridad de aguas en el ámbito del distrito de riego respectivo (nada distinto a lo que ya decía la Ley General de Aguas), es nombrado por Resolución Suprema del Ministerio de Agricultura y tiene por funciones

administrar las aguas de uso no-agrario y agrario, de acuerdo a los Planes de Cultivo y Riego aprobados, teniendo en cuenta las realidades hidrológicas, agrológicas y climatológicas en el ámbito geográfico de su competencia. Es posteriormente, en el Reglamento de esta Ley, aprobado mediante Decreto Supremo 0048-91-AG, que se precisa en el artículo 120 inciso d), que es facultad del ATDR otorgar licencias, permisos y autorizaciones de uso de aguas superficiales y subterráneas para los usos previstos en la legislación de aguas.

Podría no llamar la atención y simplemente considerarse como una mayor dosis de desconcentración de funciones el hecho que se transfiera a una autoridad local la facultad de otorgar derechos de uso de agua, "democratizando" el acceso al recurso o poniendo al alcance de las mayorías la oportunidad de formalizar sus derechos. Ya el ATDR contaba con la facultad de otorgar permisos de uso de agua desde que fuera promulgada la Ley General de Aguas al ser éstos eminentemente para uso agrario, y con esta decisión podría interpretarse que ahora este funcionario mantendría una visión integral respecto a la demanda del recurso, concentrando funciones respecto al otorgamiento de derechos, y permitiría a la población un mayor y mejor acceso a la solicitud y seguimiento de los mismos. Sin embargo, hay un par de temas que deberíamos considerar, los cuales en su oportunidad generaron malestar a ciertos sectores, pero nunca reacciones concretas.

¿Fue el Decreto Legislativo 653 una modificación concreta de la Ley General de Aguas en materia de asignación de facultades para el otorgamiento de derechos de uso de agua? ¿En el marco de una norma expresamente dirigida al desarrollo del sector agrario corresponde interpretar que estamos gestionando el recurso hídrico para todos los usos?

Si de claridad se trata, la única modificación expresa respecto al otorgamiento de derechos de uso de agua es la efectuada mediante el Decreto Legislativo 106 antes mencionado. El expresar en su artículo 54 que el ATDR es la autoridad de aguas en un ámbito determinado y que tiene por función "administrar" las aguas de uso no-agrario y

²⁷ Antes de ser implementado el Programa de Formalización de Derechos de Uso de Agua – PROFODUA a partir del año 2004, sólo un 5% del agro nacional contaba con derechos de uso de agua superficial documentados y firmes. La información con que contaba el Estado, además, estaba desactualizada y era indirecta ya que estaba a cargo de las Juntas de Usuarios en los denominados Padrones de Usuarios de Agua.

agrario es una apreciación demasiado genérica que no necesariamente podría implicar que se le asigne la facultad de otorgamiento de derechos. En la propia Ley de Aguas la facultad de otorgar derechos no está asignada a "la autoridad de aguas" sino a instancias (y funcionarios) expresamente designados.

Aun cuando el reglamento del Decreto Legislativo 653 es concreto en referirse a las funciones del ATDR (entre ellas el otorgamiento de derechos de uso de aguas), esa concreción hubiera sido pertinente a nivel legal (por ser tan expreso lo señalado en la Ley General de Aguas) mas no reglamentario en lo que se refiere al otorgamiento de derechos.

En lo que respecta a la pertinencia de emitir disposiciones respecto a un recurso de uso multisectorial en el marco de una ley eminentemente agraria, el Decreto Legislativo 653 señala en su artículo 1 que el desarrollo del sector agrario es prioritario y corresponde al Estado promover el uso eficiente de las tierras y las aguas, dictando normas para la protección, conservación y regulación en el aprovechamiento de dichos recursos; en tanto el artículo 2 establece que dicha ley se orienta a otorgar garantías para el libre desarrollo de las actividades agrarias, para lo cual (entre otros) promueve el aprovechamiento de aguas subterráneas, así como el mejoramiento de los sistemas de riego, propiciando una activa participación de los productores agrarios en materia de uso de aguas.

Como puede apreciarse del análisis de todo el Decreto Legislativo, y con mayor énfasis en el Título V, la referencia que se hace a las aguas es eminentemente dirigida a su uso agrario. El que la Ley General de Aguas tenga un sesgo agrario muy marcado no le quita su enfoque multisectorial (aun cuando no lo desarrolla adecuadamente) respecto al otorgamiento de derechos, situación que podría no ser interpretada de igual manera en este caso.

Al margen de cualquier cuestionamiento aquí planteado, es un hecho concreto, sin embargo, que desde 1991 y por quince años, con el respaldo del Decreto Legislativo 653 y del inciso d) del artículo 120 del Decreto Supremo 0048-91-AG, sólo y exclusivamente los ADTR han venido

otorgando derechos de uso de agua para usos agrarios y no agrarios, aunque no con pocos cuestionamientos por parte de los diversos sectores productivos que se acusan mutuamente de una parcialización en la toma de decisiones, ni con pocos problemas por parte de la autoridad local que no ha contado necesariamente con la información adecuada tanto en sentido técnico como normativo²⁸.

Pero lo ocurrido en diciembre del 2006 nos trae a colación nuevamente el tema de la pertinencia formal de la asignación de facultades en materia de otorgamiento de derechos de uso de agua, ya que mediante Decreto Supremo 078-2006-AG y sustentándose en el proceso de descentralización y transferencia de funciones, la facultad de otorgar derechos de uso de agua sufre un nuevo cambio en el que esta vez la Intendencia de Recursos Hídricos del INRENA otorgará las licencias de uso de agua, las Direcciones Regionales de Agricultura las autorizaciones y los ATDR los permisos. Es decir, un Decreto Supremo nos vuelve al mismo esquema de la Ley General de Aguas en 1981 y que fuera modificado en 1991 de manera tácita (pero no muy clara) por una ley de desarrollo agrario.

Con estos antecedentes no es de extrañar que la dación del Decreto Legislativo 997 se haya interpretado como una reacción del Ministerio de Agricultura por mantener en su sector la gestión del recurso hídrico (pero sobre todo la facultad de otorgar derechos respecto a él), ante la inminencia de la creación del Ministerio del Ambiente y la propuesta tanto del proyecto de la Nueva Ley de Aguas que se está discutiendo en el Congreso como de la propia comisión que propuso la creación del Ministerio del Ambiente respecto a crear una Autoridad de Aguas de carácter multisectorial y por ende separada del sector agricultura.

B. Instancias administrativas para la resolución de conflictos en materia de aguas

Si las facultades establecidas en materia de otorgamiento de derechos de uso de agua han significado un recorrido accidentado a lo largo de 39 años de vigencia de la Ley General de Aguas, la claridad respecto de las funciones que cumplen quienes son considerados primera o segunda

²⁸ Al desconocimiento técnico respecto al balance hídrico de las cuencas en las que trabajan e incluso en algunos casos del ámbito de sus jurisdicciones, se suma la avalancha normativa existente desde la publicación de la Ley General de Aguas y la "incompatibilidad" de la misma con aquella normativa de promoción a la inversión privada y modernización sectorial que se desarrolló durante la década del 90, sobre todo para los sectores minero y eléctrico.

instancia administrativa en materia de agua no es la excepción.

La Ley General de Aguas estableció que la primera instancia administrativa para resolver las cuestiones y reclamos derivados de dicha ley sería el ATDR, correspondiéndole al Ministerio de Agricultura ser segunda y última instancia administrativa. En julio de 1981 y mediante Decreto Legislativo 106 se estableció que la segunda instancia correspondería a la Dirección General de Aguas, Suelos e Irrigaciones, a menos que ésta delegara en todo o en parte sus facultades en los Directores Regionales de Agricultura.

Posteriormente, con la dación del Decreto Legislativo 653, la segunda y última instancia administrativa se puso a cargo de las recientemente creadas Autoridades Autónomas de Distrito de Riego²⁹ (en adelante, "AACH"). En aquellos lugares donde no se constituyera una ACCH, correspondería a las Direcciones Regionales o Sub-Regionales de Agricultura (según fuera el caso) cumplir este rol, precisión que se estipuló mediante Decreto Supremo 14-95-AG. El único inconveniente consistió en que, en el caso de las Direcciones Regionales y Sub-Regionales no se precisó que se trataba de "segunda y última instancia", por lo que una serie de decisiones fueron posteriormente revisadas por el propio Ministerio de Agricultura³⁰.

También en este caso, el Decreto Supremo 078-2006-AG "modifica" lo señalado en el Decreto Legislativo 653 en el marco de las normas de descentralización y delegación de facultades y establece una compleja maraña de instancias administrativas en materia de temas relacionados a la gestión del recurso hídrico, la cual se encuentra actualmente vigente y es como sigue:

- a) El Ministerio de Agricultura es segunda y última instancia con respecto a las impugnaciones de las resoluciones que resuelvan en primera instancia la Intendencia de

Recursos Hídricos respecto a las cuestiones y reclamos que planteen los Gobiernos Regionales sobre el aprovechamiento de aguas en fuentes hídricas transregionales y las que emita en primera instancia las Direcciones Regionales respecto a otorgamiento de autorizaciones de agua o servidumbres forzosas de agua.

- b) El Intendente de Recursos Hídricos resuelve en primera instancia respecto a las cuestiones y reclamos que planteen los Gobiernos Regionales sobre el aprovechamiento de aguas en fuentes hídricas transregionales.
- c) Las AACH en segunda instancia respecto a las resoluciones que expida en primera instancia el ATDR.
- d) El Director Regional de Agricultura en segunda instancia respecto a las resoluciones emitidas por el ATDR en aquellos ámbitos en los que no se haya constituido una AACH.
- e) El ATDR en primera instancia respecto a las cuestiones y reclamos derivados de la aplicación de la legislación de aguas con excepción de aquellas asignadas a las Direcciones Regionales y a la Intendencia de Recursos Hídricos.

C. Autoridad Única para la gestión del recurso hídrico

El lograr una innovación institucional para una gestión multisectorial e integrada del recurso hídrico a que se refiere el primer objetivo de la ENGRH se encontró con un enemigo omnipresente: la falta de interés político en apoyar una propuesta que genera una pugna al interior del propio gobierno por mantener cuotas de poder.

Desde el 2003 se cuenta con una propuesta de institucionalidad contenida en el proyecto de la Nueva Ley de Aguas elaborado por la comisión multisectorial del mismo año y recogida, socializada y debatida con apoyo del Congreso hasta el día de hoy, para la cual se han ensayado una serie de denominaciones³¹, pero una sola y concreta

²⁹ Creadas mediante el artículo 55 del Decreto Legislativo 653, las ACCH se constituirían en las cuencas hidrográficas que dispusiera de riego regulado o en las que existiera un uso intensivo y multisectorial del agua. A lo largo de estos años de implementación sólo se crearon 5 ACCH: (a) Jequetepeque, (b) Chira-Piura, (c) Chancay-Lambayeque, (d) Chillón-Rímac-Lurín y (e) Santa.

³⁰ Incluso habiéndose hecho referencia a que las ACCH eran segunda y última instancia administrativa en el Decreto Legislativo 653, el Ministerio de Agricultura conoció en recurso de revisión decisiones de esta autoridad que era "autónoma" por definición y no se mencionaba que estuviera adscrita a ningún Ministerio.

³¹ El proyecto de Ley 386/2006-CR de la Nueva Ley de Aguas que discute actualmente el Congreso le denominó Consejo Nacional del Agua, el proyecto de Ley del Sistema Nacional de Gestión del Agua impulsado por el Ejecutivo en mayo del 2007 le llamó Instituto Nacional del Agua. Sin embargo, el proyecto de Ley 2026/2007-CR que proponía la Ley de Creación del Ministerio del Ambiente y los Recursos Naturales, aun cuando establecía la autoridad de aguas bajo dicho ministerio, no le daba autonomía al convertirla en un Organismo Técnico Especializado sino que la acogía como Dirección General del Agua dentro de su estructura orgánica.

característica principal: esta nueva y fuerte institucionalidad para la gestión de los recursos hídricos se debe encontrar adscrita a un ente de carácter multisectorial y consolidar en una sola institución las facultades dispersas en diversas instituciones y sectores, las cuales delegará en la medida que corresponda, a autoridades que se responsabilizan a su vez por la gestión integrada del recurso hídrico en un espacio geográfico delimitado por una cuenca hidrográfica.

Incluso el Grupo de Trabajo Multisectorial presidido por el doctor Antonio Brack Egg, que fue encargado mediante Resolución Ministerial 025-2008-PCM de presentar al Gobierno un proyecto de ley de creación del Ministerio del Ambiente, discutió y propuso la pertinencia de contar con una autoridad de aguas única que consolidara las facultades dispersas respecto a la gestión del recurso en calidad, cantidad y oportunidad a la cual denominó Autoridad Nacional de Recursos Hídricos y Cuencas³².

¿Qué hace, entonces, que el propio Gobierno que efectúa un encargo con miras a desarrollar una visión integral de la gestión del ambiente y los recursos naturales en el país, permita la dación de un Decreto Legislativo que excluye *a priori* de las competencias de este Ministerio integral e integrador, las funciones que pudiera haber evaluado y propuesto en referencia a los recursos hídricos, forestales y de fauna?³³

Diversos son los motivos que se han mencionado reiteradamente en el presente documento para no contar aún con una autoridad de este tipo, pero la falta de interés político (que no promueve la discusión y aprobación de una nueva Ley de Aguas que precisamente recoge a detalle la institucionalidad que se precisa) y la lucha por mantener cuotas de poder sectoriales (que hace que un sector impulse un apresurado Decreto Legislativo 997 creando a la Autoridad Nacional del Agua en contra incluso de otro mandato expreso del Gobierno) quizás sean los argumentos principales y muestran una falta de consistencia y

visión sobre el tema por parte de los tomadores de decisiones.

Esta nueva autoridad autónoma, única y participativa (pues propone en su consejo directivo a casi un 50% de miembros de la sociedad civil) cuenta con todas aquellas características que la harían “demasiado” técnica y poco manipulable, por lo que no necesariamente sería del agrado de quienes sienten que la manera en que se ha venido llevando la gestión es menos preocupante para sus intereses. Pero por temor a ciertas facultades (como la de decidir a quién otorgar un derecho), se deja de lado otras igualmente importantes e incluso más, porque se relacionan con la planificación del recurso y el diseño de políticas adecuadas.

El resultado de este juego de poderes con respecto a un recurso estratégico como el hídrico pero sobre todo respecto a un tema fundamental como el ambiental, ha hecho que la institucionalidad en dicha materia en nuestro país se encontrara en una situación verdaderamente preocupante durante el primer semestre del 2008.

A la apresurada dación del Decreto Legislativo 997 que retenía en el sector agricultura algunas facultades planteadas de manera diferente por la Comisión presidida por el doctor Brack, se sumó la dación del Decreto Legislativo 1013 creando el Ministerio del Ambiente, sin considerar en él ninguna facultad respecto del recurso hídrico pero sobre todo siendo cuestionada incluso la pertinencia del conducto legal por el que se aprobó dicho dispositivo.

Actualmente, nos encontramos por un lado, ante un INRENA en proceso de desmembramiento, con las facultades respecto a los recursos hídricos, forestales y de fauna en manos del Ministerio de Agricultura a pesar que la propuesta de la Comisión presidida por el doctor Brack fue diferente; y por otro lado con dos dictámenes de ley que pueden considerarse fundamentales para el futuro de la gestión de los recursos hídricos en el

³² El Grupo de Trabajo Multisectorial encargado de preparar el Ministerio del Ambiente, presidido por el doctor Antonio Brack y designado mediante Resolución Ministerial 025-2008-PCM, presentó el 3 de marzo del 2008 los documentos finales conteniendo el proyecto de Ley del Ministerio del Ambiente y su respectiva exposición de motivos, los lineamientos para una política nacional del ambiente y el diagnóstico ambiental del Perú. En el artículo 6 del proyecto de Ley presentado, se establecía dentro de la estructura orgánica del Ministerio del Ambiente a la Autoridad Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos y Cuencas como Organismo Técnico Especializado adscrito a él y en el artículo 18 de la propuesta ampliaba detalles sobre sus funciones.

³³ El Decreto Legislativo 997 no sólo retiene en el Ministerio de Agricultura las facultades referidas a la gestión de los recursos hídricos a través de su artículo 4 (numeral 4.2), su artículo 6 (numerales 6.1.3. y 6.1.10) y la Primera Disposición Complementaria Final, sino que mantienen también cualquier potestad respecto a la gestión de los recursos forestales y de fauna (artículo 4, numeral 4.2 y artículo 6 numerales 6.1.7 y 6.1.10).

país, pero contradictorios entre sí respecto a lo que se piensa sobre institucionalidad en materia de recursos hídricos.

El 3 de junio del 2008, la Comisión Agraria ha emitido el Dictamen de la denominada Ley General de Recursos Hídricos, que recoge la necesidad de contar con un Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos encabezado por la Autoridad Nacional de Recursos Hídricos (en adelante, "ANRHI"), ente perteneciente al Ministerio de Agricultura. Esta propuesta puede considerarse en materia de institucionalidad, como altamente reglamentaria, al igual que el proyecto de Ley 386-2006-CR, pero sobre todo insiste en el liderazgo sectorial del tema.

Por su parte, el 9 de junio del 2008, la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afro peruanos, Ambiente y Ecología emite un dictamen que propone crear el Ministerio del Ambiente y los Recursos Naturales, señalando como uno de los principales motivos para ello la ausencia de referencias a la gestión de los recursos hídricos en el Ministerio del Ambiente, además de la cuestionada formalidad que revistió la creación del mismo mediante el Decreto Legislativo 1013. Sin embargo, en esta oportunidad, la propuesta no impulsa la autonomía decisoria de la autoridad de agua nacional, al considerar que las facultades en materia hídrica corresponden al Viceministerio de Desarrollo Estratégico de los Recursos Naturales. Se pierde así la oportunidad de crear una autoridad autónoma nacional y única respecto de la gestión del recurso.

Es increíble que ninguna de las fórmulas sobre institucionalidad en la gestión de los recursos hídricos en el país haya podido a la fecha conciliar los innumerables intereses existentes, pero sobre todo mantener como meta una propuesta técnica sobre aquellas de índole político.

IV. RELEXIONES FINALES

La adecuada gestión del recurso hídrico es cada día de mayor importancia estratégica para los países del orbe y el Perú no debería ser la excepción. A pesar de contar con una de las más importantes reservas del agua dulce del mundo, nuestro país es a su vez uno de los primeros países

altamente vulnerables frente al cambio climático a nivel mundial debido, entre otras circunstancias, a:

- El fuerte retroceso de nuestros glaciares tropicales ocurrido en las últimas décadas;
- La alta densidad de población con que contamos en ámbitos con escasa oferta hídrica³⁴, lo que colocaría por ejemplo a la vertiente del pacífico del Perú en el puesto 129 del ranking de UNESCO sobre disponibilidad de recurso hídrico *per cápita*, después de China (el país más poblado del mundo);
- La deforestación continua y sistemática de cabeceras de cuenca producto de una desordenada e inadecuada ocupación del territorio, y,
- Actividades económicas de alta demanda del recurso que, por ejemplo en el caso de la agricultura tradicional no tecnificada, aplica un riego por inundación, con lo que ello implica un uso ineficiente del recurso hídrico y salinización de suelos.

Con este panorama, es claro que se deben unir esfuerzos entre los diversos niveles del Estado y la sociedad civil para generar conciencia de la necesidad de gestionar adecuadamente el agua y para ello tenemos una serie de oportunidades por delante:

- Una estrategia nacional de gestión de recursos hídricos adecuadamente diseñada, pero no acertadamente implementada, espera por una evaluación profunda que permita identificar si, además de la falta de apoyo que se argumenta ha sido uno de los problemas para concretar y llevar adelante sus propuestas, existen aspectos no considerados que la hacen mantener un sesgo geográfico o temático innecesario;
- Una propuesta normativa ampliamente discutida y socializada que espera el impulso político final que le permita modernizar la gestión del recurso de la mano de una institucionalidad adecuada, única y fortalecida, que no pierda en ningún momento de vista, la necesidad de efectuar una gestión integrada e integral del recurso;
- Un Congreso que ha planteado fortalecer al Ministerio del Ambiente asignándole aquellas facultades que no le fueron consignadas en la apresurada creación del Ejecutivo, de ma-

³⁴ En la vertiente del pacífico se asienta el 70% de la población nacional y se cuenta con escasamente el 1.8% de la disponibilidad hídrica del país, situación inversamente proporcional a la que se vive en la vertiente del Amazonas, ya que cuenta con la mayor disponibilidad hídrica del país (97.7%) pero alberga solo el 26% de la población.

nera que le manda hacer suya la batalla por la gestión integrada del recurso hídrico y lo consolide como el espacio de reflexión para el diseño de políticas.

A pesar del errático tratamiento dado al tema en las últimas décadas y al enfoque contradictorio que las propuestas normativas y los posteriores dictámenes de comisión nos muestran, los aspectos que se mencionan líneas arriba siguen siendo fuente de oportunidades. Hacer visibles las contradicciones existentes pero sobre todo insistir en aquellas formulas técnicas integrales que efectúan sus análisis con visión de largo plazo, es la tarea que debemos emprender si

queremos que los resultados que obtengamos no sean materia de discusión antes siquiera de empezar a ser implementados, como ha sido el caso del aceleradamente creado Ministerio del Ambiente.

La actual coyuntura puede darnos la esperanza que un recurso estratégico como el hídrico se encuentre adecuadamente posicionado y reconocido en el corto plazo, permitiéndonos como país enfrentar retos y oportunidades cada vez mayores en materia de desarrollo económico pero con el adecuado balance de sostenibilidad ambiental que los estadistas y países responsables requieren mostrar a las futuras generaciones.

¿SON LAS FUENTES DE ENERGÍA ALTERNATIVA LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA CLIMÁTICO Y ENERGÉTICO DEL MUNDO?

Carlos Andaluz Westreicher

Presidente ejecutivo de la Asociación Civil PROTERRA. Coordinador para América Latina y el Caribe de la Red Internacional de Organizaciones No Gubernamentales contra la Desertificación (RIOD).

Carlos Manuel Rodríguez Echandi

Ex ministro de Medio Ambiente y Energía de Costa Rica. Ganador del Premio de Conservación Global de Océanos en el año 2005.

Adriana Soto Carreño

Coordinadora del Proyecto de Adaptación al Cambio Climático (Global Environment Facility) de Colombia.

En los últimos años se ha producido un llamativo giro hacia una mayor conciencia con respecto al cuidado del medio ambiente. Esto, sumado a una coyuntura internacional compleja, afectada por los peligrosamente inestables precios del petróleo, empujó a las sociedades a buscar nuevas opciones de sustento.

En virtud de ello, gran parte de la atención se ha desviado hacia las energías alternativas (o, con mayor precisión, fuentes alternativas de energía). No obstante, siguen surgiendo dudas respecto al uso de las mismas, agravadas con afirmaciones que vinculan la llamada crisis alimentaria global con la utilización de biocombustibles. Asimismo, se ha cuestionado la eficiencia de las fuentes alternativas de energía, así como su potencial en el corto o mediano plazo.

A continuación, el lector podrá apreciar las opiniones y puntos de vista de enteradas figuras latinoamericanas con respecto a la actualidad de las fuentes alternativas de energía, así como de los obstáculos que plantean y de las posibilidades que nos abren.

1. ¿Cuándo hablamos de energías alternativas, a qué nos estamos refiriendo en realidad?

ANDALUZ: La principal energía de uso actual es combustible fósil (petróleo, carbón mineral, gas natural) y está asociado a la polución ambiental urbana, a la lluvia ácida y al calentamiento mundial; pero lo que más impopular lo hace es seguramente su incesante incremento de precios. Como alternativas a este tipo de energía están las renovables: hidroeléctrica, solar, eólica¹, mareomotriz u oceánica, que son amigables con el ambiente. Últimamente se ha añadido a esta lista los biocombustibles, que se dividen en tres grandes grupos: biodiesel, bioetanol y Dimetil éter o BioDME (obtenido de biomasa).

Se considera a los biocombustibles energía alternativa porque emiten al ambiente la misma cantidad de carbono que capturan, son más baratos, puede instalarse plantas de transformación en distintos lugares, se puede emplear aceites de

origen animal o vegetal, y se puede aprovechar los aceites comestibles desechados. No es excesivo decir que el empleo de la palabra “alternativo”, además de referirse a “fuente diferente”, también se refiere a la connotación ambiental y social.

El Perú cuenta con muchas especies, entre nativas e introducidas, que son aptas para la producción de biocombustibles. Así, en oleaginosas tenemos el maní (*Arachis hipogaea*), usado por el señor Diesel para la primera ignición del famoso motor que lleva su nombre, y que se cultivaba hace más de 5000 años en nuestro país; otras plantas disponibles son el aguaje (*Mauritia flexuosa*), la andiroba (*Carapa guinensis*), el babassu (*Orbignya phalerata*)², la castaña (*Bertholletia excelsa*), la higuera (*Ricinus comunis*), el metohuayo (*Caryodendron orinocense*), la palma aceitera (*Elaeis guineensis*), el piñón blanco (*Jatropha curcas*), el pijuayo (*Bactris gasipaes*), el sachapichu (*Plukenetia volubilis*), la ucuuba (*Virola surinamensis*) y el umarí (*Poraqueiba sericea*).

2. ¿Tiene el mismo sentido hablar de energías alternativas en los países altamente industrializados y en aquellos que se encuentran en vías de desarrollo?

ANDALUZ: Los países en vías de desarrollo no cuentan con los millares de millones de dólares³ invertidos en Estados Unidos y Europa para promover las energías alternativas, ni consumidores con la capacidad adquisitiva para acceder a los altos costos de los artefactos que los usan.

Cada país responde a situaciones diferentes; así, por ejemplo, Perú y Bolivia cuentan con grandes y diferentes fuentes de energía, mientras que Chile adolece de éstas. Para el Perú, incrementar la hidroenergía y usar gas natural para los vehículos sería lo más conveniente, sin perjuicio del desarrollo de fuentes como la eólica. Abastecer el uso fijo de energía (industrial, minero, domiciliario) no debería ser un problema para el Perú, pero no sucede lo mismo respecto de los vehículos, ya que su abastecimiento con energías alternativas como la electricidad o hidrógeno suponen alto costo a los consumidores; ahí los biocombustibles resultan atractivos, pues no suponen cambio de

¹ El Viceministro de Energía sostiene que en dos años, los parques eólicos de Perú atenderán el 5% de la demanda de energía que se comercializa en el país y que ya se cuenta con más de 1,200 megavatios en proyectos y concesiones temporales en marcha. Recogido de: El Peruano. 20 de mayo de 2008. p. 11.2

² Cuyo aceite se usó para volar el primer Boeing con biocombustible.

³ La Secretaria de Estado de Estados Unidos, Condoleezza Rice, en su discurso del 4 de junio de 2007 ante la OEA en Panamá, dijo respecto a los combustibles alternativos: “Durante los últimos seis años, con el pleno apoyo del Congreso, hemos proporcionado más de 12 000 millones de dólares para la investigación de fuentes alternativas de energía”.

las unidades móviles. No obstante, muchos proyectos de inversión en biocombustibles están orientados a la exportación, así que el cultivo y transformación en este campo están enfocados más como una oportunidad de negocios por la demanda del mercado internacional antes que una política nacional de uso de combustibles alternativos. Esta demanda responde también a los insostenibles patrones de producción, como es el caso de algunas transnacionales que muestran poca disposición a producir vehículos más eficientes en el consumo de combustible⁴.

RODRÍGUEZ: Por supuesto, creo que es evidente que tenemos un reto global energético que requiere entender que las economías, naciones y sociedades que hemos usado los combustibles fósiles como el motor del desarrollo debemos cambiar nuestra matriz energética a una que garantice una fuente renovable de energía, que sea viable ambientalmente, y que coadyuve a la sostenibilidad del desarrollo. En este sentido, incluso cuando el capital y la tecnología mayoritariamente están en las naciones desarrolladas, todas deben moverse hacia esquemas que disminuyan la dependencia y vulnerabilidad de los combustibles fósiles. Esto tomará tiempo y para que las condiciones cambien de manera favorable, los Estados, en especial en países en desarrollo, deben generar el marco institucional y de políticas como incentivos que aceleren este proceso.

SOTO: Las fuentes de energía alternativa (que incluyen hidro, eólica, biomasa, solar y térmica) son opciones deseables para los países de la región en la medida que representan menos emisiones de gases efecto invernadero (en adelante, "GEI") y, dada la tendencia de los precios del petróleo, pueden representar ahorros importantes para la economía nacional. A la vez, la comunidad internacional se está enfocando en mitigar

las causas de este fenómeno restringiendo procesos de producción y comercialización que no sean eficientes en la reducción de GEI.

Es de todo interés, entonces, que los países de la región comiencen un proceso de diversificación de sus fuentes de energía, que en el largo plazo vuelvan menos dependiente a la región en el uso de combustibles fósiles y contribuyan a la disminución de GEI. Como el cambio hacia estas fuentes alternativas no se da de la noche a la mañana, es importante promover paralelamente procesos de uso eficiente de energía convencional pues estos ayudan también a disminuir las emisiones de GEI.

Lo anterior requerirá de incentivos adecuados y seguramente de inversiones importantes: el Banco Mundial estima que se requiere varias decenas de millones de dólares para cubrir los costos incrementales de una transición hacia economías con emisiones bajas de carbono en los países en desarrollo. Es una obligación moral de los países desarrollados hacia los países en desarrollo contribuir a financiar este proceso de transición.

3. ¿Qué clase de regímenes especiales se han creado en su país sobre energías alternativas? ¿Qué modificaciones a la regulación deberían hacerse para promover la explotación y utilización de dicho tipo de energías?

ANDALUZ: En el Perú la producción de biocombustibles se viene fomentando desde la aprobación de la Ley 28054⁵, que promueve el mercado de los biocombustibles y establece las políticas de Estado para su producción⁶. Esta Ley se reglamentó con el Decreto Supremo 013-2005-EM⁷, y para fomentar el uso interno en el artículo 7 se estableció un cronograma de aplicación y

⁴ El presidente Bush no aceptó las propuestas para que en su país se produzca vehículos que rindan 75 kilómetros por galón porque la Chrysler, la Ford y la GM no lo aceptaron.

⁵ Desarrolla su objeto, define qué son biocombustibles, da políticas generales, establece el uso del biocombustible y menciona el programa de cultivos alternativos. Asimismo, crea PROBIOCOM y le encarga a PROINVERSIÓN su implementación; dispone la constitución de una Comisión Técnica para proponer y recomendar normas y disposiciones complementarias para cumplir la ley, siguiendo como lineamiento base el establecimiento de un cronograma y porcentajes de uso y un programa de sensibilización.

⁶ 1. Desarrollar y fortalecer la estructura científico-tecnológica destinada a generar la investigación necesaria para el aprovechamiento de los biocombustibles; 2. Promover la formación de recursos humanos de alta especialización en materia de biocombustibles comprendiendo la realización de programas de desarrollo y promoción de emprendimientos de innovación tecnológica; 3. Incentivar la participación de tecnologías, el desarrollo de proyectos experimentales y la transferencia de tecnología adquirida, que permitan la obtención de biocombustibles mediante la utilización de todos los productos agrícolas o agroindustriales o los residuos de éstos; 4. Incentivar la participación privada para la producción de biocombustibles; 5. Incentivar la comercialización de los biocombustibles para utilizarlos en todos los ámbitos de la economía en su condición de puro o mezclado con otro combustible; 6. Promover la producción de biocombustibles en la Selva, dentro de un Programa de Desarrollo Alternativo Sostenible; 7. Otros que determine el Poder Ejecutivo para lograr los objetivos de la Ley.

⁷ El Reglamento contiene: porcentaje de mezcla –gasolinas con 7.8% de alcohol carburante para convertirse en gasolina ecológica; cronograma para gasolinas por regiones y para todo el país; porcentaje de mezcla –diesel de 5% para producir diesel ecológico; cronograma para diesel; lugares donde se comercializará por regiones y todo el país; Declaración Anual de Producción de biocombustibles para que los productores lo presenten al Ministerio de Energía y Minas; posibilidad de modificación de cronograma con 12 meses de

uso del Alcohol Carburante en las gasolinas⁸, que no se llegó a implementar, por lo que se emitió el Decreto Supremo 021-2007-EM⁹, que aprobó el Reglamento sobre la comercialización de los biocombustibles, con la finalidad de alcanzar el objeto de la ley (que consiste en promover las inversiones en el rubro de los biocombustibles). Posteriormente, se dio la Directiva 004-2007-PROINVERSIÓN sobre “Lineamientos del Programa de Promoción del Uso de Biocombustibles – PROBIOCOM”. Esta directiva crea cinco grupos de trabajo con temas, lineamientos y responsables por cada grupo¹⁰.

La alarma provocada por el alza de los alimentos atribuida al cultivo de biocombustibles en tierras destinadas al cultivo de alimentos, ha provocado el anuncio gubernamental de que la política de promoción será reorientada.

Ahora bien, la producción y la utilización de combustibles biológicos líquidos pueden contribuir a la reducción neta de las emisiones de gases de efecto invernadero y ayudar a mitigar el cambio climático, siempre que la política tenga en cuenta que el consumo de energía y las emisiones resultantes de la actividad agrícola y de su procesamiento industrial aseguren un beneficio neto de carbono. Por lo tanto, la regulación debe promover prácticas agrícolas y de procesamiento industrial sostenibles para evitar la contaminación de aguas o el uso intensivo que genere conflictos con otros usuarios. Asimismo, una adecuada promoción de biocombustibles debe evitar un aumento de las emisiones netas de gases de efecto invernadero por la conversión de bosques en campos agrícolas, con el añadido de la pérdida de importantes habitats y de diversidad biológica. En el campo socioeconómico, su cultivo no debe reemplazar las tierras destinadas a la producción de alimentos para evitar su escasez e incremento de precios.

RODRÍGUEZ: Costa Rica tiene una particular condición institucional donde el tema de energía eléctrica se ha sustentado fuertemente en energías renovables. A partir del año de 1985, se creó el Ministerio de Ambiente y Energía, en la cual se busco la complementariedad de la agenda ambiental y la energética. Con esta estructura institucional, las políticas energéticas del país han tenido una gran influencia de la agenda de sostenibilidad, que aunado a la competitividad de los precios de las fuentes renovables, han hecho que en Costa Rica arriba del 90% de la energía eléctrica se produzca con fuentes renovables. Esto es el producto también de un largo proceso de ajuste e innovación que a lo largo de los años ha logrado que el país sea competitivo, atractivo a la inversión, menos vulnerable al mercado y los precios de los hidrocarburos y en un claro entendimiento de que el uso de las fuentes de energía debe darse en respeto con la naturaleza. Todavía el país tiene grandes retos por delante con el sector de transporte y sobre el control y monitoreo de los impactos ambientales.

4. Tomando en cuenta el desarrollo tecnológico en este momento, ¿podría su país sostenerse mayoritariamente en base a energía alternativa? ¿Por qué?

ANDALUZ: El cambio de matriz energética en el Perú está migrando del petróleo al gas natural (vamos camino a la autosuficiencia en petróleo debido al éxito en la exploración de hidrocarburos), hay en cartera múltiples proyectos de hidroeléctricas (doce solo en el marco de cooperación Perú-Brasil), etcétera; de manera que, al existir suficientes fuentes tradicionales, no se avizora ni la necesidad ni el interés por un desarrollo tecnológico capaz de sostener mayoritariamente las necesidades de energía con fuentes alternativas. De otro lado, cuando se anuncia un parque eólico capaz de abastecer el 5% de las

anticipación; comercialización mayorista con registro de compras y proveedores; los lugares de mezcla. Además, están los proyectos de promoción, los mecanismos de desarrollo limpio, los cultivos alternativos en la selva con sus respectivos programas, y los programas de uso.

⁸ El artículo establecía que “a partir del 30 de junio del 2006 las gasolinas ecológicas serán producidas y comercializadas en las regiones: La Libertad, Lambayeque, Ancash, Piura y las provincias de Barranca y Huaura de la Región Lima. A partir del 1 de enero de 2008 en las regiones: Loreto, Ucayali, Amazonas, San Martín y Huánuco. A partir del 1 de enero de 2010 en todo el país”.

⁹ i) Las normas correspondientes a la comercialización y distribución de biocombustibles puros y mezclas de éstos con combustibles líquidos derivados de los hidrocarburos tales como las gasolinas y diesel 2, por intermedio de los distribuidores mayoristas autorizados para dicho fin; ii) Las normas técnicas de calidad que se deberán cumplir; iii) Las normas correspondientes para el registro de las mezclas de biocombustibles con combustibles líquidos derivados de los hidrocarburos ante la Dirección General de Hidrocarburos; iv) El cronograma para la comercialización de los biocombustibles y sus mezclas con los combustibles líquidos derivados de los hidrocarburos.

¹⁰ Grupo I: Promoción del consumo y aspectos tributarios; Grupo II: Normas técnicas, ensayos sobre mezclas; Grupo III: Reglamento de comercialización y competencias; Grupo IV: Exploración agrícola y asociatividad; Grupo V: Desarrollo Tecnológico y cooperación internacional.

necesidades energéticas, algunos proyectos de energía fotovoltaica o los propios biocombustibles, la inversión viene aparejada con la tecnología; por ello no creemos que en este campo lo tecnológico sea un límite para nuestro país. Distinto sería si las fuentes tradicionales no estuvieran disponibles. Prueba de que no existen limitaciones tecnológicas es que muchos grupos empresariales están invirtiendo en biocombustibles¹¹, pero no pensando necesariamente en el autosostenimiento del país con este combustible sino en su exportación.

El Ministerio de Economía y Finanzas afirma que son 100 millones de dólares los invertidos para la producción de biocombustibles en el año 2008. Efectivamente, el Grupo Romero tiene un proyecto para el valle del Chira; la Empresa Agroindustrial Pomalca ya inició las obras civiles para la construcción de su planta de etanol en la región Lambayeque para producir 150 mil litros diarios de este biocombustible a partir del 2009; la empresa Herco Combustibles S.A., con una inversión de 25 millones de dólares, inauguró recientemente su primera planta de biodiesel, que tiene previsto producir 120 mil galones sobre la base de soya ahora, piñón blanco después y canola posteriormente, en el marco del Programa Sierra Exportadora. Espera hacer una inversión de 200 millones de dólares en el 2008 con la expansión de siembras y 15 mil puestos de trabajo.

Según su gerente, 120 mil galones de biodiesel al día “triplica la cifra que necesita en estos momentos el país”. También se da el caso de la empresa *Pure Biofuels*, constituida en Estados Unidos por inversionistas peruanos para usar el mercado de capitales de ese país, que tiene desde hace casi tres años, una pequeña planta en Chorrillos y vende biodiésel de aceite de palma y pepa de algodón, con una producción de 10 mil galones diarios; una planta en Ventanilla para producir 150 mil galones diarios con una inversión de 75 millones de dólares y están a la búsqueda de 10 mil hectáreas en Pucallpa para producir palma aceitera, incluso cuando necesitarán 40 mil para autoabastecerse. Si esa extensión no desplaza áreas de cultivos legales y cubre parte de los millones de hectáreas degradadas en la selva, no habría peligro para los bosques y ofrece una ven-

taja para la descentralización económica: la necesidad de instalar una planta de refinamiento en el lugar.

Si de desarrollo de tecnología que responda a nuestras necesidades se trata, debemos mencionar que la Universidad Nacional Agraria La Molina (en adelante UNALM) y Soluciones Prácticas-ITDG emprendieron en conjunto las primeras investigaciones sobre biodiesel en el Perú hace más de 6 años. El trabajo desarrollado se ha centrado en el estudio de dos posibles opciones para su producción en el Perú: elaboración artesanal y a pequeña escala en comunidades amazónicas aisladas, a partir de aceites de especies vegetales abundantes, nativas o introducidas, como una posible solución al problema de acceso a la energía de dichas comunidades, y producción a partir de aceites vegetales usados en zonas urbanas, para ser utilizado como aditivo del combustible diesel en vehículos de transporte terrestre para reducir las emisiones de gases contaminantes y como una alternativa para resolver la disposición final de los aceites usados. Asimismo, la Facultad de Ingeniería Agrícola de la UNALM investiga en energía renovable y actualmente cuenta con una Planta Piloto de Producción de Biodiesel. En sustitución de cultivos ilegales por alternativos hay iniciativas de productores de palma aceitera del oriente peruano organizados como el Comité Central de Palmicultores de Ucayali (en adelante, “COCEPU”¹²) y Oleaginosas Amazónicas S.A. (en adelante, “OLAMSA”).

RODRÍGUEZ: Una cosa es tener un inventario de fuentes energéticas renovables en nuestra región y otra es hacer viable el desarrollo de infraestructura y de proyectos que en el corto plazo disminuyan el uso de combustibles fósiles. Pero sí es importante tener metas a largo plazo que sean acompañadas de transformaciones políticas serias que faciliten el cambio. Creo que existe potencial y se requiere liderazgo político. Creo que al existir Ministerios de Energía en nuestra región sin una fuerte dosis de complemento con la agenda de sostenibilidad que en su mayoría es llevada adelante por los Ministerios de Ambiente, es muy poco lo que podríamos cambiar. El establecimiento político actual no ayudará al cambio profundo de timón, por eso es que se requiere el dialogo político sobre los cambios estructurales necesarios para

¹¹ Las empresas que invierten para biocombustibles son: Grupo Romero, Maple Etanol, Cayaltí, Casa Grande/Cartavio, Tumán, Grupo Manuelita.

¹² Grupo de 270 palmicultores de Ucayali organizados en 6 comités, creados para canalizar recursos financieros de la asistencia técnica para aprovechar organizadamente la producción de la palma aceitera y que presentaron un proyecto para biocombustibles.

enfrentar los retos energéticos como parte de una nueva agenda de desarrollo, que respete y reconozca el papel primordial de los ecosistemas naturales y los objetivos económicos y sociales de los Estados.

SOTO: Las fuentes de energía que dependen de combustibles fósiles son no solamente la fuente principal de emisiones de gases efecto invernadero, sino también costosas, dada la tendencia al alza de los precios internacionales del petróleo. Si el objetivo para nuestros países es lograr un desarrollo sostenible ambiental y económico en el futuro, es deseable comenzar lo antes posible a hacer una transición hacia fuentes renovables de energía acompañada de procesos de uso eficiente de energía convencional. En ese sentido, los retos a los que se verá enfrentada la región son: asegurar el acceso a energía para poder cumplir con los objetivos de desarrollo, encontrar mecanismos para realizar la transición hacia economías bajas en emisiones de carbono y explorar opciones para disminuir la vulnerabilidad al cambio climático.

En varios países de América Latina, la fuente principal de energía proviene de fuentes hídricas. Por ejemplo, el 70% de la fuente de energía en Venezuela y el 78,1% de la de Colombia proviene de fuentes renovables de energía, particularmente recursos hídricos. Las emisiones de gases efecto invernadero de la generación hidroeléctrica son relativamente bajas y están asociadas principalmente a su proceso de construcción (deforestación). Sin embargo, las fuentes hídricas de abastecimiento para este tipo de generación de energía pueden estar amenazadas por el cambio climático, principalmente por disminución en las precipitaciones y un incremento de los procesos de desertificación.

Tomando en cuenta lo anterior, es importante que la canasta energética de América Latina no esté constituida mayoritariamente por hidroeléctricas que estén en alto riesgo por los efectos del cambio climático y consideren otras opciones como energía solar o eólica. Adicionalmente, se deberían promover procesos de eficiencia energética (como la cogeneración), que ahorran costos para los usuarios y adicionalmente disminuyen emisiones de gases efecto invernadero. Como se mencionó anteriormente, las inversiones iniciales que se requerirán en la región para hacer la transición hacia fuentes de energía más limpias pueden ser de un monto considerable que de alguna manera puede ser compensada en el largo plazo con los beneficios que se deriven de sus usos tanto económicos, sociales como ambientales.

5. ¿El uso de energías alternativas implicará que puedan ser recuperables las cargas medioambientales que muchos países han sufrido (por ejemplo la deforestación, sobreexplotación de recursos naturales, etcétera) como consecuencia de prácticas que se han alargado durante décadas?

RODRÍGUEZ: Como lo mencione en la respuesta anterior, la transformación de la matriz energética a una que se sustente altamente en energías renovables será exitosa si esto es parte de una nueva visión de desarrollo que este amparado a una gran reforma institucional.

SOTO: La degradación actual en la que se encuentran buena parte de los ecosistemas no tiene, a mi modo de ver, punto de retorno en la mayoría de ellos. Lo que se puede evitar es una degradación mayor cuyas causas principales deben ser analizadas con cuidado. Por ejemplo, la deforestación y degradación de fuentes hídricas es muchas veces producto de la ampliación de la frontera agrícola o en algunos casos de la expansión de cultivos ilícitos. El uso de energías alternativas no es necesariamente la herramienta más efectiva para aminorar las causas intrínsecas de pérdida de los bienes y servicios derivados de la biodiversidad. Diseñar medidas contra la pobreza, producción agrícola sostenible y estrategias de conservación pueden ser mucho más eficientes para frenar la degradación de estos ecosistemas.

6. El desarrollo de nuevas energías busca lograr la eficiencia y sostenibilidad del consumo con el fin de disminuir las emisiones nocivas para el ambiente. Sin embargo, muchas veces se da el llamado efecto de rebote (*rebound effect*), pues la población, al encontrarse con soluciones más baratas y positivas a sus problemas de energía, incrementa su consumo. Así, si una familia antes tenía un carro a gasolina, quizá ahora tendrá dos carros a gas, lo que creará finalmente que no haya un gran cambio. En su opinión, ¿cómo se podría concienciar a la gente para que no sólo busquen la solución alternativa sino que busquen realmente la sostenibilidad?

ANDALUZ: Posiblemente no se trate sólo del efecto de rebote. Algunos científicos compararon la absorción que hacen los árboles del gas causante del calentamiento global, con el uso de etanol a partir de cultivos en tres décadas y

concluyeron que los bosques almacenan en ese período entre dos y nueve veces más carbono que lo evitado a partir del empleo de una superficie similar destinada a la obtención de alcohol. Sobre la base de esa estimación, se cree que la emisión de dióxido de carbono por la combustión de biocombustibles podría ser mayor que la del petróleo o el diesel. Añadieron que la substitución del 10 por ciento de la gasolina y el diesel por biocombustibles necesitaría del cultivo del 38 por ciento de la superficie de Europa y el 43 por ciento de la de Estados Unidos. Por ello, los investigadores recomendaron el empleo más eficiente de los combustibles fósiles antes que vaciar los bosques de árboles para el cultivo de especies destinadas a producir etanol. Además, el equipo indicó que la biomasa puede tener un mayor rendimiento que el maíz, la remolacha o el trigo.

Ahora, respecto a la creación de conciencia, no creemos que con los actuales patrones de consumo y la fuerza promocional del mercado automotriz, haya muchas posibilidades para inducir el cambio en los hábitos en mérito a sólo las autolimitaciones apelando a cuestiones morales. Es como creer que los americanos y los europeos seguirán los consejos de Paul McCartney y disminuirán el consumo de carne porque se les haga saber que para convertir a un kilo de carne de res se necesita de 16 kilos de granos; 6 para uno de cerdo, 4 para uno de pavo; 3 para uno de pollo. Cuando las necesarias respuestas conductuales de la sociedad son de necesidad pública, el Derecho reemplaza a la moral. La *ratio* que usa el Derecho para esos casos es de naturaleza tributaria.

Antes que limitar el número de vehículos por familia en el Perú, es indispensable resolver el problema de transporte público para reducir sensiblemente la cantidad de colectivos o taxis de cinco pasajeros o los microbuses de diez o veinte pasajeros que actualmente transportan a la población urbana y congestionan las vías de la ciudad, cambiándolos por unidades que lleven a doscientos. Una pregunta que vale hacerse es: ¿el millón de motocarros que circulan en el Perú son realmente necesarios, considerando que le han quitado a la gente el hábito de caminar? ¿Podemos empezar a considerar la construcción de ciclovías para usar más la bicicletas que carros?

RODRÍGUEZ: Nuestra experiencia nos indica que es tan importante educar, informar y concienciar al ciudadano tanto como el desarrollo de incentivos que propicien un uso racional y eficiente de los recursos naturales. Pueden ser bosques, agua e incluso recursos no renovables. Nuestra nación ha carecido de un esfuerzo coherente y permanente que refleje estas acciones. Un ejemplo, las campañas de ahorro de energía sólo se dan cuando los costos de producción de la energía se disparan y no como parte de los programas públicos de educación. En cuanto a los incentivos, pocos beneficios tiene tanto el industrial como la ama de casa en ahorrar y cambiar a tecnologías más eficientes, ni tampoco se reflejan en los costos de producción de la electricidad las externalidades negativas al ambiente o a las personas. Por lo tanto, nuestros países deben avanzar en ambas direcciones de manera que trasciendan los gobiernos, constituyéndose en una política de Estado.

SOTO: Puede ser, uno, a través de campañas masivas de concienciación, y dos, a través de instrumentos económicos que incentiven el ahorro y “castiguen” el consumo excesivo. Estos instrumentos pueden incluir desde tasas impositivas más altas por compra de segundo o más vehículos por familia, restricciones de circulación para carros por placas y por horarios, hasta tasas impositivas después de un límite de consumo.

7. El Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial “han señalado hace poco que los biocombustibles son una de las principales causas de la escasez de alimentos en el mundo”¹³, en la medida que éstos se producen a partir de la utilización de insumos alimenticios como el trigo y la soya. Tomando en cuenta esa afirmación; ¿Cómo ponderar la falta de energía con las necesidades básicas mundiales? ¿Considera que éste será el comienzo del fin para los biocombustibles? ¿Qué otras alternativas tenemos?

ANDALUZ: Evidentemente, la promoción de biocombustibles en los países desarrollados a través de importantes subvenciones ha dado lugar a que el maíz, la soya, entre otros, salgan del mercado de alimentos e ingresen a los de

¹³ “Corinne Alexander y Chris Hurt, de la Universidad de Purdue (Indiana), señalan en un extenso análisis de finales del 2007 que la demanda de maíz y soja aumentó rápidamente durante los primeros años de la era de los biocombustibles, cuya producción despegó con fuerza alrededor del 2000”. Noticia extraída de la Agencia EFE. En: <http://actualidad.terra.es/common/imprimir/portada.cfm?id=AV22394772>.

combustibles con el consecuente encarecimiento de la canasta familiar, de donde resulta que la supresión de estas subvenciones es necesaria. Pero si aceptamos que los biocombustibles son la principal causa de escasez de alimentos en el mundo, debemos aceptar también que siempre estuvimos equivocados cuando “creíamos” que existían países pobres donde siempre hubo escasez de alimentos. Aceptémoslo, hoy hay una escasez mundial de alimentos y sólo por eso es ahora una preocupación global. Si el FMI y el BM lo dicen, de suyo es sintomático, sobre todo cuando en el país de la mayor libertad de mercado se empieza a racionar el consumo de granos comestibles.

No podemos restar importancia al crecimiento de China, India y otros países de economías emergentes y su mayor importación de productos para abastecer el creciente consumo interno; tampoco al enorme consumo de granos para producir carne, pues el 70% de los granos son destinados a la alimentación de ganado para carne sólo en EE.UU. Es necesario llamar la atención respecto a la necesidad de un ordenamiento territorial de la tierra a nivel mundial, a fin de diferenciar espacios que produzcan para dar de comer y para biocombustibles, teniendo como imperativo que siempre los alimentos son una prioridad.

En cuanto al Perú, no es territorialmente un país agrícola porque sus tierras aptas para cultivos intensivos son sólo el 3.81% y los de labranza mínima el 2.11%; sin embargo, entre ambas hacen más de 76 mil kilómetros cuadrados y eso es más de 1.8 veces el territorio de Suiza, así que no es poca extensión. Si le sumamos las tierras aptas para producción forestal que se encuentran deforestadas y que son algo de 120 mil kilómetros cuadrados, tenemos que hay por lo menos 196 mil kilómetros cuadrados para distribuir los diferentes cultivos de alimentos y especies forestales destinados a biocombustibles, es decir, casi tres veces el territorio suizo.

En el Perú, necesitamos mirar los espacios, las estadísticas y los números con una visión de estadista para enfrentarnos a hechos indetenibles, como es el caso de los biocombustibles. Definitivamente, no creemos que las necesidades alimentarias del mundo sea el fin de los biocombustibles. Tampoco creemos que la producción de biocombustibles tenga como necesaria lógica el aumento de esas necesidades. El hambre del hombre existió cuando la población mundial tenía menos de mil millones de habitantes, existió con más de 6 mil millones cuando no se producía biocombustibles. El hambre existe por factores

humanos que tienen que ver más con la posesión de los bienes y los términos de intercambio, que por escasez de productos. Aun con la producción del campo para fines de biocombustibles, creemos que el hambre se puede eliminar de la faz de la tierra con la incorporación de la gestión política en el marco del desarrollo sostenible, lo que significa emplear los instrumentos de gestión de cada uno de sus componentes, entre ellos el ordenamiento de la tierra para saber dónde hacer qué.

RODRÍGUEZ: Tenemos que comprender que la crisis alimentaria en ciernes no es solamente relacionada a la promoción e incremento de los biocombustibles. Aun a esto puede aventurarse la situación si no tomamos medidas de largo plazo. En este sentido, hay que tener claro que los biocombustibles son un paso intermedio entre la era del uso de hidrocarburos como fuente de energía para el sector transporte y electricidad y las nuevas fuentes de energía renovable del futuro. Sean éstas las que sean. Pero parecieran que en este mundo político de medidas cortoplacistas el fin son los biocombustibles como solución permanente y de largo plazo. Al no haber políticas claras en este sentido, toda producción de etanol y biodiesel es bienvenida sin importar la fuente agrícola o el impacto en el cambio de uso de suelo (deforestación). Debe, para minimizar los impactos que apenas estamos constando, desarrollarse un marco de políticas claras que regulen y oriente las inversiones de tal manera que estas situaciones que vemos sean de menor impacto, limitando las inversiones a los dictados no regulados del mercado que pueden generar un alto costo ambiental y social.

SOTO: El consumo de biocombustibles debe incentivarse siempre y cuando se haya tomado en cuenta las siguientes consideraciones: i) que el proceso de producción de los mismos no genere emisiones de GEI importantes; ii) que su producción no desplace cultivos que sean vitales para garantizar la seguridad alimentaria; iii) que su producción no se haga en detrimento de la protección de ecosistemas naturales ni de fuentes hídricas; y, iv) que se tomen en cuenta todas las consideraciones de bioseguridad si para su producción se van a usar organismos genéticamente modificados.

Personalmente, considero que los biocombustibles no son la panacea y pueden incluso generar más pobreza. La ONU estima que 60 millones de personas en todo el mundo se enfrentan a la posibilidad de ser expulsados de su tierra para convertirla en plantaciones de biocombustibles. Muchos acaban en suburbios a la búsqueda de trabajo,

otros en las mismas plantaciones que los han desplazado con salarios muy bajos, condiciones miserables y sin derechos laborales.

8. Los países industrializados exigen que las naciones en vías de desarrollo respeten rigurosamente ciertos parámetros de protección medioambiental y promuevan la creación de áreas protegidas. No obstante, los países industrializados no realizan los mismos esfuerzos por proteger el medio ambiente, en tanto ello podría implicar la disminución en la producción y un freno para los avances tecnológicos. Así, esto ha llevado a pensar que esta política por parte de los países grandes, antes de ser una de protección al medio ambiente, es una estrategia política para evitar el desarrollo de las naciones pequeñas, transmitiéndoles a estas últimas los costos del desarrollo ajeno. A partir de lo anteriormente mencionado, ¿cómo compatibilizar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente en países como los latinoamericanos, sin que ello implique una traba para su competitividad mundial?

ANDALUZ: Gozar de un ambiente capaz de albergar la vida de los peruanos en condiciones de dignidad debe ser un imperativo nuestro antes que una imposición foránea, y aprovechar nuestra ingente diversidad biológica para alcanzar el desarrollo también. El Perú tiene 20 millones de hectáreas de áreas naturales protegidas, muchas sin administración o con administración deficiente por la carencia de recursos, mientras los países desarrollados, que las constituyeron antes que nosotros, les prodigan un manejo primoroso. En suma, no creemos que mantener el ambiente dentro de parámetros compatibles con la dignidad humana o tener Áreas Naturales Protegidas sea sólo para cuidar los intereses de los países desarrollados o del mundo en general, sino antes que nada el propio. El reto es hacer que nuestra ventaja comparativa de tener el 70% de la diversidad biológica del mundo se convierta en ventaja competitiva mediante la ciencia, tecnología e innovación y podamos ofrecer al mercado mundial productos con alto valor agregado, para lo cual hay que dirigir los ingresos obtenidos por el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables a potenciar los recursos renovables; también hay que mejorar nuestra capacidad negociadora para obtener compensaciones por los servicios ambientales que producen nuestras ANP.

RODRÍGUEZ: Creo que es injusto y poco atinado hacer tan marcada diferencia entre los países desarrollados y en vías de desarrollo en cuanto a los logros, metas y compromisos ambientales. Hay países tanto del mundo industrial y desarrollado, como en los hemisferios no desarrollados, que son muy exitosos y sobre todo coherentes entre la protección ambiental y el modelo de desarrollo. Independientemente de lo anterior, la gran mayoría de los países del mundo tiene un gran compromiso ambiental pendiente. En este sentido todas las naciones deben hacer las gestiones y la promoción del diálogo político interno para determinar cuáles ajustes estructurales son necesarios para encaminar las acciones del desarrollo en un marco de políticas y resultados que converjan los intereses de la sostenibilidad y la competitividad. El desarrollo de políticas ambientales genera un marco de mayor competitividad; esto no es un teorema, sino una realidad comprobada con claros ejemplos. La percepción de que el aumento de regulación ambiental va en detrimento de la competitividad y el crecimiento económico es una imprecisión y es parte del discurso de sectores productivos y de gobiernos que son temerosos al cambio.

SOTO: La protección de ecosistemas estratégicos garantiza el suministro de bienes y servicios importantes para la sostenibilidad económica y social de los países. Latinoamérica concentra una buena parte de los ecosistemas mundiales en su territorio: protegerlos debe ser considerada una inversión social y económica prioritaria, más que un gasto, para garantizar el futuro de nuestros países. Un ejemplo de lo anterior son los ecosistemas de alta montaña (glaciares, páramos) que garantizan, en el caso de la región andina, buena parte del suministro de agua de las ciudades capitales o el abastecimiento de agua para cultivos estratégicos para la economía de nuestros países. Las múltiples amenazas que tienen hoy día estos ecosistemas (altas temperaturas por cambio climático, procesos de deforestación y avance de la frontera agrícola) ponen en vilo no solamente su viabilidad a futuro, sino que genera un altísimo riesgo de desabastecimiento de recurso hídrico y pone en entre dicho la supervivencia de millones de personas.

En la medida que cada vez hay más conciencia internacional sobre las causas y efectos del cambio climático, cada vez va a haber más trabas por parte de los consumidores internacionales respecto a productos que no representen procesos de producción y comercialización amigables con el medio ambiente, particularmente en lo que a emisiones de gases efecto invernadero se refiere.

América Latina debe comprender y adaptarse a estas tendencias si quiere garantizar su presencia en dichos mercados.

9. El Doctor Carlos Querini, director del Instituto de Catálisis y Petroquímica (INCAPE), dependiente de la Universidad Nacional del Litoral, señala que “las nuevas energías no van a reemplazar a los combustibles fósiles en porcentajes importantes. A nivel Mundial si se usaran todos los aceites y grasas, tanto vegetales como animales, para producir biodiesel, sólo podría reemplazarse un porcentaje inferior al 5% de gasoil”. En razón a lo anterior, ¿Qué argumentos podríamos proponer para que aún a pesar de esta realidad se incentive el consumo de biocombustibles?

ANDALUZ: También se dice que la mitad del territorio europeo y el 40% del norteamericano se tendrían que usar para producir biocombustibles y llegar a reemplazar sólo el 10% del combustible fósil. Es un error pretender que los biocombustibles reemplazarán totalmente a los combustibles fósiles; la solución es integral y se debe seguir explorando el uso de otros sustitutos. Creemos que la ciencia y la tecnología no se van a detener y para cuando los combustibles fósiles se acerquen a su total extinción, el hombre habrá hallado otra alternativa energética, otras alternativas del transporte y otras modalidades de consumo, ¿cuánto cuesta hoy un vehículo eléctrico o a hidrógeno? ¿Por qué sigue costando

tanto? ¿No suele variar eso cuando la escala de consumo aumenta? ¿Cuáles serán las dimensiones de los acumuladores de energía de aquí a veinte años?

RODRÍGUEZ: Muy posiblemente, los combustibles orgánicos como actualmente los concebimos irán a reemplazar a los combustibles fósiles, en especial si lo concebimos en el corto plazo. Lo verdaderamente importante es hacer ver que hemos empezado el cambio de la era del hidrocarburo como fuente principal de energía a otra matriz, sustentada seguramente entre una combinación de fuentes renovables, fuentes alternativas y el desarrollo tecnológico de nuevas e impensadas fuentes de energía. La transición hacia una nueva matriz energética ha sido iniciada y esperamos que el liderazgo político y el desarrollo tecnológico nos encaminen hacia una situación global que garantice una sociedad más coherente en las responsabilidades intrageneracionales.

SOTO: Si la aseveración del Doctor Querini es cierta, la respuesta a la demanda de energía alternativa tal vez no sean los biocombustibles, dado el riesgo que los mismos generan a nivel ambiental (por degradación de ecosistemas y bioseguridad e incremento de emisiones de GEI en su proceso de generación), de seguridad alimentaria; de procesos inflacionarios por desabastecimiento de productos alimentarios y de deterioro social en los países donde se producen. En otras palabras, los biocombustibles pueden generar más impactos ambientales, económicos y sociales que beneficios.

“EN EL PAÍS, MÁS QUE LEYES NUEVAS, SE NECESITA HACER CUMPLIR LA LEY”

Entrevista a Antonio Brack Egg*

El cuidado y la regulación ambiental son actualmente temas de discusión diaria en todos los niveles: es el tema de uno de los capítulos más discutidos del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, se discute, a raíz de los diferentes límites, entre los agricultores e industriales, y se promueve en los colegios desde primaria, sólo por dar algunos ejemplos. Incluso ha impulsado la creación del nuevo Ministerio del Ambiente, una institución que si se consideraba necesaria, no ha quedado completamente clara en la mente de muchos.

¿Cuáles son sus metas y posibilidades? ¿En dónde se encuentra el Perú hoy, después del TLC, en el ámbito ambiental, y cuáles son las implicancias de esto? ¿Puede el Ministerio realmente solucionar los problemas que tenemos, y lograr el esperado desarrollo sostenible?

En la siguiente entrevista, el Ministro nos responde muchas de estas interrogantes, ayudándonos a comprender un poco más el verdadero rol del Ministerio y la situación actual del Perú en materia ambiental.

* Ministro del Ambiente de Perú. La entrevista fue realizada por María Barrón, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS, y Claudia Lazarte, sobre la base de preguntas elaboradas por la Comisión de Contenido.

1. **El Capítulo 18 del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, que trata sobre el Medio Ambiente, prescribe la obligatoriedad de no establecer normas que supongan trabas “injustificadas” al comercio entre las partes. Dicho ello, cabe preguntarse cómo evitar que Estados Unidos se ampare en dicho Capítulo (y en el Acuerdo de Cooperación Ambiental de 2005 que lo precedió) para lograr que el Perú no norme en materia ambiental cuando ello no convenga a los intereses económicos estadounidenses, tomando en cuenta que el Consejo de Asuntos Ambientales influirá en las decisiones del Perú y que tal Consejo estará conformado también por miembros estadounidenses. En otras palabras, ¿estamos supeditados a que Estados Unidos no observe nuestras normas para poder aplicarlas? ¿Qué implicancias ambientales existen para el Perú?**

Primero hay que saber que un tratado de comercio entre Estados Unidos y Perú es un tratado bilateral que implica que ambas partes son iguales. Todos tenemos un cierto complejo de que Estados Unidos es grandazo y que nosotros somos chiquitos y nos sentimos un poquito así, eso es lo primero.

Segundo, que el Consejo de Asuntos Ambientales es un Consejo de ambas partes, está conformado por igual número de americanos que de peruanos y tiene que reunirse regularmente para discutir las cosas y ponerse de acuerdo.

Tercero, sobre la legislación ambiental, en el TLC se señala claramente cuáles son los acuerdos internacionales a los que está sujeto. Hay algunos que el Perú ha firmado y ratificado, como el Convenio de la Diversidad Biológica, el Protocolo de Cartagena, el de Bioseguridad, etcétera. Eso está ratificado. El Perú tiene esa ley y la puede seguir cumpliendo y aplicando; otra cosa es que Estados Unidos no lo quiera ratificar, pero en varias partes del TLC se han introducido aspectos que están contenidos en el Convenio de la Diversidad Biológica, como el reconocimiento de los conocimientos tradicionales, y hasta se menciona que se debe hacer una base de datos públicamente asequible para proteger los conocimientos tradicionales y ver qué es lo que está protegido de nuestra parte para el acceso legal o concertado.

El otro punto es el capítulo 18, donde se habla de los organismos vivos o patentados y donde no se obliga al Perú a reconocer esas patentes. Se han

hecho máximos esfuerzos posibles para hacerlo y eso es justo lo que se está discutiendo estos días sobre los transgénicos; entonces, yo veo que en el Consejo de Asuntos Ambientales, que va a ser parte del Ministerio del Ambiente, se va a discutir y ver todo este asunto. Por otro lado, en esto de los asuntos ambientales hay un amplio campo de cooperación entre ambos países donde el Perú puede sacar una serie de ventajas. Hemos tenido reuniones con misiones de Estados Unidos, por ejemplo, sobre las áreas protegidas que van a conformar el Servicio Nacional de Áreas Naturales, protegidas por el Estado y el Ministerio del Ambiente, y podemos obtener ventajas, también en otros asuntos, como es todo el inventario de nuestros recursos genéticos. Yo pienso que hay más ventajas que desventajas en el capítulo 18 sobre Medio Ambiente.

Yo, al principio, cuando se comenzó a discutir el TLC con Estados Unidos, no creía que se iba a llegar a asuntos tan avanzados. Con Canadá hemos llegado mucho más allá; por ejemplo, porque Canadá ha firmado y ratificado el Convenio sobre la Diversidad Biológica, que no es el caso de Estados Unidos.

2. **Estados Unidos exige niveles de calidad ambiental para ciertos productos que no se aplican al Perú (por ejemplo, la prohibición de uso de ciertos insecticidas en plantaciones). Si bien cada país mantiene su soberanía e independencia en torno a la regulación ambiental, en el fondo pareciese que el Perú deberá cumplir con estándares ambientales que no podrían ser sostenidos por una economía subdesarrollada si es que desea adentrarse al mercado estadounidense, constituyéndose una barrera al comercio que no se ha tomado en consideración en el TLC. ¿Hasta qué punto ello puede considerarse cierto? En todo caso, ¿cómo superarlo?**

Hoy día, en el siglo XXI, el mundo comercial está cambiando profundamente, especialmente en lo que se refiere a productos alimenticios. Entonces, las normas para ingresar al mercado japonés y al mercado europeo son mucho más estrictas que las del mercado americano. Prácticamente, si quieres vender alimentos peruanos a Japón o a la Unión Europea, que son 27 países, tienen que ser alimentos inocuos, tienen que ser prácticamente orgánicos y tienen que ser alimentos en los cuales no se usan los insumos agroquímicos que están prohibidos en el Convenio de Estocolmo de los contaminantes orgánicos persistentes. Canadá

igual exige estándares muy fuertes; por otro lado, Estados Unidos también exige estándares de no aplicación de ciertos agroquímicos y pesticidas prohibidos que puedan dañar la salud y el ecosistema.

Ahora, que esto sea una desventaja para el Perú, no estoy en absoluto de acuerdo. Por el contrario, es una de las grandes ventajas que tiene el Perú en los mercados internacionales, y este es un punto clave. Hoy día tenemos que entender que en el mercado mundial se están comenzando a regular estándares ambientales que ni siquiera están previstos en nuestras leyes. ¿Por qué? Porque los consumidores de Japón, la Unión Europea, Canadá, Estados Unidos y otros países están comenzando a exigir productos que no dañen su salud y que hayan sido producidos en forma sostenible con el ambiente y también con responsabilidad social. Por ejemplo, si se descubre que una empresa está usando niños para cosechar café u otras cosas, eso es sancionado y esa empresa puede perder su mercado. Para el Perú hay una enorme ventaja, y la demostración que es patente es la gran agricultura moderna de agro exportación de Ica, de Chavimochic, de Lambayeque y ahora de Piura y del Valle del Mantaro, con la alcachofas, etcétera. Se ha implementado toda una serie de tecnologías modernas que precisamente se adaptan para ofrecer los productos en esas condiciones. Basta ir a Chavimochic, por ejemplo, donde los agricultores modernos, las empresas modernas de agro exportación, han implementado laboratorios de control biológico de plagas. Todas las chacras tienen, hoy día, servicios higiénicos; hay una serie de restricciones; hay fundos donde no se puede entrar ni si quiera con un cigarrillo prendido, etcétera. Eso más bien está poniendo a nuestra agricultura en una ventaja respecto a otros mercados y es una enorme ventaja para nosotros mismos porque no se están utilizando medios agroquímicos prohibidos.

Además, el Perú también ha ratificado el Convenio de Estocolmo sobre los contaminantes orgánicos persistentes, que son alrededor de veinte pesticidas, fungicidas, etcétera, que están prácticamente fuera del mercado mundial. Entonces, yo no lo veo como una desventaja; muchas veces se interpreta que los países desarrollados están poniendo barreras arancelarias o ambientales para impedir que nuestros productos ingresen a sus mercados. Aquellos que plantean eso están fuera de foco para mí, porque si los consumidores exigen productos de esa calidad, si tú produces así, tienes el mercado; si no lo produces así, estas simplemente fuera del mercado.

3. **¿Es posible mantener un nivel de competitividad rentable internacionalmente frente a una potencia como Estados Unidos, que no es parte de los tratados sobre medio ambiente más importantes, y por lo tanto no está obligada a cumplir con estándares internacionales? ¿Cómo evitar que las limitaciones que nos plantean los tratados sobre medio ambiente no afecten a la economía peruana?**

Yo creo que esta pregunta debería hacerse al revés (risas) porque se dice acá que Estados Unidos no es parte de tratados sobre medio ambiente y por lo tanto no está obligada a cumplir con estándares internacionales y eso no es así. Basta entrar a la página web de la *Environmental Association Agency* de la Secretaría de Agricultura de Estados Unidos y uno puedo tener toda la base de datos de cuáles son las exigencias en pesticidas, en agroquímicos, cómo deben ser los productos; al contrario, tienen muchos estándares. Lo único que se puede deducir acá es que no ha ratificado algunos convenios internacionales como el de la Diversidad Biológica pero, a pesar que el gobierno no firmó algunos tratados como el Protocolo de Kyoto, por ejemplo, hay empresas americanas que están haciendo negocios en ese sentido y se han puesto a nivel internacional porque ven que es un excelente negocio entrar en esos temas; entonces, aquí no es que Estados Unidos se va a constituir en una traba ambiental para nosotros, eso no lo creo yo en absoluto

4. **En una reciente entrevista usted declaró que el Perú debería volverse un “Monsanto” de innovación y uso transgénico, pues tenemos una gran riqueza de especies de vegetales y frutas. Sin embargo, ¿cómo llegar a este fin de manera sostenible sin el peligro de la contaminación genética de transgénicos, que siempre ha sido utilizada como excusa para detener el desarrollo de este tema?**

Eso de que el Perú debe ser un Monsanto, yo lo dije en un periódico y se malinterpretó; la cosa fue totalmente distinta. Monsanto es un ente que patenta semillas y recursos genéticos, y nosotros los peruanos, el Perú, tenemos una gran cantidad de recursos genéticos que deberíamos preocuparnos por desarrollar, patentar, etcétera, y ganar dinero con eso en los mercados de las patentes. Ese es el punto, algunos creyeron que el Perú debía echarse en frente al Monsanto y eso es un absurdo.

El punto es que el Perú es un país que es un banco genético mundial porque somos de los tres países más importantes del recurso genético; pero, hoy día, toda la discusión está en que vamos a importar semillas transgénicas que son patentadas por unas cinco empresas y estamos dejando de lado todo nuestro potencial genético. Mi planteamiento es, ojo, que eso es un negocio de algunas empresas. Hagamos negocio con nuestra biodiversidad pues, lo estamos viendo hoy día en una forma increíble, vemos en los periódicos que el cultivo del cacao criollo, que no es transgénico, está aumentado 20% y el cacao peruano de Juanjuí, de Tocache y de otras partes está llegando a los mejores mercados de Suiza, Italia, etcétera, porque quieren ese cacao aromático de buena calidad. Igualmente, el maíz morado, el maíz gigante del Urubamba, el camu camu, entre otros productos, están entrando a mercados muy interesantes.

Allí yo estoy de acuerdo con Gastón Acurio, que es una persona inteligente y sabe lo que dice y es empresario grande, sobre que el Perú puede ser la boutique del mundo, no un productor de soya transgénica en grandes cantidades o de canola transgénica, sino la boutique del mundo, ofreciendo ciertos productos que los otros no tienen, esa es nuestra ventaja. Por eso, el Perú debería funcionar como una empresa Monsanto, trabajando sus propios recursos genéticos.

5. **Sedapal ha “encendido” una alerta ambar “que clasifica el riesgo de suministro de agua, debido a la pérdida de reservas de nieve y pronósticos de poca lluvia. Según dijo [el presidente de Sedapal, Guillermo León], el 2009 Lima podría enfrentar un serio racionamiento del servicio”¹. Este es un problema que viene advirtiéndose desde hace ya varios años y que no ha tenido una respuesta eficiente por parte del Estado. En tal sentido, siendo el Perú uno de los tres países más vulnerables mundialmente al cambio climático, ¿qué medidas deberían tomarse (y cuáles efectivamente se están tomando) para enfrentar una potencial pérdida de los nevados y una consecuente escasez de agua en la costa peruana?**

El Perú, tiene un grave problema mental de enfoque, no le gusta ver el largo plazo. El Perú es un

país en el que todos los días se discute la coyuntura actual, donde un pequeño escandalete (sic) llena la prensa por todos los costados y no estamos previendo nuestro futuro en el largo plazo, y yo, como Ministro del Ambiente, y el Ministerio del Ambiente, tenemos precisamente como objetivo introducir la visión de largo plazo para la sostenibilidad de nuestro desarrollo. Entonces, aquí, en lo referente al agua, somos un país que va a ser afectado fuertemente por el cambio climático y ya lo estamos notando.

Segundo, no estamos tomando las previsiones en el largo plazo, en absoluto; el recurso “agua” es uno de los recursos más descuidados del país porque, especialmente, cuando se habla de agua, se piensa en minería. No señores, el primer problema del agua en el país son los afluentes líquidos de ciudades y pueblos que arrojan sus aguas sucias al río, laguna o mar más cercanos, y Lima es el mayor ejemplo de esto, que echa prácticamente todos sus desagües al mar. Entonces, aquí tenemos un problema, a pesar de que la Ley de Aguas vigente, actualmente del año 1969, establece que se deben manejar las cuencas y los recursos hídricos en forma integral. Todas las cuencas hidrográficas del país están en deterioro; no hay una que esté en recuperación. Y lo más preocupante son las cuencas hidrográficas de los ríos que van a la costa porque la costa no produce agua, sino que consume agua que viene de los Andes, la ensucia y la bota. Esa es una irresponsabilidad en el grado máximo.

Entonces, aquí, a futuro, tenemos todavía el problema de la disminución de nuestros glaciares, la disminución del agua. En la costa ya vive el 50% de la población del Perú y va a seguir aumentando, basta ver cómo está creciendo Lima que ya bordea los 9 millones de habitantes y no estamos tomando las previsiones. ¿Qué es lo que hay que hacer? Primero, hacer los planes estratégicos de manejo de las cuencas de los ríos, especialmente los que van a la costa, incluyendo la rehabilitación de cuencas tremendamente deterioradas como la del río Rimac, la del río Mantaro, las cuencas de Tacna, por ejemplo.

Tacna es uno de los departamentos que más va a sufrir con el cambio climático y la disminución del agua, y eso no se está haciendo. Entonces, tenemos una disyuntiva, toda el agua generalmente se ve como distribución y venta del agua para los

usos, pero no se ven los recursos hídricos y las cuencas, y eso es un vacío muy grande que hay.

La propuesta del grupo técnico que presidí para crear el Ministerio del Ambiente fue tener una autoridad nacional de recursos hídricos y cuencas, la cual no fue aceptada políticamente; pero así como van las cosas, va a tener que ser aceptada. ¿Qué es lo que hay que hacer respecto al agua? Manejar las cuencas, tomar las previsiones necesarias. Segundo, almacenar agua en las partes altas de las cuencas colectoras como es la parte que va a la costa. Tercero, ahorrar agua en las ciudades, en la agricultura. El 80% del agua lo usa la agricultura, pero estamos todavía en que 90% de la agricultura nacional usa el sistema de riego por inundación, o sea, por acequia; eso ya está superado. Está bien que sea el sistema tradicional pero, hoy día, la agricultura moderna usa sistemas de presión como goteo, aspersión, etcétera. Esto no disminuye la producción; al contrario, la aumenta porque puedo regular exactamente la cantidad que necesitan las plantas. Finalmente, cuarto, tenemos que reciclar aguas servidas; este es un punto muy importante porque si Lima arroja al año más de 400 millones de metro cúbicos de aguas servidas al mar, esas aguas se pueden tratar, se pueden reciclar, y no debe faltar agua.

En el Perú, con el cambio climático y todo lo que se nos viene, yo dudo que vaya a faltar agua, lo que hay que mejorar es su administración, y todos los ciudadanos de las ciudades, especialmente de Lima, tenemos que pensar que un metro cúbico de agua potable, que son mil litros, vale máximo 2 Nuevos Soles para el usuario que tiene la dicha de tener un caño en su casa; vale menos que una cerveza y allí está el tema. El agua está muy barata, se desperdicia, se riegan parques y jardines con agua potable cuando en la casa el agua de lavar la ropa la podemos usar perfectamente para regar el jardín, no hay ningún problema, pero no tenemos esa cultura. Entonces, tenemos que volvernos más responsables usando el agua.

6. Cuando piensa en los primeros y próximos pasos del Ministerio de Ambiente, ¿recuerda alguna experiencia extranjera en particular sobre la creación de un Ministerio de Ambiente? ¿Tiene algún parámetro en particular para orientar la implementación del nuevo Ministerio?

Una pregunta un poco difícil. Bueno, uno de los ministerios del ambiente más antiguos es el de Francia, que fue creado en 1971; tiene un presupuesto anual de 30 000 millones de dólares, ojo, 30 000 millones de dólares y los franceses no

están contentos con su Ministerio del Ambiente, le están exigiendo más. Chile, tenía igual que el Perú, un consejo nacional del ambiente o del medio ambiente, lo ha elevado al nivel de ministerio; están en este momento organizando también su ministerio como nosotros.

Organizar todo un ministerio, primero, no es una cosa fácil, es una cosa sumamente difícil, especialmente para un técnico como soy yo porque es una maraña de normas y de leyes que hay que cumplir, por lo que es verdaderamente el 90% o 95% del tiempo que uno pierde entendiendo qué es lo que hay que hacer en medio de esa maraña de normas, leyes, etcétera. Y muchas de ellas son dadas simplemente para entorpecer, es decir, hay un freno de mano constante para que el carro no camine bien. ¿Cuál es el parámetro para organizar este ministerio? Bueno, ya hemos logrado organizar la alta dirección, como viceministerios, directores generales, etcétera. Ya está funcionando el nuevo ministerio, a partir del primero de octubre estará funcionando casi en un 80%.

Segundo, estamos trabajando en la implementación de la Oficina de Evaluación y Fiscalización Ambiental que va a ser la entidad de vigilancia y sanción del ministerio, el cual es otro punto difícil de entre manos; estamos formando un equipo técnico para ver eso y trabajarlo urgentemente y después ya tendremos las metas, las metas del ministerio. Estoy trabajando en este momento en las metas del ministerio para el 2011, para el 2015, para el 2021 y ponernos metas claras, porque un ministerio tiene que demostrar qué es lo que está invirtiéndose. Si al año se invierten unos 200 millones de Nuevos Soles en todo lo que es la gestión ambiental del país, tienen que haber resultados y saber cuáles serían esos resultados.

Los resultados tienen que ser muy concretos, la deficiente gestión ambiental le cuesta a nuestro país un poco más de 8 000 millones de soles al año en enfermedades, en muertes y en una serie de pérdidas económicas y problemas sociales. Por ejemplo, en Lima, por la mala situación del combustible diesel y el parque automotor obsoleto la atmósfera está tan contaminada que para tener cáncer al pulmón no hace falta fumar, basta respirar; entonces, allí hay un problema. En Lima mueren más de 4 000 personas al año por la pésima calidad del aire, especialmente en ciertos sectores. Entonces, tenemos que ver que esa inversión que se va a hacer en 10 años, más o menos 2 000 millones de Nuevos Soles, reduzca los costos económicos y ambientales de la deficiente gestión ambiental actual a la mitad, a 4 000 millones de Nuevos Soles, porque tiene

que funcionar socio-económicamente y ambientalmente el asunto. No podemos trabajar sólo lo ambiental, tiene que encalzarse dentro de la sociedad y del asunto económico, y esto es lo que estamos trabajando en este momento. Por ejemplo, estamos arrojando el 75% de las aguas servidas de los pueblos y ciudades del país al ambiente sin tratamiento alguno y nos hemos propuesto como meta, que estamos discutiendo, que al 2015 se llegue al 100% del tratamiento de las aguas servidas, Chile lo va a lograr el 2010; entonces, eso significa que nuestro ríos, nuestro mares, etcétera, van a estar mucho menos contaminados. Este es el asunto que tenemos que hacer; no es una cosa romántica, sino que tiene que ser una cosa muy práctica, y los políticos entienden de métodos concretos, no entienden de sueños y romanticismos.

- 7. El 20 de diciembre de 2007, usted dijo al diario El Comercio que “el Ministerio del Medio Ambiente, al entrar en funciones, debería avocarse a ver el tratamiento de las aguas contaminadas, el manejo de los residuos sólidos, promover la mejora de nuestro aire y no permitir la importación de vehículos usados”. Además, precisó que “de igual manera, estimó que permitirá incidir en los conflictos sociales que se originan en el interior del país por la actividad minera, sancionando a aquellas empresas que infrinjan las normas y capacitando a las comunidades sobre las implicancias del proceso minero”.**

Ahora en agosto, a fin de agosto, vamos a lanzar el programa “Municipios Ecoeficientes”, para eso estamos estableciendo ciertas alianzas ¿Qué significa esto? Un municipio ecoeficiente es aquél que trata sus aguas servidas, dispone adecuadamente sus residuos sólidos y hace el ordenamiento territorial de su jurisdicción para un desarrollo sostenible, protegiendo ciertos ecosistemas, fuentes de agua, etcétera. Ese es un programa concreto; había un programa que se llama la Gestión Ambiental Local o GALS, del Consejo Nacional del Medio Ambiente, que era muy complicado. Así, un municipio para obtener la certificación GALS 1 necesitaba dos años, para la GALS 2 dos años más y para la GALS 3 dos años más; eran seis años y no habían hecho nada concreto, vamos a tratar de resumir esto y en un año los municipios que entren a este sistema tienen que entrar ya a esos tres puntos clave y tal vez alguno más que ellos crean convenientes.

El otro punto importante es que tanto los municipios como las regiones tienen sus leyes orgánicas

y no las cumplen. El 95 al 98 por ciento de los municipios del Perú tienen la obligación legal, en su ley orgánica, de tratar las aguas servidas, los residuos sólidos y ordenar su territorio para el desarrollo, pero no lo cumplen porque nadie les exige nada. Entonces, estamos viendo cómo exigir a los municipios que cumplan la ley. Ellos se consideran muy autónomos, hay varios municipios que están entrando magníficamente en esto y sirven de ejemplos, pero también hay muchos a los que no les importa; entonces, tenemos que hacer cumplir la ley y ese es un punto. En el país, más que leyes nuevas, se necesita hacer cumplir la ley.

El otro punto, segundo problema ambiental grave en el país, son los residuos sólidos. Cada día se arrojan más de 11 000 toneladas de residuos sólidos al ambiente sin ningún tratamiento alguno. Nuestro país es un país sucio, por todas partes se ve basura; eso también tenemos que solucionarlo. Por eso, municipio ecoeficiente es aquel que trata sus aguas servidas, dispone adecuadamente, según la ley, de los residuos sólidos, y reorganiza su territorio para el desarrollo, y esto vamos a seguirlo trabajando. También vamos a lanzar la iniciativa de escuelas ecoeficientes, para enseñar a los niños desde pequeños sobre cómo debe ser la gestión ambiental, que haya basureros, tachos en la escuela, los servicios higiénicos en buenas condiciones; entonces, vamos a ir dando pasos y vamos en esta onda. No hemos retrocedido en nada ni en lo que dicho; al contrario, ahora tengo la ocasión de poderlo implementar.

- 8. Si bien por un lado se señala que una regulación ambiental estricta puede frenar el boom económico nacional, por otro, el Diario “La República” afirma que la degradación del medio ambiente le cuesta al Perú unos 11 700 millones de Nuevos Soles al año ¿Cree que la implementación de este Ministerio incidirá negativamente en el crecimiento económico de Perú? ¿Cree que es posible que tenga una incidencia más bien positiva en términos económicos?**

Quien piensa que un ministerio del ambiente puede incidir negativamente en el crecimiento económico todavía está en una época en la que piensa que el desarrollo económico y el ambiente son dos cosas distintas: o hay desarrollo económico (como dijo una vez el presidente Fujimori) o uno se preocupa del ambiente. Las dos cosas van juntas, no están en absoluto separadas porque no hay empresa ni nadie que no esté inserto en un ambiente social y en un ambiente físico: tienen que preocuparse del entorno (del ambiente) y tienen que preocuparse de las comu-

nidades o personas que viven alrededor. Eso vale igual para el Gobierno, el Estado o para quien sea.

Al contrario, una buena gestión ambiental va a mejorar la competitividad de los productos peruanos en los mercados internacionales. De eso estoy completamente convencido y todas las tendencias en los mercados mundiales son absolutamente claras y diáfanas. Primero, no se pueden comercializar productos alimenticios que sean tóxicos para las personas. Eso ya murió, tal vez en algún país o nosotros en el Perú no nos preocupamos mucho de lo que comemos, pero en los países desarrollados sí.

Segundo, los procesos productivos se tienen que hacer con responsabilidad social. Hace diez años hablar de responsabilidad social empresarial en el Perú era una cosa rara. Hoy día, hasta en las revistas de minería, en todas partes, se habla de responsabilidad ambiental y social; de manera que, una buena gestión ambiental, el que usemos menos pesticidas, se trabaje conservando los bosques, etcétera, es signo de que podemos ayudar a la competitividad del Perú en los mercados mundiales. Más aún, en la Amazonía, por ejemplo, todo el proceso de desarrollo siempre se ha concebido como que en la selva hay que talar el bosque para hacerla productiva. Hoy día es al revés. Hoy día en la Amazonía nos van a pagar por mantener bosques y el Perú está dando un ejemplo enorme en esto. Estoy preparando una propuesta para el gobierno japonés, dentro de un programa mundial, en el que el Perú, de las 65 millones de hectáreas de bosques que tienen, 55 millones están protegidas en forma de parques nacionales, tierras indígenas, bosques de producción permanente, y éstos están prestando servicio ambiental mundial.

Tenemos que entrar a estos nuevos negocios. El Fondo Nacional del Ambiente que forma parte del Ministerio del Ambiente tiene 106 proyectos, ya en la presentación para financiamiento internacional, sobre reducción de emisiones de dióxido de carbono, recaptura de dióxido de carbono a través de plantaciones forestales y de energía. Si se implementan todos estos proyectos –catorce ya están implementándose–, en diez años podríamos atraer al Perú 5 800 millones de dólares frescos para gestión ambiental sostenible y haciendo nuevos negocios. Ese es el futuro.

9. ¿Entonces el término adecuado sería que tendría que haber un desarrollo sostenible más que un desarrollo económico?

Por supuesto. Para que exista un desarrollo económico sostenible se necesitan cuatro puntos importantísimos, ninguno de ellos puede faltar. Primero, crecimiento económico, porque tenemos que generar riqueza. Segundo, responsabilidad social empresarial o estatal, con los trabajadores y con los ciudadanos de alrededor. Tercero, responsabilidad ambiental. Eso hoy día es parte de cualquier sistema productivo. Empresario que cree que eso no se debe hacer o que no es necesario no es empresario: es *empresaurio*. Cuarto, la ética, la transparencia, la información adecuada a los consumidores. Hoy día los consumidores deben estar informados de qué están comiendo, qué calidad tienen sus productos, si son transgénicos o no, el agua cómo está, etcétera, y eso está creciendo acá en nuestro país y en los países desarrollados. Esos son los cuatro puntos del desarrollo sostenible. El que no ha entendido que eso hay que hacer está fuera de foco, va a quedar fuera del mercado.

10. Actualmente, existen estándares mínimos de calidad del agua, aire y de emisión de sustancias tóxicas aplicables a la generalidad de industrias que desarrollan sus actividades en el país. Sin embargo, es claro que no todos los sectores ni todas las industrias tienen las mismas dificultades en cuanto a cada uno de estos rubros protegidos (así, por ejemplo, es más probable que la industria pesquera sobrepase los límites respecto de recursos hídricos y que la manufacturera lo haga respecto de la contaminación del aire); ¿Cómo podría el Ministerio del Ambiente regular estas desigualdades e implementar una estricta fiscalización respecto a la vulnerabilidad de cada rubro?

En el país hay dos tipos de industrias o actividades económicas: las formales y las informales. El ejemplo claro es la industria minera. Las empresas mineras grandes y medianas formales que cumplen la ley y son supervisadas por las instituciones del Estado (que es un punto en el que hay que insistir mucho). No tienen ya por qué contaminar y todas las empresas han mejorado o están mejorando sus estándares; no tanto porque existen leyes en el país, sino porque a nivel internacional lo exigen. Una empresa que quiere cotizar en la bolsa de Nueva York tiene que demostrar que tiene estándares ambientales. Eso ya está claro.

El otro punto son las empresas informales. Por ejemplo, hoy en día tenemos una minería pequeña informal con más de 100 000 mineros que buscan

oro en todas partes (ya que el oro ha subido a más de 900 dólares la onza), y éstos no hacen estudios ambientales, mezclan cianuro y mercurio, no tienen responsabilidad social, no pagan impuestos, no generan canon minero, etcétera, eso es un desastre: la informalidad. El gran punto que tiene que hacer el Perú es ir hacia la formalidad para que las empresas cumplan.

Es importante también tener estándares ambientales para las empresas. Muchas veces se cree que es una pérdida, un costo adicional: ¡mentira! En la mayoría de casos (y he examinado muchísimos) esos estándares son ganancia para la empresa. Entonces, por ejemplo, en Pisco una empresa que tiene ISO 14001 en industria pesquera, al implantarlo no deber tener emisiones de vapor a la atmósfera. No se lo exige la ley porque todavía no están previstos para esa actividad los límites máximos preventivos, pero ellos están haciéndolo. Primero, una harina de pescado *super-prime* para mercados bien importantes como los europeos exige esto. Segundo, han implementando estándares ambientales y al recuperar la sanguaza y toda esa agua contaminada, están recuperando aceite, parte de harina de pescado, de manera que le resulta económicamente rentable. Acá en el Rímac he visitado, hace poco, una empresa minera que recicla totalmente las aguas en su proceso industrial de procesamiento de los minerales y le representa una ganancia de 30 mil dólares mensuales. ¿Por qué? Están recuperando insumos químicos que antes se tiraban al río y que le ahorran la compra de nuevos insumos para el proceso de los metales.

La eficiencia energética también implica una ganancia para la empresa porque antes gastaba mucho más energía eléctrica que fugaba porque estaban mal hechas las instalaciones y, hoy en día, gasta menos y produce igual. Ese es el punto. El punto es la informalidad. Hay demasiadas empresas informales en el país y tenemos que ir hacia la formalidad.

11. Si bien entendemos que dentro de las competencias del Ministerio del Ambiente se encuentran la protección de flora, fauna y recursos naturales, también es cierto que en nuestro país tenemos, además, retos relacionados con las comunidades nativas, que son profundamente afectadas por la contaminación y la excesiva explotación de recursos. En ese orden de ideas, ¿cuál será el rol del Ministerio del Ambiente en casos como el de la migración de las comunidades amazónicas no contactadas?

Las comunidades amazónicas o los pueblos indígenas amazónicos y andinos son responsabilidad del Ministerio de la Mujer y Desarrollo, hay funciones de INDEPA y ellos son responsables de eso. Segundo, el Ministerio del Ambiente de lo que se preocupa es de ver que las comunidades indígenas logren conservar sus bosques porque son dueños de al menos 12 millones de hectáreas de bosques amazónicos, que son áreas muy importantes en donde se conserva su cultura, sus conocimientos, los recursos genéticos, etcétera. De manera de que en ese aspecto nosotros sí intervenimos.

El otro punto es que estamos fomentando y viendo cómo esas comunidades amazónicas que conservan sus bosques pueden tener una compensación internacional por tala evitada o deforestación evitada, que fue aprobada en Bali en diciembre del año 2007 y ya hay una comunidad ashaninka que está entrando a ese programa. Entonces, ver cómo esas comunidades, conservando sus bosques, sus conocimientos, los recursos genéticos, pueden ser beneficiadas económicamente por prestar servicios a todo el planeta tierra y eso, con el aumento del cambio climático, va a ser un gran negocio para dichas comunidades. Existe un caso en el que una empresa de madereros fue donde una comunidad X y le dijo “te compro toda tu madera y te la saco” y le ofrecieron una cierta cantidad de dinero. Una ONG, conectada con Gran Bretaña, calculó que era muy poco y dijeron “nosotros te pagamos por año 30 mil dólares para que no dañes tus bosques”. Ahí gana la comunidad. Más aún porque están conservando sus recursos forestales, que más tarde pueden valer muchísimo más de lo que valen hoy día. Entonces, esos son los puntos que se tienen que trabajarse con las comunidades.

12. Dejando de lado las cuestiones relativas a su Ministerio, ¿es posible que Perú, como país y como sociedad, tenga un real impacto positivo sobre el calentamiento global, en la medida que nuestra incidencia en la producción y contaminación mundial no es muy elevada?

El Perú es uno de los países estratégicos a nivel mundial y va a ser cada vez más importante en la geopolítica del calentamiento mundial. ¿Por qué? Es el cuarto país en el mundo en bosques tropicales y el noveno en superficie de bosques, tiene los más altos *records* de diversidad biológica, tiene una alta diversidad de culturas aborígenes y de conocimientos tradicionales; es un banco genético mundial en papa, maíz, granos, tubérculos, raíces andinas, plantas industriales como el algodón,

etcétera. De manera que el Perú va a jugar un rol importantísimo en la geopolítica del cambio climático. Por ejemplo, los bosques que posee el país mantienen cautivos mínimo 10 000 millones de toneladas de carbono en su biomático. Segundo, tiene al menos 10 millones de hectáreas para hacer plantaciones o cultivos forestales. Con eso se puede implantar al menos 4 mil millones de toneladas de dióxido de carbono excedente en la atmósfera. Entonces el Perú, a través del Ministerio de Ambiente, está entrando a esta nueva etapa, que es el frente internacional ambiental. La cuestión ambiental no solamente es un asunto para nosotros mismos, sino que es un asunto de proyección internacional y lo cual nunca se vio en esa dirección. Entonces, el Perú puede obtener ingresos importantes (y la vez pasada lo dijo el nuevo Ministro de Economía y Finanzas cuando presentábamos el presupuesto). El Ministerio de Ambiente podría obtener gran parte de su presupuesto simplemente de Cooperación Internacional, porque está en un rubro estratégico y esto va a aumentar enormemente: conservar bosques y cobrar por servicios ambientales globales. Plantar bosques con cultivos forestales para vender bonos de carbono, como está sucediendo con los

bosques amazónicos de Ucayali, que está reforestando 15 mil hectáreas de áreas degradadas y se lo está financiando el Fondo de Desarrollo Forestal Sostenible Británico, comprándole los bonos de carbono. Luego, en todo este asunto de la biodiversidad hay que decir que el Perú puede ser una de las Mecas del ecoturismo mundial. Eso es lo más claro. Y esa es una de las cosas que hay que fomentar más. El gran futuro del Perú son los ecorenegocios: apicultura, manejo de bosques, recolección, ecoturismo, producción orgánica, etcétera. Ese es el rubro que tiene que trabajar el país y por desgracia algunos sectores todavía no la ven.

A mi me preocupa un asunto, los jóvenes, que son más del 60% de la población, no se manifiestan mucho. ¿Qué pasa? Son una serie de carcamanes los que están en la política con una mentalidad de hace 40 años de pura chismografía y pleito político y los jóvenes no enarbolan banderas. He visto que la PUCP está comenzando a trabajar en eso y allí tenemos que trabajar el Ministerio con las universidades. Los jóvenes tienen que manifestarse. ¡Dios mío, qué pasa, despierten jóvenes el Perú los necesita!

Antonio Brack Egg

EL ASPECTO ECONÓMICO DEL CONTROL DE LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL: UN ESTUDIO DE POR QUÉ LIMITAR LAS SANCIONES PENALES

Wesley D. Sherman^{***}

Las infracciones ambientales afectan a toda la sociedad, por lo que su regulación debe ser especialmente efectiva, con el fin de disuadir a los posibles infractores. Así, las sanciones penales aparecen, por un lado, como las más duras y, por consiguiente, las más eficientes en esta tarea de disuasión. Sin embargo, también surgen ciertas interrogantes, ¿son las sanciones penales realmente beneficiosas para la sociedad? ¿O, por el contrario, sólo añaden más costos, por algo que podría ser fácilmente regulado por una sanción civil grave? Y, si se da este supuesto, ¿sería una multa un pago por destruir el medio ambiente?

En el siguiente artículo, el autor pondera estas dos opciones y, utilizando datos objetivos, llega a una interesante conclusión.

^{*} Candidato Juris Doctorate de Florida State University College of Law. B.A. de Hamilton College. El presente artículo fue originalmente publicado en Journal of Land Use & Environmental Law. Volumen 23. 2007. La traducción estuvo a cargo de María José Higuera, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS.

^{**} Quiero agradecerle al profesor Jonathan Klick por su ayuda en el desarrollo de la idea de este trabajo y por sus valiosos comentarios a lo largo del proyecto. Aprecio también los esfuerzos de edición de mis compañeros de clase y amigos, Brad deBeaubien y Colin McMichen. Le agradezco a Dave McCrea, FSU COL 07, por sus comentarios sobre alternativas para implementar la regulación sobre medio ambiente. Le debo también un especial agradecimiento al Comité Ejecutivo del JLUEL por seleccionar este artículo, y a Julie Angelini por su arduo esfuerzo editándolo. Finalmente, esta nota está dedicada a mis padres, Martin y Beteann Sherman, por su apoyo incondicional y estímulo no sólo en la Facultad de Derecho, sino en todos mis proyectos.

I. INTRODUCCIÓN

“El control penal de las leyes ambientales es la forma más efectiva de asegurar su cumplimiento”¹.

Quizá no existe un disuasivo legal más grande para los delitos ambientales que la amenaza de un proceso penal y una encarcelación; sin embargo, no necesariamente es el control penal de las normas ambientales el que lleva al resultado más favorable para la sociedad. Parte del problema de esta determinación es que existen muchas partes interesadas pero no existe un acuerdo sobre qué tanto peso se le debería dar a las pretensiones de cada una de éstas. Gran parte de la doctrina temprana tomó por sentado que el punto más importante en la aplicación de las normas ambientales era proteger al medio ambiente, desalentando todas las violaciones de las leyes ambientales. En este artículo, sin embargo, busco balancear los intereses de las empresas afectadas por las normas ambientales, los consumidores de los productos de estas empresas, los individuos afectados por las violaciones de las normas ambientales, y las entidades a cargo de regular a los contaminadores. Así, concluyo que, en muchos casos, el control penal de las leyes ambientales está mal planteado. Por el contrario, sugiero que las penas civiles y administrativas son formas preferibles para el control de los delitos ambientales.

Comienzo la Parte II explicando las teorías utilizadas por los abogados y economistas para apoyar o criticar el control penal de las leyes. En la Parte III, trato las pretensiones principales de las partes interesadas en el contexto de las normas ambientales con el fin de que el lector pueda tomar en consideración las diferentes implicancias sociales de los sistemas de control. Luego, en la Parte IV, discuto los diversos niveles de culpabilidad requeridos por las normas ambientales para imputar la responsabilidad criminal del infractor. En la Parte V, explico los puntos básicos del análisis costo-beneficio aplicado tanto a los contaminadores como a los reguladores, y también hago un balance de los beneficios potenciales y los pro-

blemas de quebrar las normas ambientales de manera eficiente.

Con todo este contexto teórico ya establecido, continúo la Parte VI analizando la información de los años 2000-2006² de la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (EPA), haciendo deducciones acerca de la difícil decisión de la EPA entre los controles penal, civil y administrativo. Al hacer esto, encuentro que el número de investigaciones penales ambientales ha disminuido desde el año 2002, pero el porcentaje de las investigaciones que han terminado en acusaciones ha aumentado desde el 2003³. También encuentro que durante el periodo en el que las investigaciones penales disminuyeron, las sanciones civiles subieron, lo que sugiere que el EPA puede, de hecho, estar buscando penas civiles y administrativas en la mayoría de casos, dejando a la investigación penal sólo para las violaciones más significativas⁴. En la Parte VII, discuto otras maneras menos convencionales de resolver los problemas mencionados a lo largo del artículo. Finalmente, concluyo sugiriendo las áreas en las cuales se podrían conducir estudios empíricos para ayudar a las autoridades a determinar cuál es el mejor control de la normatividad ambiental.

II. EL CONTROL PENAL DE LAS NORMAS AMBIENTALES

A. Teorías legales

Con el fin de discutir el método más apropiado para el control de las violaciones a la regulación ambiental, uno debe primero entender los diversos mecanismos de control en general, y las teorías detrás del Derecho Penal⁵. Las leyes pueden ser controladas mediante tres ramas del Derecho –Penal, Civil, y Administrativa–, cada una con “sus propias definiciones, estándares de pruebas, procedimientos y remedios”⁶. Generalmente las leyes penales “necesitan que haya una intención, son de control público y no requieren que la víctima haya realmente sufrido el daño”; las leyes de responsabilidad civil, por el contrario, “no necesitan una intención, son controladas de manera

¹ JESUP, Ethan. “Environmental Crimes and Corporate Liability: The Evolution of the Prosecution of “Green” Crimes by Corporate Entities”. En: *New England Law Review* 33. 1999. pp. 721, 725.

² Ver: Figura 1, *infra*

³ Ver: Figura 2, *infra*

⁴ Ver: Figura 3, *infra*.

⁵ COHEN, Mark A. “Environmental Crime and Punishment: Legal/Economic Theory and Empirical Evidence on Enforcement of Federal Environmental Statute”. En: *Journal of Criminal Law and Criminology* 82. 1992. pp. 1054, 1057.

⁶ Op. Cit. Loc. Cit. p. 1058.

privada, y requieren que el demandante establezca los daños que le han sido causados”⁷.

Un propósito primario de cualquier ley penal es disuadir a los sujetos de cometer crímenes⁸. Debido a su poder de quitarle la libertad al actor, las sanciones criminales proveen un método poderoso de disuasión⁹. Incluso cuando las acciones civiles también pueden tener efectos graves, las consecuencias de una investigación y un proceso penal son más severas, pues llevan consigo la posibilidad de multas económicas, tiempo de prisión, y un “estigma de criminal”¹⁰. Esto es particularmente cierto para las autoridades corporativas, que tienden a estar especialmente preocupadas por su estatus social¹¹. Adicionalmente, “los acusados de crímenes ambientales [pueden] incurrir en gastos que llegan a los miles de dólares en honorarios de abogados dentro de un proceso”¹². Dado el poder de los cargos criminales, muchos reguladores consideran al control penal como el más grande disuasivo de las violaciones ambientales¹³.

El Derecho Penal también se utiliza para expresar “el sentido de indignación moral y condena de la sociedad” por considerar la conducta del actor culpable¹⁴. Como resultado de esto, las creencias de la sociedad son cruciales para la “determinación de cuándo un acto es criminal y hasta qué punto éste debe ser penado”¹⁵. Desgraciadamente, mientras crece la presión pública de proteger al medio ambiente¹⁶, y dado que los procesos penales son “noticias de primera plana”,

las agencias buscan el control penal incluso cuando son las acciones civiles o administrativas las que serían más apropiadas¹⁷.

Otra meta del Derecho Penal es el remedio, lo que se torna importante cuando un sujeto continúa violando una norma ambiental incluso luego que una agencia de control conoce de esta violación¹⁸. Las violaciones persistentes pueden causar serios peligros y daños a la salud humana y al ambiente¹⁹. Dada la eficiencia del sistema penal comparado al sistema civil o administrativo, el control penal puede ser necesario cuando un infractor no cambia sus actividades después de haber sido descubierto²⁰.

B. Teorías económicas

De acuerdo al Juez Richard Posner, la diferencia entre el Derecho Penal y el de la responsabilidad civil no se basa en la intención²¹. Por el contrario, él establece que el propósito del Derecho Penal en una sociedad capitalista es prevenir que la gente evite los intercambios voluntarios en el “mercado”²². Dado que la mayoría de estos *bypasses* del mercado (por ejemplo los asesinatos o violaciones) no pueden ser evadidos por el Derecho de Responsabilidad Civil (dado que el monto de los daños excedería de manera significativa la habilidad de pago del infractor), se requieren sanciones no económicas como la encarcelación²³. Sin embargo, si un infractor puede pagar los costos sociales de sus acciones, “no existe un beneficio social derivado de usar una sanción penal”²⁴.

⁷ Ibidem

⁸ JESSUP. Op. Cit.. Nota 1, supra. p. 730.

⁹ Ibidem.

¹⁰ GAYNOR, Kevin A. et al. “Environmental Criminal Prosecutions: Simple Fixes for a Flawed System”. Villanova Environmental Law Journal 3. 1992. pp. 1, 2.

¹¹ BRICKEY, Kathleen F. “Environmental Crime at the Crossroads: The Intersection of Environmental and Criminal Law Theory”. En: Tulane Law Review 71. 1996. pp. 487, 506. Ver también: BELLEW Sean J. y Daniel T. SURTZ. “Criminal Enforcement of Environmental Laws: A Corporate Guide to Avoiding Liability”. En: Villanova Environmental Law Journal 205. 1997. pp. 209-210. (donde señala que la investigación de crímenes de “camisa blanca”, es decir funcionarios altos, podrían tener un efecto disuasivo más grande que la investigación de los crímenes callejeros, debido a las “severas consecuencias personales” que resultan de ésta).

¹² GAYNOR et al. Op. Cit. Nota 10, supra. p. 2.

¹³ Ibid. pp. 2-3.

¹⁴ BRICKEY. Op. Cit. Nota 11, supra. p. 506.

¹⁵ JESSUP. Op. Cit. Nota 1, supra. p. 731.

¹⁶ Ver: FROMM, Eva M. “Commanding Respect: Criminal Sanctions for Environmental Crimes”. En: St. Mary’s Law Journal 21. 1990. pp. 821, 823. Ver también: BELLEW y SURTZ. Op. Cit. Nota 11, supra. p. 205. n.2.

¹⁷ FROMM. Op. Cit. Nota 16, supra. p. 823.

¹⁸ Ver: JESSUP. Op. Cit. Nota 1, supra. p. 731.

¹⁹ Ibidem

²⁰ Ibidem

²¹ Ver: POSNER, Richard A. “An Economic Theory of the Criminal Law”. En: Columbia Law Review 85. 1985. pp. 1193, 1194. Posner establece que en el Derecho penal, poner el énfasis “en castigar actividades preparatorias inofensivas, en el estado mental del acusado, y relacionado a ambos puntos, en el carácter moral en vez de en las consecuencias de una conducta, sugiere una perspectiva totalmente no económica”. Sin embargo, Posner no está de acuerdo con esta diferencia y cree que tanto el Derecho penal como el Derecho común pueden tener un significado económico.

²² Ibid. p. 1203.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibid. p. 1204.

1. Precios y sanciones

Al determinar cuál es la mejor manera de control de una ley o regulación, los economistas muchas veces distinguen entre los precios y las sanciones. El profesor Robert D. Cooter ha definido a la sanción como “un detrimento impuesto por hacer aquello que estaba prohibido, y un precio como dinero extraído por hacer algo que estaba permitido”²⁵. Si la conducta prohibida es sancionada, entonces la conducta del sujeto cambia drásticamente cuando se mueve “de la zona permitida a la zona prohibida”²⁶. Si la conducta prohibida está sujeta a un precio en vez de a una sanción, sin embargo, la conducta del sujeto se torna “mucho más elástica respecto a los cambios” en el precio impuesto²⁷. Como resultado, explica Cooter, los precios deben ser usados para “llevar a los que toman las decisiones a considerar los costos externos de sus actos”, mientras que las sanciones deben ser impuestas para “disuadir a la gente de hacer lo que está mal”²⁸.

La diferencia en la elasticidad de las conductas, por lo tanto, se torna importante para los legisladores. Si logran identificar la conducta socialmente deseable, pero tienen dificultades para valorar de manera exacta el costo de la desviación de tal conducta, entonces las sanciones deben ser preferidas sobre los precios²⁹. Si, por otro lado, “las autoridades pueden medir de manera exacta el costo externo de la conducta, pero no pueden identificar exactamente el nivel socialmente deseable de ésta, entonces se deben preferir los precios a las sanciones”³⁰. Por ejemplo, en el contexto de las emisiones de una planta de energía, las autoridades pueden identificar la conducta socialmente deseable –emisiones bajas–, pero tienen dificultad para tasar los costos de desviación de esta conducta –el detrimento de la calidad del aire y la salud humana creada por las emisiones altas–, por lo que las sanciones son preferibles a los precios si seguimos el modelo de Cooter.

2. Disuasión condicional versus disuasión incondicional

La fórmula de “la Mano Experimentada”, que balancea el costo del demandado de evitar un accidente contra la pérdida para el demandante resultado del accidente multiplicada por la probabilidad de la ocurrencia del mismo, es aplicada por las cortes a los casos que involucran responsabilidad civil sin intención³¹. Para los actos penales, sin embargo, el costo para el infractor es irrelevante, pues la sociedad no quiere que los sujetos eviten el mercado y transfieran bienes de manera coercitiva³².

Algunos crímenes, por otro lado, son resultado de actividades que la sociedad no quiere eliminar totalmente³³. Si las sanciones por realizar estas actividades son demasiado severas, entonces existe el riesgo de que se realicen de manera menos frecuente que la socialmente deseable³⁴. Como resultado, las actividades pueden ser divididas en las que buscamos disuadir de manera “condicional” y aquellas que buscamos disuadir de manera “incondicional”³⁵. Una acción que se disuade de manera condicional es una en la cual la actividad subyacente le causa un beneficio a la sociedad (por ejemplo, un incumplimiento contractual)³⁶. Una actividad que se disuade de manera incondicional (como el asesinato) es una en la cual la parte en falta debe ser castigada sin considerar su beneficio y los costos de la víctima³⁷.

Las violaciones de normas son normalmente actividades de disuasión condicional porque “la sociedad se beneficia de la actividad subyacente”³⁸. Por esto, no queremos aumentar el precio de realizar éstas a tal punto que disuadamos a las empresas de realizarlas³⁹. Esto es especialmente cierto en las violaciones a la regulación tales como derrames de petróleo, que no están totalmente dentro del control de la empresa o sus empleados⁴⁰. Si el costo en el que incurren las compañías

²⁵ COOTER, Robert. “Prices and Sanctions”. En: Columbia Law Review 84. 1984. pp. 1523, 1523.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibid. pp. 1523-1524.

²⁸ Ibid. p. 1523.

²⁹ Ibid. p. 1524.

³⁰ Ibidem.

³¹ POSNER, Richard A. “Economic Analysis of Law”. 1974. p. 69.

³² POSNER. Op. Cit. Nota 21, supra. pp. 1195-1198.

³³ COHEN. Op. Cit. Nota 5, supra. p.1062.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ver: POSNER. Op Cit. Nota 31, supra. pp.357-358.

³⁷ Ver: Ibid. p. 358.

³⁸ COHEN. Op Cit. Nota 5, supra. p. 1062.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem.

de petróleo como resultado de las sanciones impuestas por un derrame hiciera muy costoso seguir con el negocio, la sociedad sufriría, pues se elevarían los precios del petróleo o habría escasez.

Otro problema que nace del contexto de las actividades condicionalmente disuadidas es si basar el método de control en el beneficio obtenido por el infractor o en el daño a la sociedad⁴¹. Si el castigo del infractor estuviera basado en el beneficio obtenido, entonces todas las actividades de disuasión condicional se tornarían, en los hechos, en actividades de disuasión incondicional, pues no habría oportunidad de conseguir un beneficio⁴². Por lo tanto, "el debate sobre en qué basar las sanciones, si en la ventaja o al daño, es esencialmente el debate sobre si la sociedad desea "disuadir condicionalmente" algunos crímenes"⁴³.

3. El modelo de la "sanción óptima"

Adicionalmente a la sobre-disuasión de las actividades beneficiosas para la sociedad, el control penal de la regulación ambiental que termina en la encarcelación puede costarle mucho a la sociedad. Las sentencias de prisión llevan no sólo a que se gasten recursos para crear y operar cárceles, sino también lleva a la pérdida de productividad del infractor, quien se ve imposibilitado de trabajar⁴⁴. Aunque sea difícil medir de manera exacta lo que se gana como resultado de la encarcelación de un infractor debido a los beneficios indirectos difíciles de cuantificar (como la disuasión de otros potenciales violadores y la eliminación de la posibilidad de futuras infracciones por el mismo infractor), los costos indirectos para la sociedad que resultan del modelo de la "sanción óptima" deberían ser considerados por los legisladores cuando determinen el régimen regulatorio más efectivo para las violaciones ambientales.

III. PRETENSIONES DE LAS PARTES INTERESADAS

Uno de los problemas para determinar el método apropiado de control de la regulación ambiental es tomar en cuenta las pretensiones de todas las partes interesadas. Esta Sección examinará éstas, las cuales deben ser consideradas a lo largo de este artículo.

Una preocupación primaria del infractor es la justicia⁴⁵. "El cumplimiento perfecto de las leyes ambientales es casi, si no totalmente, imposible"⁴⁶. Como resultado, una empresa puede ser condenada por una violación menor que ni siquiera estaba conciente que había cometido⁴⁷. Por lo que sería injusto para esa empresa que el Departamento de Justicia (DOJ) busque sanciones penales agresivas en su contra para que sirva como ejemplo para los muchos infractores a los cuales no tiene ni el tiempo ni los recursos para perseguir⁴⁸.

Adicionalmente, las empresas deben preocuparse por que la responsabilidad penal sea impuesta sobre la organización entera por los actos incontrolables de un solo empleado⁴⁹. Mientras que es común que los empleadores sean responsables por los actos cometidos por sus empleados en la ejecución de sus labores, la responsabilidad vicaria "es una doctrina civil, no de responsabilidad penal"⁵⁰. La jurisprudencia de la responsabilidad penal ha evolucionado, sin embargo, a transferir la responsabilidad a las empresas y sus autoridades sin el requisito de la intención individual⁵¹.

Las preocupaciones de las autoridades corporativas, sobre todo el estado mental necesario para imponer responsabilidad penal individual, también deben ser tomadas en consideración. Tener que responder penalmente simplemente por tener una posición en una organización es una difícil realidad a aceptar⁵². Aunque algunos casos

⁴¹ Ibid. pp. 1062-1063.

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ BECKER, Gary S. "Crime and Punishment: An Economic Approach". En: *Journal of Political Economy* 76. 1968. pp. 169, 179, 180.

⁴⁵ FORTNEY, David C. "Thinking Outside the "Black Box": Tailored Enforcement in Environmental Criminal Law". En: *Texas Law Review* 81. 2003. pp. 1609, 1615.

⁴⁶ Ibidem. Ver. de manera amplia: LAZARUS, Richard J. "Meeting the Demands of Integration in the Evolution of Environmental Law: Reforming Environmental Criminal Law". En: *Georgetown Law Review* 83. 1995. pp. 2407, 2428-2440. (describe la complejidad del Derecho ambiental).

⁴⁷ Ver, por ejemplo: FORTNEY. Op. Cit. Nota 45, supra. pp. 1615-1616.

⁴⁸ Ibid. p. 1616.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid. pp. 1616-1617 (citando a KEETON, W. Page et al. "Prose y Keeton on the Law of Torts". § 2. 1984.).

⁵¹ Ver discusión en la Parte IV.B, infra.

⁵² FORTNEY. Op. Cit. Nota 45, supra. pp. 1617-1618.

involucren a autoridades que han participado, o sabían, de las violaciones, las autoridades pueden ser condenadas bajo la mayoría de estatutos ambientales incluso cuando ese no sea el caso⁵³. La idea de que alguien pueda ser encarcelado “por un hecho que no cometió ni conoció viola la premisa más básica del Derecho Penal estadounidense” —que las sanciones sólo sean aplicadas a aquellos con mentes criminales⁵⁴.

Los intereses del gobierno son, por supuesto, centrales para el sistema de control. El DOJ y las entidades reguladoras están forzadas a trabajar con recursos limitados, que deben cubrir un amplio rango de actividades de control⁵⁵. Más aún, en respuesta a la demanda pública de resultados, el gobierno se puede concentrar mucho en los casos “fáciles” (como las violaciones de pequeños negocios) y en los acusados corporativos con grandes bolsillos⁵⁶.

Queda un número de pretensiones sociales cruciales a considerar. Primero, el público tiene un interés en los programas de control ambiental que fomentan la prevención sobre las sanciones porque el daño causado, incluso si es compensable, es muchas veces permanente⁵⁷. Luego, la sociedad tiene un interés en el castigo, dado que cualquier sistema regulatorio no será suficiente para detener a cualquier infractor⁵⁸. Como resultado, sería poco sabio abolir la posibilidad de perseguir a los infractores penales, especialmente en el caso de contaminantes reincidentes que se niegan a cumplir⁵⁹. Finalmente, la sociedad tiene un interés en el uso eficiente de los tributos⁶⁰. Mientras que “la protección ambiental es una meta admirable y necesaria, (...) no debería lograrse teniendo como costo dejar en la quiebra a los negocios estadounidenses o a los propios consumidores”⁶¹.

IV. REQUISITOS DE CULPABILIDAD DE LOS CRÍMENES AMBIENTALES

A. Violaciones concientes

Muchas normas ambientales requieren “conocer” las violaciones para una condena penal⁶². Kevin A. Gaynor, Jodi C. Remer, y Thomas R. Bartman argumentan, sin embargo, que:

“[d]ada la naturaleza seria de los crímenes y las sanciones involucradas, la complejidad de las leyes, y el amplio ámbito de aplicación de las leyes ambientales federales para la sociedad americana, un alto nivel de culpabilidad debe ser impuesto, ya sea como un tema de discreción dentro del proceso o uno de enmiendas estatutarias. Este estándar más alto establecería una gran línea entre las violaciones ambientales que son penales, y las que son civiles o administrativas, guiando así a los fiscales y estableciendo estándares de conducta que el público puede entender”⁶³.

Explican que, en el contexto de las leyes ambientales, lo “conciente” ha sido interpretado por las cortes “no (como) el conocimiento de que uno está violando la ley, sino tan sólo una conciencia de sus propios actos”⁶⁴. Bajo este estándar, el gobierno puede declarar cumplido el elemento del conocimiento de manera más fácil que bajo normas penales no ambientales que lo requieren⁶⁵.

Sin embargo, la historia de la posición del Congreso respecto a la adopción del estándar de conocimiento bajo el *Resource Conservation and Recovery Act* (en adelante, “RCRA”)⁶⁶, indica que fue realizada con la intención de darle a los fiscales la autoridad para dirigirse contra las violaciones más graves, pero también para proteger “los de-

⁵³ Ibid. p. 1618.

⁵⁴ Ibid. (citando a LAFAYE, Wayne R. y Austin W. SCOTT. “Criminal Law”. §§ 1.2, 3.1. 1986).

⁵⁵ Ibid. p. 1619.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Ibid. pp. 1619-1620.

⁵⁸ Ibid. p. 1620.

⁵⁹ Ver, de manera amplia a: MANDIBERG, Susan F. “Moral Issues in Environmental Crime”. En: *Fordham Environmental Law Journal* 7. p. 881.1996. (discutiendo la interacción entre las doctrinas regulatorias y penales).

⁶⁰ FORTNEY. Op. Cit. Nota 45, supra. p. 1620.

⁶¹ Ibidem.

⁶² GAYNOR et al. Op. Cit. Nota 10, supra. p. 4.

⁶³ Ibid. pp. 4-5. Le otorga más fuerza a los cambios del sistema penal ambiental, discuten la ausencia de mecanismos de aplicación uniforme de las leyes ambientales. Mientras que este puede ser un argumento efectivo, los cambios podrían ser hechos por el Congreso u otras entidades reguladoras para corregir el problema. Adicionalmente, algunos escritores argumentan que la discrecionalidad de investigación que se le da a la regulación ambiental no es el problema en lo absoluto. Ver, por ejemplo: BARKER, David A. “Environmental Crimes, Prosecutorial Discretion, and the Civil/Criminal Line” En: *Virginia Law Review* 88. 2002. pp. 1387, 1388. Si bien este tema debe ser considerado, no será tocado en detalle en esta nota.

⁶⁴ GAYNOR et al. Op. Cit. Nota 10, supra. p. 12.

⁶⁵ Ibid. p. 11.

⁶⁶ 42 U.S.C. §§ 6901-6992 (2000).

rechos de los ejecutivos corporativos cuyos conocimientos de las prácticas de eliminación de desechos no eran totales⁶⁷. Así, al modificar las leyes ambientales actuales y su aplicación, se deberían fijar líneas claras para diferenciar lo penal de lo que no lo es, dejando así que los sujetos con buena fe eviten la responsabilidad criminal y que el gobierno enfoque sus recursos en los peores infractores⁶⁸.

B. La doctrina de la autoridad corporativa responsable

“La responsabilidad penal se imputa a una empresa cuando se cumplen tres condiciones: se ha cometido un crimen, el empleado infractor estaba actuando dentro de sus funciones laborales, y el empleado infractor tenía la intención de beneficiarse de la empresa⁶⁹. Dado que la empresa no tiene conciencia y no puede expresar su remordimiento, los fiscales a veces buscan entrar dentro de las empresas e imputan la responsabilidad a sus oficiales y directores⁷⁰. La teoría más comúnmente usada para imputar la responsabilidad en las acciones ambientales es “la doctrina de la autoridad corporativa responsable”, que se desprende de dos casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos⁷¹.

En *United States v. Dotterweich*⁷², el presidente y gerente general de una compañía farmacéutica, Dotterweich, fue procesado bajo el *Federal Food, Drug, and Cosmetic Act*⁷³. A pesar de que no estaba conciente de la violación cuando ésta ocurrió y nunca se alegó que había participado activamente en la infracción, fue igualmente considerado responsable por su posición en la compañía⁷⁴. En *United States v. Park*⁷⁵, otro presidente de una gran

sociedad, Park, fue considerado responsable bajo el *Federal Food, Drug, and Cosmetic Act*, incluso cuando había delegado responsabilidades a empleados de menor nivel⁷⁶. La Corte explicó que dado que Park estaba conciente de la violación previa y estaba en una posición de supervisor, tenía una obligación tanto de escrutar cualquier nueva violación como “de implementar medidas que aseguren que las violaciones no ocurran⁷⁷. Más aún, el público tiene el derecho de esperar que su salud y bienestar sean considerados por “aquellos que voluntariamente asumen posiciones de autoridad en las empresas⁷⁸.”

Desde *Park*, “ha existido un estándar de “debió haber sabido” en la responsabilidad de las autoridades corporativas para las actividades o violaciones que supervisen⁷⁹. “Este abandono aparente de cualquier estándar de *mens rea* deja preguntas inquietantes cuando estas autoridades son encarceladas sin referencia alguna a si poseían o no mentes culpables⁸⁰. Esto también ha sido utilizado, sin embargo, como una “defensa de las autoridades empresariales pues la presunción de responsabilidad que resulta de una posición corporativa puede ser refutada con evidencia de que la autoridad estaba “imposibilitada” de prevenir o corregir la violación⁸¹. Más aún, la doctrina puede estar restringida a los casos donde el director o tenía un control directo sobre las acciones de la corporación o tenía conocimiento de violaciones previas⁸².

C. Violaciones negligentes

Algunas normas imputan responsabilidad penal por la simple muestra de negligencia⁸³. Emplear un estándar de negligencia para sancionar penal-

⁶⁷ HARRIS, Christopher et al. “Criminal Liability for Violations of Federal Hazardous Waste Law: The “Knowledge” of Corporations and Their Executives”. En: *Wake Forest Law Review* 23. 1988. pp. 203, 207.

⁶⁸ GAYNOR et al. Op. Cit. Nota 10, supra. pp. 30-31.

⁶⁹ WOODKA, Janet L. “Sentencing the CEO: Personal Liability of Corporate Executives for Environmental Crimes”. En: *Tulane Environmental Law Journal* 5. 1992. pp. 635, 647.

⁷⁰ Ibid. p. 648.

⁷¹ Ibid. pp. 649.

⁷² 320 U.S. p. 277 (1943).

⁷³ Ibid. p. 278.

⁷⁴ Ibid. pp. 280-281.

⁷⁵ 421 U.S. 658 (1975).

⁷⁶ Ibid. pp. 660, 677.

⁷⁷ Ibid. p. 672.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ WOODKA. Op. Cit. Nota 69, supra. p. 650.

⁸⁰ HARE, Truxtun. “Reluctant Soldiers: The Criminal Liability of Corporate Officers for Negligent Violations of the Clean Water Act”. En: *University of Pennsylvania Law Review* 138. 1990. pp. 935, 936. Pero también ver: ESCOBAR, Jeffrey R. “Holding Corporate Officers Criminally Responsible for Environmental Crimes: Collapsing the Doctrines of Piercing the Corporate Veil and the Responsible Corporate Officer”. En: *New England Journal on Criminal and Civil Confinement* 305, 307. 2004. (argumenta que el RCRA y el “Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act” (CERCLA) han hecho casi imposible investigar penalmente a los oficiales corporativos y buscan un requisito menor de intención criminal que el actual).

⁸¹ WOODKA. Op. Cit. Nota 69, supra. p. 650 (citando a Park, 421 U.S. p. 673).

⁸² Ibidem.

⁸³ GAYNOR et al. Op. Cit. Nota 11, supra; ver también el “Federal Water Pollution Control Act”, 33 U.S.C. § 1319(c)(1). 2000.

mente a las autoridades empresariales saca a la luz serios problemas; concretamente, si es justo encarcelar a las autoridades por accidentes que resultan de decisiones o acciones negligentes y cuál es el nivel mínimo de negligencia para imputar culpabilidad⁸⁴. Aunque algunos académicos argumentan que el estándar de negligencia es necesario para disuadir a las personas de realizar actividades particularmente dañinas⁸⁵, otros mantienen que “castigar una conducta sin una referencia clara al estado de conciencia del sujeto es “tanto ineficaz como injusto” y no disuadirá a otros de actuar de manera similar en el futuro”⁸⁶.

V. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO EN EL PROCESO DE TOMA DE DECISIONES DE LOS CONTAMINANTES Y REGULADORES

Si los economistas van a defender ante las entidades ambientales y los legisladores lo que consideran ser una política regulatoria efectiva, necesitan tener un método efectivo y confiable para llegar a sus conclusiones. Un acercamiento usado con frecuencia por los economistas es el análisis costo-beneficio, el cual “es una herramienta económica para comparar los impactos deseables y no deseables de las políticas propuestas”⁸⁷. Los beneficios ambientales son definidos como el valor de obtener un ambiente más limpio, mientras que los costos son definidos por el aumento en los precios al llegar al objetivo regulatorio⁸⁸.

Los problemas llegan, sin embargo, al medir los costos y beneficios de los programas ambientales⁸⁹. Para comenzar, muchos beneficios y costos involucran elementos (tales como la salud) para los cuales no hay valor de mercado⁹⁰. Adicionalmente, los creadores de las políticas muchas veces son reacios a ponerle un valor económico a cosas como la vida humana⁹¹. En respuesta, los econo-

mistas han desarrollado técnicas para medir los beneficios del control de la contaminación al determinar la relación entre la calidad ambiental y los diferentes bienes⁹². También les han preguntado directamente a individuos acerca de su valoración de los bienes ambientales, buscando determinar así el valor que se le da a un mejor ambiente⁹³.

El marco de costo-beneficio para los programas ambientales, sin embargo, podría no llegar a determinar los castigos apropiados (por ejemplo, multas, encarcelación e impuestos) para las violaciones ambientales. Es decir, no queremos necesariamente asegurar el cumplimiento de la regulación ambiental en todos los aspectos, sino que queremos asegurar su cumplimiento en los puntos donde la sociedad está mejor sin incumplimientos y asegurar una compensación justa para las partes que sufrieron un daño, en los casos en que la sociedad se beneficia si el sujeto no cumple con la regulación.

A. “Los incumplimientos eficientes” de la regulación ambiental

Frank H. Easterbrook y Daniel R. Fischel han escrito que los “[g]erentes no tienen una obligación general de evitar violar las leyes regulatorias cuando las violaciones son beneficiosas para la empresa”⁹⁴. Bajo esta teoría, a la que se refieren como “incumplimientos eficientes del Derecho público”⁹⁵, explican:

“[L]os gerentes no tienen un deber ético de obedecer las normas regulatorias económicas sólo porque éstas existen. Deben determinar primero la importancia de éstas. Las sanciones que el Congreso crea por desobediencia son una medida de cuánto quiere que las empresas se sacrifiquen para poder adherirse a las normas; la idea de

⁸⁴ HARE. Op. Cit. Nota 80, supra. p. 938. Hare también cuestiona si un estándar de negligencia penal junto con la doctrina del oficial corporativo responsable violan el principio constitucional del debido proceso.

⁸⁵ Ibid. p. 960 (citando a las cartas de Holmes-Laski. 1953. p. 806.).

⁸⁶ Ibid. p. 965 (citando a PACKER, Herbert L. “Mens Rea and the Supreme Court”. En: Supreme Court Review 107, 109. 1962).

⁸⁷ ARROW, Kenneth J. et al. “Is There a Role for Benefit-Cost Analysis in Environmental, Health, and Safety Regulation?”. 272 SCI. 221, 221. 1996. Ver, de manera general: PALMER, Karen et al. “Tightening Environmental Standards: The Benefit-Cost or the No-Cost Paradigm?”. En: Journal of Economic Perspectives 9. 1995. p. 119. (dando una aproximación sobre el costo-beneficio).

⁸⁸ ARROW et al. Op. Cit. Nota 87, supra. p. 221.

⁸⁹ CROPPER, Maureen L. y Wallace E. OATES. “Environmental Economics: A Survey”. En: Journal of Economic Literature 30. 1992. pp. 675, 677.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ Ibidem.

⁹² Ibidem.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ EASTERBROOK Frank H. y Daniel R. FISCHEL. “Antitrust Suits by Targets of Tender Offers”. En: Michigan Law Review 80. 1982. pp. 1155, 1168.

⁹⁵ WILLIAMS, Cynthia A. “Corporate Compliance with the Law in the Era of Efficiency”. En: North Carolina Law Review 76. 1998. pp. 1265, 1324.

sanciones óptimas está basada en la suposición de que los gerentes no sólo pueden sino que deben violar las normas cuando es beneficio hacerlo⁹⁶.

Otros académicos han dependido de la idea de “la inversión eficiente al cumplir”⁹⁷, lo que sugiere que el monto máximo de dinero que una empresa debería invertir para cumplir con la ley está determinado por la máxima sanción para las violaciones de esa ley en particular, dado que sería ineficiente invertir más en el cumplimiento que el potencial riesgo de multa⁹⁸.

Ambas posiciones, sin embargo, han sido sujetas a críticas por carecer de buenos cimientos legales y políticos⁹⁹. La Profesora Cynthia Williams argumenta, por ejemplo, que estas teorías “subestiman el significado de la ley...al tratar estos dominios legales tan vastos como un simple sistema de precios o grupo de impuestos aplicados a la conducta”¹⁰⁰. Se refiere a estos tipos de teorías como “la visión de la “ley como precio”¹⁰¹ y mantiene “que la ley regulatoria no debería ser vista como...algo que los ciudadanos están libres de ignorar o aceptar, arriesgando las consecuencias conocidas”¹⁰². La Profesora Williams, aunque concede que “la ley es funcionalmente voluntaria en el sentido que cada decisión de seguir una norma es tomada de manera voluntaria”, argumenta que “no es voluntaria en lo que respecta a la visión de la “ley como precio”, al menos no en un sentido filosófico serio”¹⁰³.

Si bien pueden existir problemas morales y obstáculos filosóficos sobre las teorías del precio-como-ley, no deben ser desechadas sólo por eso. Uno de los argumentos principales contra los incumplimientos eficientes de la regulación ambiental es que los argumentos económicos están basados en teorías que, o no tienen una base de información empírica, o se sabe que si son usadas por individuos y empresas en sus procesos de toma de decisiones crearían serios e irreversibles problemas en el “mundo real”. Las razones por-

puestas por los que se oponen a la visión económica (como la Profesora Williams) están, no obstante, basadas en argumentos teóricos y filosóficos de similar refutabilidad.

Adicionalmente, aquellos que se oponen a la visión económica muchas veces fallan al no reconocer el beneficio general para la sociedad que se podría derivar de un incumplimiento eficiente, concentrándose, por el contrario, sólo en los beneficios obtenidos por la empresa infractora. Al decidir tomar una oportunidad económica que viola una ley o regulación —o incluso actuar en una forma negligente que conlleva el riesgo de hacerlo—, un individuo o empresa no se está sirviendo sólo a sí mismo. Por el contrario, los consumidores de los productos o servicios de la empresa también se benefician. Si el costo para el sujeto se torna muy alto para seguir con la actividad¹⁰⁴, entonces la sociedad sufriría, pues no recibiría los bienes y servicios que esa empresa otorga, o lo haría a un precio elevado. Al imponer multas en vez de sanciones criminales, por otro lado, las empresas pueden introducir estos costos a sus precios, dejando al consumidor la decisión de si un servicio vale realmente su precio¹⁰⁵.

Más aún, la afirmación de Williams respecto a que aunque los individuos pongan en una balanza los costos y beneficios de sus decisiones sobre si cumplir o no con la ley diariamente es fundamentalmente equivocada en las empresas. En realidad, de hecho lo contrario debería ser el caso. Aunque los individuos pongan en una balanza los costos y beneficios del cumplimiento, exponemos nuestra reputación cada vez que decidimos violar una ley o regulación. Las autoridades de las empresas, por otro lado —especialmente de aquellas empresas que tienen accionistas—, están forzadas a tomar decisiones basadas en el interés de la empresa. Por lo tanto, la conducta de una autoridad o gerente de una empresa podría ser completamente inelástica con respecto a su vida personal —así, se podría negar a romper la ley a

⁹⁶ EASTERBROOK. Op. Cit. Nota 94, supra. p. 1177. n.57.

⁹⁷ WILLIAMS. Op. Cit. Nota 95, supra. p. 1342.

⁹⁸ ENGEL, David L. “An Approach to Corporate Social Responsibility”. En: Stanford Law Review 32. 1979. pp. 1, 43-45.

⁹⁹ WILLIAMS. Op. Cit. Nota 95, supra. p. 1267.

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Ibid. p. 1207.

¹⁰³ Williams apoya su visión de que el Anteproyecto de Gobierno Corporativo del “American Law Institute”, que mantiene los argumentos de la ley-como-precio, están “basados en la visión falsa del deber ciudadano en un Estado democrático”. Ibid. pp. 1271-1272. (citando al “American Law Institute Principles of Corporate Governance and Structure: Restatement and Recommendations” § 2.01 cmt. f.).

¹⁰⁴ Por ejemplo, si los oficiales deciden imponer sanciones como cárcelera en vez de precios como multas. Ver: Parte II.B.1., supra.

¹⁰⁵ Pero ver: BELLEW y SURTZ. Op. Cit. Nota 11, supra. p. 209 (argumentando que el control criminal es preferible a las multas civiles porque “rompen la creencia de las corporaciones” que una multa civil es tan sólo una licencia para contaminar o un costo de negocio que se puede pasar al consumidor”).

pesar del potencial beneficio—, pero podría tomar la decisión de que la empresa viole una ley o regulación, pues será lo mejor para ésta¹⁰⁶.

Como resultado, la decisión de un individuo o empresa sobre si violar una ley o regulación —ya sea de manera intencional mediante un incumplimiento eficiente o actuando de manera que se incremente el riesgo de violación— estará basada en el tipo y nivel del mecanismo de control que se utilice. Aunque el American Law Institute (en adelante, “ALI”) se ha opuesto a los modelos de la ley-como-precio, el Comité de Leyes Corporativas del American Bar Association (en adelante, “ABA”) ha establecido que “la ley penal es la única ley imperativa importante, y que las violaciones intencionales del Derecho civil podrían no ser problemáticas, y por el contrario podrían ser socialmente beneficiosas en ciertos casos”¹⁰⁷. Por consiguiente, si los economistas buscan obtener apoyo para sus posturas acerca de 1) que la ley como modelos de precios, en ciertos momentos, beneficia a la sociedad en general y 2) que los individuos y las empresas sólo incumplirán de manera intencional las normas (o quizá se arriesgarán a violarlas) cuando las sanciones son civiles y no penales, entonces deben presentar información empírica convincente que pruebe la validez de estas posiciones¹⁰⁸.

B. Problemas con los incumplimientos eficientes y con la eliminación de los crímenes ambientales

Desde una visión de eficiencia económica, la sociedad estaría mejor en muchos casos sin un control penal de las leyes ambientales. Las sanciones penales disuaden a los sujetos de tomar oportunidades económicas que benefician no sólo a sí mismos sino también a los consumidores. Más aún, la amenaza de encarcelación y el estigma que surge de una investigación penal pueden disuadir a los sujetos de realizar conductas que tan sólo creen la posibilidad de ser sujetos del control penal —ya sea por la conducta negligente de un empleador o por la responsabilidad de la teoría

de la autoridad corporativa. Con todo eso establecido, sin embargo, se presentan serios problemas si las regulaciones ambientales se restringen sólo al control civil y administrativo.

Para comenzar, el ambiente no es un recurso ilimitado. Como resultado, si se permite a los individuos y a las empresas tomar decisiones basadas en el bienestar general de la sociedad, incluso tomando en cuenta los daños al medio ambiente, el daño causado por estas decisiones puede tener un efecto que va en aumento mientras que los recursos se van viendo contaminados y agotados.

No sólo algunos de los aspectos del ambiente se ven limitados cuantitativamente, sino que también existen daños irreversibles. Por ejemplo, si una compañía de energía viola las regulaciones de emisiones porque es menos caro pagar las multas y/o las sanciones civiles que cumplir con éstas, podría tornarse imposible regresar a la calidad del aire antes de la polución. Más aún, incluso si las multas y sanciones civiles se destinan a erradicar el daño causado por el incumplimiento, hay una buena posibilidad de que esos fondos sean usados en algo más o desechados mientras se mueven por la burocracia gubernamental.

Otro problema que se presenta por los incumplimientos eficientes de la regulación ambiental es que los sujetos, incluso asumiendo que son altruistas, pueden aún errar al calcular los costos y beneficios. Uno tiene que preguntarse si realmente queremos que el pueblo se guíe por algo más que la ley¹⁰⁹. Si es así, y una empresa se equivoca al valorar el costo del daño al medio ambiente, lo que lleva a que la empresa ejerza una actividad en la cual los costos son mayores que los beneficios, significa que no sólo la sociedad no se ha beneficiado, sino que el daño al ambiente podría ser importante e irreversible.

Más aún, existen más temas con la cuantificación de los costos y beneficios. Primero, siempre habrá una discusión sobre qué factores deberían ser

¹⁰⁶ Ver, por ejemplo: *Smith v. National Transportation Safety Board*. 981 F.2d 1326, 1328 (D.C. Cir. 1993), en donde el Juez Douglas H. Ginsburg explicó que el propósito del carácter público de la ley es que cada individuo pueda actuar de cierta manera. Usualmente esto significa actuar conforme a la ley, pero a veces también significa violar la ley (o acercarse a una violación) y aceptar las consecuencias conocidas de hacerlo —especialmente cuando se habla de una norma regulatoria y no moral o penal.

¹⁰⁷ WILLIAMS. Op. Cit. Nota 99, supra. p. 1275.

¹⁰⁸ Ver: HAY, Bruce L. et al. “The Four Questions of Corporate Social Responsibility: May They, Can They, Should They, Do They?”. En: HAY, Bruce L. et al (editors). *Environmental protection and the social responsibility of firms: perspectives from law, economics, and business*. pp. 1, 2 (“[T]heoretical arguments frequently have failed to take account of whether there is relevant, supporting empirical evidence.”).

¹⁰⁹ Ver: ESTY, Daniel C. “On Portney’s Complaint: Reconceptualizing Corporate Social Responsibility” En: *Environmental Protection and the Social Responsibility of Firms*. Op. Cit. Nota 108, supra. pp. 137-143.

incluidos en cada cálculo. Incluso si los factores están decididos, hay una dificultad de cuantificar el daño al ambiente así como al detrimento al bienestar y a la salud humana que resultan del daño. Finalmente, en el caso poco probable de que los factores se hayan establecido y que los costos y beneficios sean cuantificables, el problema de la impredecibilidad aparece. Es decir, aunque una firma pueda identificar el costo específico por cada unidad de contaminación, por ejemplo, es poco probable que la empresa pueda determinar exactamente cuántas unidades de contaminación fueron causadas por la actividad.

VI. INFORMACIÓN EMPÍRICA DE LOS PROGRAMAS DE CONTROL DEL EPA

Mientras reconocía que pueden existir una serie de explicaciones para algunas de las tendencias en la información, al igual que problemas potenciales creados por el número limitado de años que examiné para hacer deducciones sobre estas tendencias, los números de control del EPA¹¹⁰ de hecho se prestan para conclusiones favorables desde el punto de vista de los economistas. Primero, el número de investigaciones penales ambientales que se llevan a cabo está disminuyendo. Segundo, el número de infractores que son llevados a proceso por crímenes ambientales también ha disminuido¹¹¹, aunque no en la misma proporción que el número de investigaciones. Tercero, el porcentaje de las investigaciones¹¹² que han resultado en una condena sí ha aumentado de manera significativa desde el año 2003¹¹³, lo que demuestra que la EPA puede estar escogiendo sólo a los casos más grandes para procesar a los infractores de manera más fácil. Cuarto, aunque sea difícil sacar deducciones sobre el número de años de cárcel sin más información, como por ejemplo el número de infractores condenados¹¹⁴ así como el número de años que se le dio a cada uno, los números sí son similares a la cantidad de condenados. De ser esto cierto, se estaría sugiriendo que las sentencias de cárcel no se han tornado más duras. Finalmente, el nivel de penas civiles aumentó entre el año 2002 y el 2005, mientras que las administrativas también tuvieron un aumento similar desde el 2003¹¹⁵.

Algunas de las deducciones que saqué de la información del EPA son favorables para defender

el punto de vista de los economistas. El hecho que el número de investigaciones penales sobre crímenes ambientales haya disminuido de manera constante desde el año 2002 sugiere que el EPA puede estar buscando controlar sus normas utilizando más sanciones civiles y administrativas, y menos mediante el control penal. Uno podría argumentar, quizá, que investigaciones criminales previas ya tuvieron un efecto disuasivo, que causa que los individuos y las empresas violen la regulación de manera menos frecuente, lo que a su vez llevó al EPA a disminuir su control penal sin realmente decidir hacerlo. Sin embargo, el incremento en sanciones civiles entre el 2002 y el 2005 sugiere que el EPA en realidad parece haber buscado intencionalmente las sanciones civiles en casos en los que anteriormente hubiera buscado iniciarle una investigación penal al infractor.

Consecuentemente, el número de infractores a los que se les ha iniciado un proceso ha disminuido desde su nivel del año 2000, pero no en la misma proporción que las investigaciones. Juntos, estos datos indican que el porcentaje de las investigaciones que llevaron al inicio de un proceso ha aumentado desde el año 2003. Como se mencionó anteriormente, esto podría sugerir que la EPA está decidiendo investigar sólo a los violadores más grandes contra los cuales es más fácil construir un caso. Si esta deducción es cierta, y el EPA está buscando el control penal contra los infractores reincidentes, uno de los propósitos del Derecho penal –el remedio– podría cumplirse. Igualmente, al seguir menos investigaciones penales, el EPA está ahorrando recursos importantes y dinero de impuestos, permitiendo que sujetos productivos para la sociedad se mantengan, en vez de convertirse en gastos de impuestos en una prisión.

VII. SUGERENCIAS PARA UN CONTROL EFECTIVO DE LA REGULACIÓN AMBIENTAL

A través de este artículo he hecho notar los problemas que entorpecen el control efectivo de las leyes ambientales. En esta Parte, discutiré algunas ideas que han sido propuestas con el fin de mejorar y, en algunos casos, revolucionar el sistema de control de las leyes ambientales.

¹¹⁰ Ver: Figura 1, *infra*.

¹¹¹ Ver: Figura 2, *infra*.

¹¹² Ver: *ibidem*.

¹¹³ Ver: *ibidem*.

¹¹⁴ Ver: Figura 3, *infra*.

¹¹⁵ Ver: Figura 4, *infra*.

A. Un estándar elevado de *mens rea*

Elevar el nivel de culpabilidad necesario para una condena penal para la regulación ambiental podría ayudar mucho a proteger a las empresas de sanciones excesivas y arbitrarias. Al obligar al gobierno a demostrar un estándar más alto de la intencionalidad, se crearía una línea clara entre el control penal y el civil o administrativo¹¹⁶. Como resultado, el gobierno podría concentrar sus recursos en los peores infractores —aquellos que saben que sus acciones violan la ley¹¹⁷. De manera alternativa, el Congreso podría especificar que “concientemente” significa conocer que la ley está siendo violada, lo que también indicaría a las agencias de control que el nivel de culpabilidad debe ser sustancial antes de que se pueda iniciar un proceso penal¹¹⁸.

B. Control a la medida

Quienes critican la aplicación de teorías penales tradicionales a la regulación ambiental han sugerido que ambas no pueden ser combinadas, pues es como tratar de meter un cuadrado a un agujero circular. Es decir, el Derecho ambiental penal se acerca a las decisiones y acciones corporativas como si éstas fueran tan unitarias y racionales como las de un individuo, cuando en la realidad habrían pocos que creerían que éste es el caso¹¹⁹. Los académicos se refieren a este quiebre como la teoría de “la caja negra” de la empresa¹²⁰. Bajo un argumento de caja negra, las sanciones penales ambientales de las empresas se justifican porque éstas son contaminadoras racionales que violan las normas ambientales cada vez que sea beneficioso¹²¹. La evidencia demuestra, no obstante, que los que toman las decisiones corporativas efectivamente toman en consideración también todos los aspectos no monetarios¹²². Por consiguiente, el modelo de la caja negra es

una falla importante en el sistema penal ambiental¹²³.

Si aceptamos que el modelo de la caja negra es la “raíz de la causa” de los problemas con el sistema de control ambiental actual, entonces implementar un modelo nuevo más realista es la única opción aceptable¹²⁴. En vez de utilizar un régimen de control de “talla única”, quizá sería más apropiado sancionar a los infractores de manera diferente por la misma violación, de acuerdo al tipo de organización¹²⁵. Esta idea describe el “control a medida”¹²⁶. Dado que las organizaciones tienen diferentes objetivos, estructuras y procesos de toma de decisiones, responden de manera diferente a los incentivos y sanciones¹²⁷. Por consiguiente, al reconocer estrategias “objetivo” de control para cada tipo de organización, parte del impacto disparejo causado por el control penal de la regulación ambiental será eliminado¹²⁸. Más aún, el control a medida permitirá al gobierno cumplir con sus metas de manera más eficiente con sus recursos limitados¹²⁹.

C. Aseguramiento financiero o “afianzamiento”

Un principio fundamental de la regulación ambiental es que los costos de la contaminación deberían ser cubiertos por los que contaminaron¹³⁰. Los problemas aparecen, sin embargo, cuando las obligaciones ambientales son evitadas porque el contaminador entra en un proceso concursal, se disuelven las empresas, o simplemente se abandonan¹³¹. Algunas reglas sobre aseguramiento financiero, o requerimientos de afianzamiento, podrían solucionar estos problemas¹³².

“Las reglas de aseguramiento requieren que los potenciales contaminadores demuestras *ex ante*—

¹¹⁶ GAYNOR et al. Op. Cit. Nota 10, supra. p. 29.

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ Ibid. p. 30.

¹¹⁹ FORTNEY. Op. Cit. Nota 45, supra. p. 1629.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ SPENCE, David B. “The Shadow of the Rational Polluter: Rethinking the Role of Rational Actor Models in Environmental Law”. En: California Law Review 89. 2001. pp. 917, 919-921.

¹²² Ibid. p. 970.

¹²³ FORTNEY. Op. Cit. Nota 45, supra. p. 1630.

¹²⁴ Ibid. p. 1631.

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ Ibid. pp. 1632-1633.

¹²⁹ Ibid. p. 1634. Para una discusión completa de la teoría del control a la medida, ver: ibid. pp. 1631-1635.

¹³⁰ BOYD, James. “Financial Responsibility for Environmental Obligations: Are Bond-ing and Assurance Rules Fulfilling Their Promise? ”.

¹³¹ Ibidem.

¹³² Ibidem.

los recursos financieros adecuados para corregir y compensar los daños ambientales que podrían causar en el futuro”¹³³. Las reglas de aseguramiento permiten que las empresas determinen por sí mismas, si es que, y hasta qué nivel, realizarán actividades que dañen al medio ambiente¹³⁴. Esta libertad, sin embargo, deberá ser controlada por “la experiencia y escrutinio de financieras privadas” tales como “los aseguradores y bancos que otorguen productos financieros que sean usados para demostrar el cumplimiento”¹³⁵. De esta manera, “las reglas de aseguramiento pueden otorgar un cumplimiento flexible y basado en el mercado”¹³⁶. Adicionalmente, el aseguramiento obligatorio responde al problema de la insolvencia directamente y aumenta la efectividad de la regulación ambiental¹³⁷.

VIII. CONCLUSIÓN

Mientras el medio ambiente se mueve al frente de la preocupación social y el debate político, la decisión concerniente a qué métodos deben estar disponibles para el control de los estatutos ambientales es crucial. Para obtener las mejores políticas para todas las partes interesadas, es

esencial que las autoridades estén concientes de la amplitud de los argumentos legales y económicos. Como resultado, los académicos deben continuar explotando la eficacia del control penal, civil y administrativo de las diversas regulaciones ambientales. Deben hacer eso, sin embargo, no sólo discutiendo teorías –e incluso tampoco sólo presentando información empírica, sino realizando estudios empíricos y relacionando sus resultados con la teoría y las políticas de una manera clara y notable. Algunas preguntas importantes a examinar cuando se determina el mecanismo de control apropiado de cada violación potencial incluyen: 1) el nivel de disuasión deseado; 2) el grado de daño que se causaría al medio ambiente y a la salud pública por una infracción; 3) el beneficio para la sociedad que surgiría de un incumplimiento; 4) el requerimiento de culpabilidad/*mens rea* designado, y 5) el monto de recursos necesario para poder cumplir de manera exitosa con el programa de control. Finalmente, mientras que los académicos y las autoridades continúan examinando las diferentes teorías, políticas y resultados, deben mantenerse abiertos a la posibilidad de que esta área del Derecho, al ser única, requiere un sistema único de regulación.

FIGURA 1

Sanciones Penales

Año	Años de pena privativa de la libertad	Investigaciones penales ambientales	Acusados condenados	Monto de multas (en millones)
2000	146	477	360	122
2001	212	482	372	95
2002	215	484	325	62
2003	146	471	247	71
2004	77	425	293	47
2005	186	372	320	100
2006	154	305	278	43

Sanciones Civiles/Administrativas (en millones)

Año	Medidas cautelares	Sanciones civiles	Sanciones administrativas	Valor de SEPs ⁺	Sanciones estipuladas
2000	1600	55	29	56	N/A
2001	4500	102	24	89	N/A
2002	3900	64	26	58	4
2003	2900	72	24	65	128
2004	4800	121	28	48	68
2005	10000	127	27	57	4
2006	4900	82	42	78	10

⁺ Proyectos Suplementarios del Ambiente (Supplemental Environmental Projects).

Total de Sanciones Económicas (en millones)

Año	Total de sanciones económicas	Total sin incluir medidas cautelares
2000	2699.5	258.5
2001	4611	310
2002	4070	200
2003	3168	360
2004	5065	312
2005	10215	315
2006	5112	255

Fuente:
U.S. Environmental Protection Agency. "Data, Planning and Results: Annual Results".
En: <http://www.epa.gov/compliance/data/results/annual/index.html>.

FIGURA 2

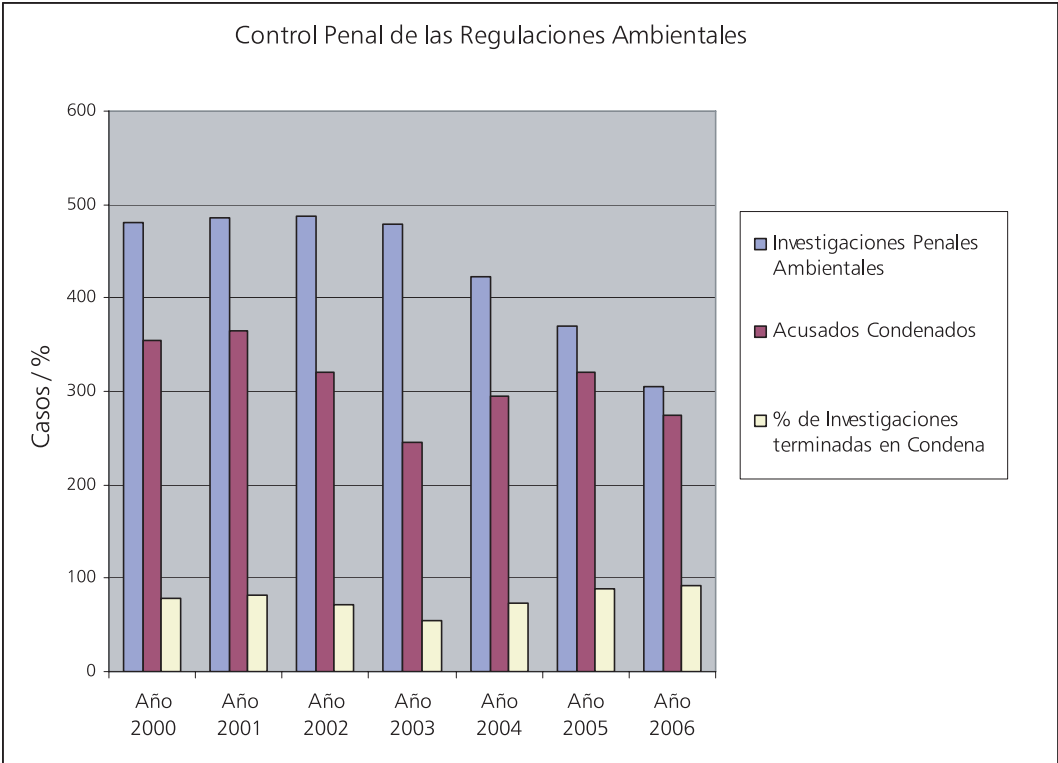


FIGURA 3

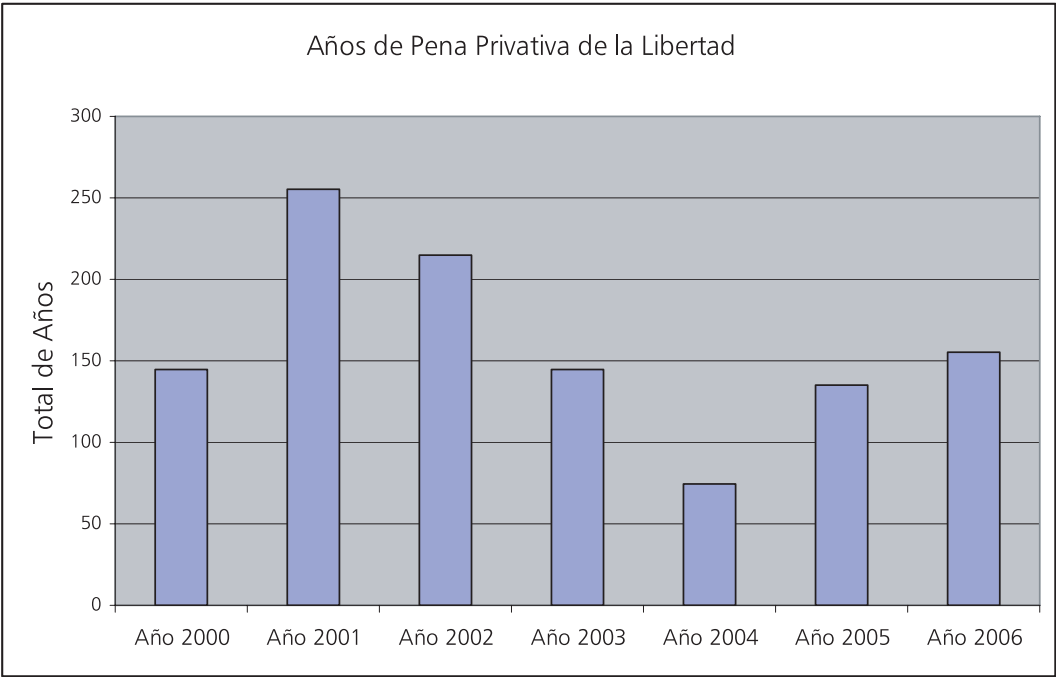
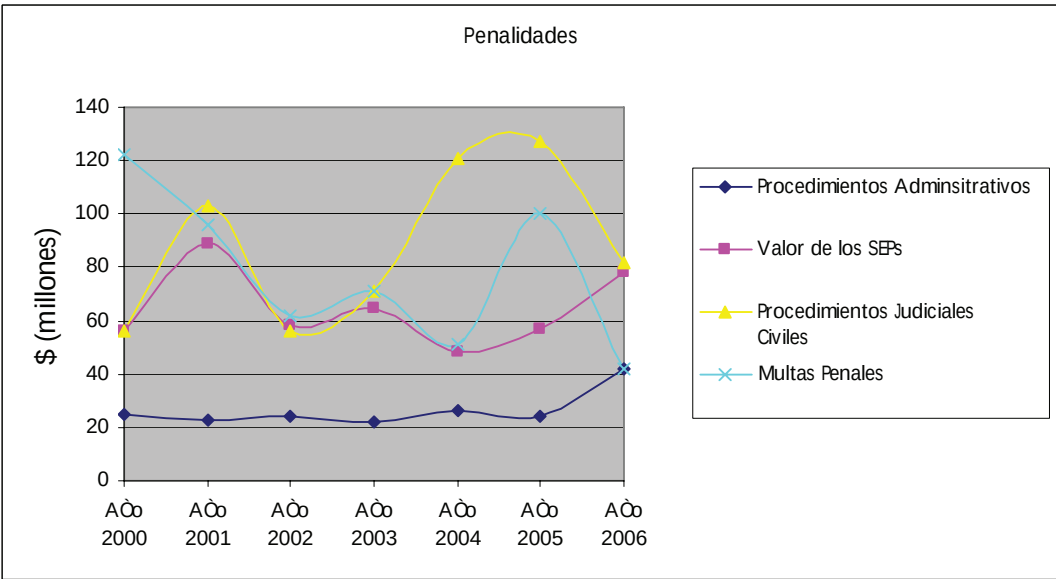


FIGURA 4



DERECHO, DESASTRES NATURALES Y DESIGUALDAD

Daniel A. Farber^{* **}

Los desastres naturales azotan a la humanidad sin diferenciar cuestiones raciales, económicas o políticas. No obstante, es cierto que el impacto de dichos desastres variará dependiendo de tales factores, como consecuencia de una invisible y latente discriminación que subyace dentro de la sociedad.

Tomando ello como premisa, el autor analiza el impacto desproporcional de los desastres naturales sobre los distintos grupos sociales e ilustra una manera de enfrentarlos a través de la prevención y la toma de conciencia por parte de las mayorías.

^{*} Profesor Sho Sato de Derecho y Director de la Facultad, California Center for Environmental Law and Policy, Universidad de California, Berkeley.

^{**} El presente artículo fue originalmente publicado en el 2006 en *Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice* 25 (2). La traducción estuvo a cargo de Mario Fernando Drago Alfaro, Director de la Comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos al profesor Farber por autorizarnos su publicación y a Óscar Súmar Albújar por hacernos llegar el artículo.

Habiendo sido uno de los miembros del comité de la facultad encargado de seleccionar al primer consejo editorial del *Journal of Law and Inequality*, estoy particularmente satisfecho con la oportunidad de participar en este Simposio, que conmemora el veinticinco aniversario de esta publicación. Quiero aprovechar la oportunidad para explorar una nueva frontera sobre el estudio del Derecho y la desigualdad, aquella referida a los desastres naturales.

Los terremotos y huracanes no son, claro está, productos de la desigualdad. No obstante, sus impactos pueden recaer de manera desproporcionada en los diferentes segmentos de la sociedad¹. Esta realidad fue traída a nuestros hogares cuando veíamos por las noticias lo que sucedía con el Huracán Katrina. Consideren el Domo², que ofreció refugio de último recurso: “El Domo fue un desastre de salubridad pública fabricado”. “[E]l número de personas adentro se duplicó en veinticuatro horas, convirtiéndose en una ciudad virtual de veinte mil personas, albergando a pobres y afroamericanos”³. Por días, resultaba “claro para cualquiera que estuviese viendo televisión que la mayoría de personas atrapadas en Nueva Orleans eran afroamericanos, mayormente pertenecientes al espectro más bajo de ingresos”⁴. La “mayoría de la población de raza blanca de Nueva Orleans dejó la ciudad antes de que el huracán golpeará, ya que vivía en áreas cerca de tierras secas, y encontraron una forma más fácil de escapar”⁴. Últimamente, el Congressional Research Service (En adelante, “CRS”) descubrió que “un estimado de 272,000 personas negras fueron desplazadas por inundaciones y daños, representando el 73% de la población afectada por la tormenta en el lugar”⁵.

Existen patrones similares en otros desastres. El tsunami del 26 de diciembre de 2004 mató casi un cuarto de millón de personas y desplazó a otro

millón. Dicha carga no recayó en todos los segmentos de la población. Los pobres fueron los más impactados; a menudo, los grupos más vulnerables experimentaron una discriminación que los ha marginado a lugares de alto riesgo para vivir⁶.

Como muestra el tsunami, la relación entre desventajas sociales y riesgos de desastres no se limita a los Estados Unidos. Este ensayo, no obstante, se enfocará en los aspectos domésticos de esta relación. La Parte I repasa algunos incidentes discriminatorios en el último siglo de historia de Estados Unidos. La Parte II recopila evidencia del impacto desproporcional de los desastres dependiendo de la raza, el género o la edad. En la Parte III se exploran varias posibles respuestas legales a este impacto desproporcional. La Parte IV toma en consideración cómo este impacto desproporcional puede ser considerado como una llamada de atención sobre necesidades sociales menos dramáticas, pero más profundas. Por su lado, la parte V ofrece una breve conclusión.

I. DESIGUALDAD POR DESASTRES EN LA HISTORIA ESTADOUNIDENSE

A principios del siglo XX, los desastres y los temas raciales estaban frecuentemente interrelacionados. Por ejemplo, luego del terremoto de San Francisco de 1906, los japoneses y chinos fueron maltratados⁷. La gente blanca saqueó *Chinatown* luego de que los residentes evacuaron⁸. Intentaron también convertir a *Chinatown* en el área menos deseable de la ciudad, pero su objetivo se vio frustrado por la resistencia concertada de la comunidad china⁹. Las acciones represivas contra los japoneses, incluida la segregación en las escuelas, amenazó con una posible guerra entre Estados Unidos y Japón¹⁰. De igual manera, luego que Galveston fue destruida por una inundación ese mismo año, los reportes indicaron que un número indeterminado de afroamericanos y extranjeros

¹ Para un antecedente sobre este problema, ver: FARBER, Daniel A. y Jim CHEN. “Disasters and the Law: Katrina and Beyond”. 2006. pp. 109-160. Tal como señala el Nacional Research Council (en adelante, “NRC”), algunos “segmentos de la población son más propensos a sufrir calamidades, daños a su propiedad, impactos psicológicos, impactos demográficos, impactos económicos e impactos políticos –como efectos directos, indirectos e informales”. National Research Council, Committee on disaster research in the social science, facing hazards and disasters: understanding human dimensions. 2006. p. 73. El NRC se refiere a este fenómeno como “vulnerabilidad social”. Ibidem.

² Nota del Traductor: El autor hace referencia al estadio de la ciudad.

³ MCQUAID, John y Mark SCHLEIFSTEIN. “Path of destruction: the devastation of New Orleans and coming age of superstorms”. 2006. p. 235. Los autores fueron dos reporteros de Times Picayune que cubrieron el desastre de primera mano.

⁴ Ibid. p. 300. Fuera de la ciudad, en St. Bernard Parish, la gente blanca fue impactada en mayor medida y muchos murieron.

⁵ Ibidem.

⁶ GABE, Thomas; FALK, Gene y Maggie MCCARTY. “Hurricane Katrina: Social Demographic Characteristics of Impacted Areas”. 4 de Noviembre de 2005. pp. 14, 16-17 (Congressional Research Serv. Order Code RL33141).

⁷ FARBER y CHEN. Op. Cit. pp. 115-116.

⁸ Ver: FRADKIN, Philip L. “The great earthquake and firestorms of 1906”. 2005. pp. 289-304.

⁹ Ibid. pp. 292-293.

¹⁰ Ibid. p. 295.

¹¹ Ibid. p. 301.

fueron abaleados. “Los blancos le temen a los negros –alimentados por estereotipos raciales– supe-
rada la recuperación luego de las tormentas”¹¹.

La inundación de Mississippi en 1927 brinda un claro ejemplo de cómo los desastres y las razas interactúan¹². El área más perjudicada por la inundación fue el delta del Mississippi, que albergaba a una gran población negra. El 21 de abril hubo una gran ruptura en los diques¹³. Incluso antes de dicha ruptura, la ciudad colindante de Greenville había empezado a prepararse al poner a trabajar a cientos de hombres negros en el reforzamiento del dique de protección de la ciudad. Luego de la ruptura, el esfuerzo se duplicó. “Todo ese día la policía se dedicó a llevar a cientos de hombres negros para llevarlos al dique” a trabajar¹⁴. El 25 de abril se elaboraron los planes para evacuar Greenville. “Las mujeres blancas y los niños se movilizaban a los muelles esperando abordar los botes a vapor; las barcas fueron usadas para transportar a los negros y al ganado asustado”¹⁵. Pero los planes de evacuar a los negros fueron cancelados debido a los agricultores, que tenían temor a perder su fuerza de trabajo¹⁶.

Los negros y blancos que se quedaron en Greenville vivieron vidas muy distintas. Cerca de cuatro mil blancos vivían en segundos pisos, oficinas y hoteles¹⁷. Por su lado, cerca de cinco mil negros fueron hacinados a almacenes, molinos de aceite y plantas; mientras que diez mil más vivían sobre los diques en carpas con miles de cabezas de ganado. La “disparidad entre la vida de negros y blancos era más marcada que en épocas normales”; los negros se sentían “traicionados”¹⁸. Una nueva forma de esclavismo había sido reestablecida. “La Guardia Nacional patrullaba los perímetros del dique con rifles y bayonetas. Para entrar

al dique era necesario contar con un pase”¹⁹. Esto era así en todo Mississippi²⁰. En el campo de Greenville, la brutalidad era algo común, y los negros afirmaban ser “tratados como perros”²¹.

Mientras la inundación continuaba, más de 300 000 personas, la mayoría negros, fueron reubicados en el campo hasta por cuatro meses²². Durante la reconstrucción, la carga de suministros y la limpieza eran trabajos considerados sólo para negros, a los que la policía reunió en grupos de trabajo²³. Los miembros líderes de la comunidad nacional negra fueron persuadidos a encubrir dichos abusos, a cambio de la promesa de que el Gobierno Federal los ayudaría a comprar granjas después; pero esas promesas pronto fueron dejadas de lado cuando Herbert Hoover^{II} no necesitó más del apoyo negro para conseguir su nominación como candidato republicano²⁴. Por último, como resultado directo de la experiencia de la inundación, decenas de miles de negros dejaron el Delta y se dirigieron a Chicago y a otras ciudades norteamericanas²⁵.

Un año después, un gran huracán golpeó Florida, devastando las residencias cercanas a los Everglades. “Mientras la tormenta golpeaba el Lago Okeechobee, algunos blancos se trasladaban a hogares más seguros, pero la mayoría de los negros tuvieron que enfrentarla en sus propias casuchas desprotegidas en los terrenos bajos”²⁶. El huracán mató a veinticinco mil personas, “la mayoría pobres negros que se ahogaron en los pantanos de los Everglades”²⁷. Al igual que en la inundación de Mississippi, los oficiales juntaron a los negros en grupos de limpieza a punta de pistola²⁸. La discriminación no acabó con la muerte: “los féretros fueron reservados para los blancos, y los terrenos de los Everglades se satu-

¹¹ Ibid. p. 20.

¹² La inundación es el tema del clásico libro: BARRY, Jhon M. “Rising tide; the great Mississippi flood of 1927 and how it changed America”. 1998.

¹³ Ibid. p. 201.

¹⁴ Ibid. p. 206.

¹⁵ Ibid. p. 308.

¹⁶ Ibid. p. 310.

¹⁷ Ibid. p. 311.

¹⁸ Ibid. p. 312.

¹⁹ Ibid. p. 313.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibid. p. 315.

²² Ibid. p. 286.

²³ Ibid. p. 328.

^{II} Nota del Traductor: trigésimo primer presidente de los Estados Unidos (1929-1933).

²⁴ Ibid. pp. 382-385.

²⁵ Ibid. 417.

²⁶ GRUNWALD, Michael. “The swamp: The Everglades, Florida, and the politics paradise”. 2006. p. 192.

²⁷ Ibid. p. 193.

²⁸ Ibid. p. 194.

raron demasiado por los entierros, por lo que 674 negros fallecidos fueron amontonados en camiones y llevados a un cementerio masivo en West Palm Beach”²⁹.

Estos incidentes podrían ser considerados como historia pasada por algunos. Desafortunadamente, aunque estas formas específicas de discriminación han sido eliminadas, factores raciales y de pobreza continúan siendo un tema en términos de vulnerabilidad por desastres. Los desastres llueven sobre todos, pero llueven más fuerte sobre unos que sobre otros.

II. DESASTRES Y GRUPOS VULNERABLES

La relación entre desastres y desventajas sociales merece un estudio mayor por parte de los científicos sociales. El presente trabajo sobre el tema no es suficiente. Pero lo que sabemos hasta este punto es bastante para indicar claramente que la raza y la pobreza, conjuntamente con la edad y el género, significan una gran diferencia. Aquellos que sufren desventajas sociales son comúnmente los que más dañados resultan, y tienen menos posibilidades de tomar acciones defensivas o reconstruir sus vidas luego de los desastres.

A. Raza y etnia

Como hemos visto, las minorías raciales han sido desproporcionalmente victimizadas cuando ocurre un desastre. Esto demostró seguir sucediendo con el huracán Katrina. Las razones están muy relacionadas con la desventaja social general que sufren los grupos minoritarios. Tal como un reporte indicó luego de Katrina, el impacto desproporcionado del desastre no fue coincidencia:

Veintiocho por ciento de las personas de Nueva Orleans viven en la pobreza. De estos, ochenta y cuatro por ciento son afroamericanos. Veintitrés por ciento de las personas de cinco años de edad o mayores que viven en Nueva Orleans son discapacitados. Un estimado de entre 15 000 y 17 000 hombres, mujeres y niños en Nueva Orleans no tienen hogar.

Las zonas bajas de Nueva Orleans tendieron a ser pobladas por gente sin recursos económicos o políticos. El Lower Ninth Ward^{III}, por ejemplo, que fue especialmente golpeado por una inundación, está en el área más pobre y baja de la ciudad. Noventa y nueve por ciento de los residentes eran afroamericanos.

“[E]n Nueva Orleans, el agua corre lejos del dinero. Aquellos con recursos y que controlan hacia dónde va el drenaje, siempre escogen vivir en zonas altas. Por lo que la gente que vive en las zonas bajas son los más afectados”.

De los hogares que viven en pobreza, la mayoría no tiene acceso a un auto. 21 787 de esos hogares sin auto son negros; 2 606 son blancos. Esta carencia se torna crucial, dado el plan de evacuación que supone la capacidad de las personas de trasladarse fuera de Nueva Orleans en auto³⁰.

Más de un tercio de los hogares negros de Nueva Orleans y más de la mitad de hogares negros carecen de auto³¹.

Hubo también por lo menos un incidente que sugiere una intención discriminatoria. Luego de los incidentes de Katrina, un grupo de residentes de Nueva Orleans, mayoritariamente gente negra, intentó dejar la ciudad a través del puente hacia Gretna. Fueron devueltos por policías armados ya que Gretna se rehusó a brindarles refugio o ayudarlos a evacuar. Actualmente se discute en sede judicial si esta chocante reacción frente a la desesperación de la gente fue o no motivada por cuestiones raciales³².

La relación entre raza y pobreza, y las tasas de evacuación, no es un aspecto singular de Katrina. Tal como el National Research Council (en adelante, “NRC”) halló:

“[L]os resultados muestran que las distintas razas, etnias, ingresos y necesidades especiales responden de diferente forma ante la información alertante y las órdenes de evacuación... Por ejem-

²⁹ Ibidem.

^{III} Nota del Traductor: Barrio pobre de Nueva Orleans.

³⁰ CENTER OF PROGRESSIVE REFORM. “An unnatural disaster: the aftermath of hurricane Katrina”. 2005. pp. 34-35. El CPR afirma que esto pudo haberse previsto. Sostiene que las advertencias de los “[g]rupos comunitarios y los académicos de la justicia ambiental” ayudaron a demostrar no sólo que “los tomadores de decisiones del gobierno debieron haber sabido a quiénes les perjudicaría la falta de protección, sino que [más aún] lo sabían”: “los impactos desproporcionados de Katrina experimentados por los pobres y la comunidad negra es parte de un patrón en los desastres ambientales en donde los grupos de bajos recursos y de color son obviados en la preparación antes que dichos desastres ocurran, y reciben atención de manera más lenta después de ocurridos”. Ibid. pp. 35-36.

³¹ Ver: SHERMAN, Arloc e Isaac SHAPIRO. “Essential facts about the victims of hurricane Katrina”. Center on Budget and Policy Priorities. 19 de Septiembre de 2005. En: www.cbpp.org.

³² Ver: CLARK, Philip. “Bridge to Nowhere”. En: <http://www.law.berkeley.edu/library/disasters/Clark.pdf>.

plo, los miembros de los grupos minoritarios tienden a tener familias más numerosas, por lo que contactar a todos los familiares y deliberar sobre la mejor alternativa de acción se torna más complicado. Los grupos de bajos recursos, los residentes urbanos y los ancianos mayormente se movilizan utilizando el transporte público en lugar de utilizar vehículos personales. Las personas de bajos recursos y las minorías, que tienden a tener familias más numerosas, suelen no poder dejar de lado sus trabajos cuando los desastres amenazan, viajar lejos para evitar el peligro o pagar por alojamiento en casos de emergencia³³.

Adicionalmente, el NRC halló que los miembros de los grupos minoritarios suelen desconfiar de la información brindada por la mayoría blanca acerca de las emergencias, y aquellos que sólo atienden a medios de comunicación que no hablan inglés encuentran aun más difícil el percatarse de las advertencias³⁴.

Al igual que con otros desastres estadounidenses, los inmigrantes sufrieron desproporcionadamente luego de Katrina. Los indocumentados pudieron acceder a la ayuda inmediata después de la emergencia, pero no tuvieron acceso a refugios de largo plazo o asistencia alimenticia. Ellos incluso prefirieron no hacer uso de la asistencia inmediata, debido al temor fundado de poder ser detenidos y deportados. Incluso a algunos inmigrantes legales en los Estados Unidos se les negó cierto tipo de asistencia. Esta categoría incluyó a individuos con trabajos temporales, con visas de estudiante o turista, y también (irónicamente) a ciertos refugiados de desastres centroamericanos que habían sido admitidos en Estados Unidos por razones humanitarias³⁵.

La relación entre raza, pobreza y riesgo de desastres puede resultar compleja. En 1995, más de setecientos residentes de Chicago murieron en una ola de calor que duró una semana³⁶. El grupo afroamericano era el que mayor riesgo corría, siendo 1.5 veces más propenso a morir que los blancos³⁷. No obstante, los hispanos conformaban

un grupo propenso a tener víctimas. A pesar que su "gran nivel de pobreza los señalaba como un grupo con alto riesgo de mortalidad", "experimentaron una sorprendentemente baja tasa"³⁸. La razón de este contraste entre los niveles de mortalidad de afroamericanos e hispanos puede estar relacionada al ambiente social de los vecindarios donde viven, siendo que los segundos suelen incentivar a los ancianos a relacionarse con el resto de la comunidad³⁹. Junto con la edad, el aislamiento es un factor de riesgo crítico durante las olas de calor⁴⁰. Tal como un sociólogo que estudió la ola de calor explica, los afroamericanos tienen los índices de mortalidad más altos porque "son el único grupo en la ciudad segregado y *ghettizado* en áreas con altos niveles de casas abandonadas, lotes vacíos, deficiente infraestructura comercial, población en descenso, veredas, parques y calles en mal estado, e instituciones empobrecidas. Los crímenes violentos y el activo mercado callejero de drogas son facilitadores de estas condiciones ambientales, complicando las posibilidades de utilización de espacios públicos y la organización de redes de apoyo efectivas en dichas áreas"⁴¹.

De manera más general, la falta de capital social (en forma de una red rica en relaciones comunitarias) incrementa fuertemente la vulnerabilidad al riesgo⁴². La degradación del capital social en una comunidad puede estar relacionada en formas complejas a las características demográficas, derivando en correlaciones desiguales, y a veces inesperadas, entre demografía y riesgos de desastres.

La raza también aparece como un factor durante el periodo de reconstrucción que sigue a los desastres. Las minorías y los pobres suelen no poseer un seguro que los cubra durante dicha etapa. De igual manera, por lo general no son dueños de sus casas y, por lo tanto, no pueden acceder a los beneficios de asistencia especial disponible sólo para propietarios residentes. Habiendo enfrentado la escasez de hogares incluso antes de los desastres, ello se torna peor luego de éstos⁴³.

³³ NRC. Op. Cit. p. 130.

³⁴ Ibidem.

³⁵ BERKELEY INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC. "When disaster strikes: a human rights analysis of the 2005 Gulf Coast Hurricanes. 3 de marzo de 2006. pp. 19-22. En: www.law.Berkeley.edu/clinics/ihrcl/pdf/disaster_strikes_version2.pdf.

³⁶ Ver: KLINENBERG, Eric: "Heat wave: a social autopsy of disaster in Chicago". 2002. p. 9.

³⁷ Ibid. p. 18.

³⁸ Ibid. p. 19.

³⁹ Ibid. p. 35.

⁴⁰ Ibid. pp. 45-46.

⁴¹ Ibid. p. 127.

⁴² NRC. Op. Cit. pp. 231-232.

⁴³ Ver: FARBER y CHEN. Op. Cit. pp. 129-130.

B. Género y edad

Otro patrón de los grandes desastres es que las mujeres usualmente sufren desproporcionadamente. Los investigadores de desastres se refieren a ellas como “cuidadoras de primera línea”^{IV}, personas que se encargaron de cuidar a otras. Las mujeres tienden a hacer más en ese aspecto que los hombres, trabajando más el aspecto emocional relacionado con la recuperación luego del desastre. Dos investigadores sugieren que las mujeres son “objetivos particulares de los riesgos ambientales cuando hay desplazamientos y migraciones...”⁴⁴. El NRC señala que ser mujer es un factor de riesgo, pues se experimenta un trauma psicológico *post-desastre*⁴⁵. Hay también datos que señalan la acentuación de la violencia familiar con los desastres⁴⁶.

Como un sociólogo observa:

“Las estructuradas redes de apoyo desarrolladas por las mujeres para sobrevivir en nuestra economía, juntando dinero de pequeños trabajos, novios, gobierno, familia y parientes, fueron desbaratadas por esta tormenta. Las mujeres con bajos sueldos que laboraban en las escalas más bajas de la industria turística y como esteticistas, niñeras, amas de llaves, sirvientas y oficinistas temporales no serán ayudadas a recuperarse en el plan de recuperación económica dirigido a la mayoría de empleados formales del sector... La recuperación de la economía de toda la comunidad es imposible sin la fuerza laboral de las mujeres, pero aun así se crean barreras para reconstruir el sistema de cuidado de niños, especialmente el sistema de cuidado del que depende la mayoría de familias estadounidenses con niños y adolescentes. Sin los refugios funcionando y la infraestructura social de sistemas de tránsito, escuelas, tiendas, clínicas

y cuidado de niños sin caminar, el retorno de las mujeres a sus labores ha sido retrasado. Las mujeres que apoyan los refugios sin ayuda son las que se exponen al mayor riesgo”⁴⁷.

De acuerdo a un estudio realizado por un grupo de investigación, sólo un tercio de las familias encabezadas por mujeres retornaron a Nueva Orleans; los sueldos de las mujeres en la ciudad han disminuido, mientras que los de los hombres han aumentado, y sólo un puñado de centros de ayuda mediante subsidios federales ha reabierto⁴⁸.

La relación entre género y vulnerabilidad al desastre puede ser compleja. En la ola de calor de Chicago, la mayoría de las víctimas fueron hombres. Dentro del mismo grupo de edad, los hombres tienen un doble riesgo a morir en comparación con las mujeres⁴⁹. Aparentemente, los ancianos hombres son más propensos a aislarse que las mujeres de la misma edad y, por ende, tienen mayor probabilidad de ser víctimas de las olas de calor⁵⁰.

La edad también es un factor de vulnerabilidad ante los desastres. Los niños sufren de vulnerabilidades particulares⁵¹. Como observa un experto en desastres, si “los niños no son reconocidos como una población especial y se planea de acuerdo a ello, sufren un riesgo más grave y desproporcionado en los grandes desastres”⁵². Los niños pueden sufrir también formas especiales de daños, tales como separarse de sus padres o la interrupción de su educación. Cerca de un cuarto de la población afectada por Katrina eran niños; 183 000 niños fueron desplazados gracias a la tormenta. Treinta por ciento de los niños en estas áreas vivían en pobreza⁵³. Además, Los niños también tienen el riesgo de ser explotados durante los desastres⁵⁴.

IV Nota del traductor: “front-line caregivers”.

⁴⁴ CLARKE, Lee. “Worst cases: terror and catastrophe in popular imagination”: 2006. p. 134.

⁴⁵ NRC. Op. Cit. P. 155. Ser miembro de un grupo minoritario o pobre es también un factor de riesgo. Ibid. pp. 155-156.

⁴⁶ ENARSON, Elaine. “Surviving domestic violence and disasters”. FREDa Center for Research on Violence against Women and Child. Enero de 1998. En: <http://www.harbour.sfu.ca/freda/reports/dviol.htm>.

⁴⁷ ENARSON, Elaine. “Women and girls last? Averting the second post-Katrina disaster”. En: <http://understandingkatrina.ssrrc.org/Enarson/>.

⁴⁸ WOMEN’S FUNDING NETWORK. “Study shows that women disproportionately affected by Katrina”: En: http://www.wfnet.org./documents/press_releases/WFN_MFW_Katrina_release_agu_27.pdf.

⁴⁹ KLINENBERG. Op. Cit. p. 20.

⁵⁰ Ibid. pp. 74-75.

⁵¹ Ver: UNITED STATES GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE (GAO). “Hurricane Katrina and Rita: Unprecedented challenges exposed the individuals and households program to fraud and abuse; actions needed to reduce such problems in future. Reporte para los Comités del Congreso GAO-06-1013. Septiembre de 2006. En: <http://www.gao.gov/new.items/d061013.pdf>.

⁵² REDLENER, Irwin. “Americans at risk: why we are not prepared for megadisasters and what we can do now”. 2006. p. 105. El doctor Redlener es director del National Center for Disaster Preparedness en la Universidad de Columbia.

⁵³ FARBER y CHEN. Op. Cit. p. 139.

⁵⁴ Ver: DELANEY, Stephanie. “ECPAT Internacional, Protecting Children from Sexual Exploitation & Sexual Violence in Disaster & Emergency Situations: A guidance for local & community based organizations”. Marzo de 2006. En: http://www.ecpat.net/eng/pdf/Protecting_Children_from_CSEC_in_Disaster-pdf.

Los ancianos también están expuestos a un riesgo especial. En la ola de calor de Chicago de 1995, casi tres cuartos de las víctimas eran mayores de sesenta y cinco años⁵⁵. Los ancianos también sufren un mayor riesgo con los huracanes:

“La historia de Aaron Broussard, presidente de Jefferson Parish, sobre la madre anciana de un empleado de Kenner City llamando a su hijo desde un asilo en los primeros cuatro días y eventualmente sucumbiendo frente al crecimiento del nivel del agua, se repitió en otros asilos donde los más ancianos sucumben por su fragilidad y salud degradada. Durante la evacuación por el huracán Iván en 2004, la mayoría de muertes ocurrió entre los ancianos que no fueron capaces de afrontar el calor y el estrés de estar atrapados en el tráfico todo el día, producto de una estrategia de evacuación pobremente planteada. Durante el huracán Katrina, los ancianos y discapacitados murieron en el Convention Center y en sus casas dentro de la ciudad, debido al simposio de enfermedades como asma, diabetes, presión sanguínea alta, que son fácilmente controlables en condiciones normales, pero que se tornan letales cuando el acceso a las medicinas y a los tratamientos se corta”⁵⁶.

Cerca de la mitad de los ancianos que viven en la zona de impacto de Katrina reportaron tener al menos una discapacidad; un cuarto señaló que dicha discapacidad les mermó su habilidad para dejar sus hogares sin asistencia⁵⁷. No sorprende que más del cuarenta por ciento de los fallecidos fueran identificados como personas mayores de setenta años⁵⁸.

Dado el impacto desproporcional de los desastres, las normas sobre éstos se intersecan significativamente con las normas sobre discriminación. Pero la forma de discriminación durante los desastres posee retos especiales en términos de remedios legales. Trataremos este tema en la siguiente sección.

III. RESPUESTAS LEGALES POTENCIALES FRENTE A LA DESIGUALDAD POR DESASTRES

La desigualdad por desastres tiene mucho en común con el tema de la justicia ambiental. Más

aún, puede ser considerada una forma especial de injusticia ambiental. Ésta ha probado la dificultad de encontrar herramientas legales apropiadas para afrontar temas de justicia ambiental, y la desigualdad por desastres posee retos similares. La participación de la minoría en las decisiones relativas al planeamiento de desastres está afectada de la misma manera que su participación en las decisiones ambientales. Como un líder académico del Derecho Ambiental ha explicado:

“Los intereses de la minoría tienen una pequeña voz en la variedad de puntos de influencia que pugnan por el balance distributivo necesario para que las normas de protección ambiental sean promulgadas, para que las regulaciones se promulguen y para que se inicien las acciones de orden público. Los intereses grupales históricamente activos en el área de la protección medio ambiental, incluyen una variedad de organizaciones ambientales que representan un espectro de intereses (conservación, recreación, cacería, protección de la vida salvaje, protección de recursos, salud humana), así como una variedad de cuestiones comerciales e industriales. Hasta hace poco, las implicancias de la protección legal del ambiente sobre las minorías raciales no ha sido un tema principal para estas organizaciones”⁵⁹.

En esta sección, tomamos en consideración varias posibilidades para mejorar los remedios legales en el contexto de los desastres naturales. La justicia ambiental provee un modelo instructivo –desafortunadamente, esto es especialmente cierto en aproximaciones improductivas y, por ende, no deberían seguirse.

A. Responsabilidad civil

Las normas existentes presentan barreras significativas frente a la recuperación por acciones del gobierno que resultan en daños desproporcionales hacia las poblaciones vulnerables a los desastres. Los defensores de la justicia ambiental parecen haberse encontrado con una encrucijada en sus esfuerzos por hallar un remedio legal para daños similares producidos por exposición a sustancias tóxicas. Dichos defensores vieron el Título VI del *Civil Rights Act* de 1964 como una de sus armas más prometedoras. El Título VI prohíbe

⁵⁵ KLINENBERG. Op. Cit. pp. 18-19.

⁵⁶ FUSSELL, Elizabeth. “Leaving New Orleans: Social stratification, networks, and hurricane evacuation”. En: <http://understandingkatrina.ssrc.org/Fussell/>.

⁵⁷ FARBER y CHEN. Op. Cit. p. 139.

⁵⁸ CORNISH, Audie. “Katrina took deadly toll on elderly”. 20 de noviembre de 2006. En: www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=5242064.

⁵⁹ LAZARUS, Richard J. “Pursuing ‘Environmental Justice’: The distributional effects of environmental protection”. North Western University Law Review 87. 1993. p. 787.

la discriminación de quienes reciben fondos federales, y la regulación bajo dicho Título no sólo cubre discriminación intencional, sino también actos que tienen impactos distintos en grupos minoritarios⁶⁰. Pero la viabilidad de las acciones privadas para hacer respetar el Título VI sigue siendo poco clara. En *Alexander v. Sandoval*⁶¹, la Corte sostuvo que la regulación del Título VI no crea una *private cause of action*. Por el contrario, no obstante, el *Justice Stevens* señala que dicha decisión había limitado el efecto práctico:

“[E]n lo correspondiente a la denegación por parte de la mayoría de satisfacer a los demandados, simplemente porque ellos omitieron mencionar el 42 U.S.C. § 1983 en el marco del proceso sobre el Título VI, este caso se convierte en un deporte. Los litigantes que en el futuro pretendan hacer cumplir el Título VI frente a actores estatales, deberán hacer referencia al § 1983 para obtener un resultado satisfactorio”⁶².

Sin embargo, una corte federal de apelaciones rechazó esta teoría⁶³.

Otra potencial fuente de remedios puede ser la sección 308 del *Stafford Act*, que menciona lo siguiente:

- (a) El Presidente puede cuestionar, y puede alterar y modificar, por ejemplo, reglamentos que sean necesarios para la orientación del personal que desempeña funciones de asistencia federal en el lugar de un desastre o emergencia. Tales regulaciones deberán incluir disposiciones para asegurar que la distribución de suministros, la tramitación de las solicitudes, y otro tipo de socorro y las actividades de asistencia deban ser realizados en forma equitativa e imparcial, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, religión, nacionalidad, sexo, edad o situación económica.
- (b) Como condición para la participación en la distribución de suministros o asistencia en virtud de esta ley o la recepción de asistencia en virtud de ésta, los órganos gubernamentales y otras organizaciones tendrán la obli-

gación de cumplir con las normas relativas a la no discriminación promulgadas por el Presidente, y las demás normas aplicables a las actividades dentro de una zona afectada por una catástrofe o emergencia que estime necesarias para la efectiva coordinación de los esfuerzos de socorro.

Para que esta disposición pueda convertirse en una fuente de remedio efectivo, un tribunal tiene que observar que ello implique una *cause of action* implícita o que las violaciones a la sección 308 sean recurribles en virtud de la sección 1983. Los obstáculos encontrados para la aplicación del Título VI a violaciones no intencionales parecen tener el mismo problema, pero el asunto merece una exploración más profunda. En cualquier caso, las organizaciones civiles deben ejercer presión sobre el presidente para obtener una definición amplia de discriminación en virtud de los reglamentos implementados bajo la sección 308.

Las *causes of action* constitucionales también enfrentan barreras formidables⁶⁴. El impacto disparate sobre las minorías o mujeres no es suficiente para establecer una demanda de protección igualitaria; debe haber evidencia de que el gobierno intentó enfocarse en dichos grupos. Más aún, otros grupos vulnerables tales como los niños, ancianos y discapacitados reciben poca protección constitucional, incluso frente a una discriminación intencional por parte del gobierno. La Octava Enmienda, que prohíbe las penas inusuales y crueles, aplica sólo también a situaciones en que el gobierno las impone intencionalmente. Demandas frente a la carencia de un debido proceso que decide la privación de la vida, libertad o propiedad son rechazadas porque el gobierno no tiene el deber constitucional de prevenir desastres o proveer ayuda frente a éstos. Por tanto, las posibilidades de obtener un resultado exitoso en un proceso constitucional son escasas en la legislación vigente.

B. Compensación administrativa

También se han hecho esfuerzos por infiltrar la justicia ambiental en el proceso administrativo. En 1994, el presidente Clinton firmó la Orden

⁶⁰ Ver: MANKS, Bradford C. “Is there a private cause of action under EPA’s Title VI regulations?: The need to empower environmental justice plaintiffs”. *Columbia Journal of Environmental Law* 24. 1999. p. 1.

⁶¹ 532 U.S. 275 (2001).

⁶² *Ibid.* p. 1527.

⁶³ Ver: *South Camden Citizens in Action v. New Jersey Dept. of Env. Protection*, 274 F.3d 771 (3d Cir. 2001). Ver también: *Save Our Valley v. Sound Transit*, 335 F.3d 932 (9th Cir. 2003).

⁶⁴ Para una discusión más detallada, ver: FARBER y CHEN, Op. Cit. pp. 123-124.

Ejecutiva 12898, *Federal Actions to Address Environmental Justice in Minority Populations and Low-Income Populations*⁶⁵. La orden establecía que cada agencia federal “deberá establecer como meta el lograr la justicia ambiental, identificando y abordando, como es apropiado, los efectos desproporcionados y adversos a la salud humana producidos por sus programas, políticas y actividades sobre poblaciones minoritarias y poblaciones de bajos recursos económicos en los Estados Unidos y sus territorios y posesiones”⁶⁶. A la administración del U.S. EPA se le ordenó conformar un Grupo Federal de Trabajo sobre Justicia Ambiental intersectorial, para asistir a cada agencia a desarrollar una estrategia de justicia ambiental institucional⁶⁷.

En 1995, EPA señaló su estrategia de justicia ambiental, basada en el principio de que las comunidades afectadas por las decisiones con impacto ambiental deben estar envueltas en el proceso de toma de decisiones. La estrategia hace que EPA incremente la coordinación con las comunidades afectadas, gobiernos estatales, tribales y locales; negocios y organizaciones no gubernamentales. Para desarrollar las bases del conocimiento local sobre su efectiva participación en la compleja toma de decisiones, EPA promoverá programas de asistencia técnica y garantías para las minorías y las áreas de bajos recursos. La agencia se enfocará también en minorías y áreas de bajos recursos que sufren impactos ambientales y de salud de manera desproporcionada⁶⁸.

Según la Orden Ejecutiva 12898 y el Título VI, la EPA ha empezado a incluir a la justicia ambiental como un factor en sus análisis de los permisos estatales bajo los programas federales delegados, acerca del *Clean Air Act*, el *Clean Water Act* y el *Resource Conservation and Recovery Act*⁶⁹. Otra pugna de los defensores de la justicia ambiental es para brindarle oportunidades a los grupos en desventaja para que participen en los procesos de toma de decisiones de una manera significativa⁷⁰.

En cualquier caso, la EPA hasta ahora no ha aplicado los temas de la justicia ambiental con entusiasmo. De acuerdo a un estudio del 2003, de los 139 reclamos amparados en el Título VI recibidos por la EPA desde 1993, 75 fueron denegados sin investigación y 26 fueron admitidos para investigación, pero en ninguno se evidenció discriminación. Los 30 restantes continúan pendientes⁷¹.

En términos de desastres potenciales, los requerimientos de información simple pueden ser fáciles de implementar e incluso efectivos para hacer resaltar problemas de desigualdad. Cuando los mapas de riesgo como los mapas de inundaciones FEMA (que muestra zonas de inundaciones de los últimos 100 años) son publicados, éstos deben estar acompañados de mapas que muestren las zonas demográficas que no presentan riesgos. En proyectos federales con implicaciones sobre desastres, tales como la construcción de un dique, deben ponerse a disposición de la gente los comunicados sobre impacto ambiental con información similar.

Luego de los desastres, la recolección de estadísticas sobre las víctimas en función a su raza, género, ingresos y edad debería ser exigida, y dichas estadísticas deberían ponerse a disposición de la gente inmediatamente. Ello porque los noticieros de la televisión por cable quizás nunca hacen de estos desastres eventos tan obvios como Katrina. Es importante también ir más allá de la contabilización de cuerpos luego del desastre e incluir el exceso de mortalidad y enfermedades sobre la población afectada después del hecho.

Donde los remedios legales son ineficaces, las organizaciones civiles y los supervisores del Congreso deberían encargarse de monitorear el cumplimiento del Título VI y la sección 308 del *Stafford Act* por parte de la administración. Más aún, las comunidades locales deberían ver a los riesgos de desastres como relevantes. Los riesgos de desastres no son tan inmediatos y apremiantes

⁶⁵ 59 Fed. Reg. 7629 (Feb. 16, 1994).

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ver: SCHNELL, Ferry y Kathleen DAVIS. “The increased significance of environmental justice in facility siting, permitting”. En: *Environmental Reporter* 29. 1998. pp. 528-529.

⁶⁹ Para más información sobre la respuesta de la EPA frente a la Orden Ejecutiva, ver: BIDER, Denis et al. “A Survey of Federal Agency Responses to President Clinton’s Executive Order No. 12898 on Environmental Justice”. En: *Environmental Law Reporter* 31. 2001. p. 11133.

⁷⁰ Algunas posibles aproximaciones son discutidas en: CAMACHO, Alejandro Esteban. “Mastering the missing voices: a collaborative model for fostering equality, community involvement and adaptive planning in land use decisions”. En: *Stanford Environmental Law Journal* 24. 2005. p. 3; FOSTER, Sheila. “Environmental Justice in an era of devolved collaboration”. En: *Harvard Environmental Law Review* 26. 2002. p. 459.

⁷¹ GERRARD, Michael B. “EPA dismissal of Civil Rights complaints”. En: *New York Journal*. 28 de noviembre de 2003.

como otros problemas, tales como los bajos recursos de la comunidad, pero al final pueden resultar más devastadores. Ellas también tienen la posibilidad de crear coaliciones con comunidades más aventajadas que también puedan estar en riesgo.

C. El fondo de compensación del 11 de septiembre como modelo

La compensación no necesita darse como resultado de un litigio, tal como se probó luego del mayor desastre terrorista de nuestro país. Luego del ataque del 11 de septiembre de 2001, el Congreso creó un fondo de compensación especial para las víctimas⁷². Dicha compensación se limitó a individuos que estuvieron presentes en el lugar de los hechos y que sufrieron daños físicos o muerte⁷³. La norma cubrió gastos médicos, pérdidas de ahorros, "pérdidas de negocios u oportunidades de trabajo hasta el límite de recuperación permitida bajo las normas aplicables del Estado", y daños morales tales como sufrimiento físico y psicológico⁷⁴. Las víctimas también tenían la alternativa de recurrir al sistema de responsabilidad civil, pero dichos daños se limitaron a lo cubierto por el seguro de los demandantes⁷⁵.

Un administrador especial^V fue designado para administrar el fondo. El administrador expidió las normas que regularían las demandas, las cuales en algunas instancias parecían ir significativamente más allá del lenguaje de la propia norma⁷⁶. Aunque ésta exigía una compensación por seguro de vida y beneficios pensionarios, el administrador redujo dicha compensación hasta el límite referido a la política de pagos de los individuos o sus contribuciones pensionarias. El administrador también estableció un piso de aproximadamente US \$ 250 000 sobre recuperaciones económicas. También estableció una lista presunta que cubre pérdidas económicas, basadas en la edad, el tamaño de la familia, ganancias recientes, con un tope para los ingresos más altos. El administrador creó también una lista de daños morales, de US \$ 250 000 para cada víctima y US \$ 100 000

para los parientes. Aparentemente, la estrategia del administrador era "acercarse lo suficiente al rango de la compensación que se obtendría en un proceso de responsabilidad civil, para hacer de los beneficios del fondo una oferta que no podría ser rechazada por ninguna de las partes elegibles"⁷⁷. Como resultado, noventa y siete por ciento de las familias sobrevivientes aplicaron al fondo; solamente setenta familias no lo hicieron.

Aunque el cambio en el control del Congreso en el 2006 podría marcar una diferencia, hasta el momento ha habido poco apoyo político a un esquema de compensación similar al descrito para las víctimas de Katrina. Por el contrario, parece claro que mucha gente pereció como resultado directo de un nivel de diseño o construcción inadecuado por parte del Gobierno Federal, sumado a la respuesta sumamente desorganizada del FEMA frente a la inundación. Un argumento contra la compensación podría ser el hecho de que los propios individuos no fueron capaces de evacuar, siendo ellos responsables por su destino. Cuánta culpabilidad puede atribuírsele a dichas personas por no evacuar a tiempo es un tema discutible, dadas las dificultades que enfrentaron muchas víctimas al momento de la evacuación. Pero incluso si algo de negligencia se les puede asignar en base a esta teoría, un esquema comparativo de culpa como el utilizado en el Derecho de Responsabilidad Civil puede ser usado para calcular las compensaciones.

Otros tres factores pueden ser responsables por la falta del interés político de este esquema. Primero, las familias víctimas del 11 de septiembre se encontraban en una mejor posición para percibir la compensación; ello porque muchas están bien educadas, tienen buena capacidad económica o influencia política. Segundo, quizá existía la sensación de que las víctimas del ataque del 11 de septiembre, habiendo sufrido un ataque extranjero, fueron en algún sentido asesinados simplemente por ser estadounidenses, tornándolos en una especie de representantes de la población, tal como son los soldados. Tercero, las

⁷² *Air Transportation Safety and System Stabilization Act*, Pub. L. No. 107-42, 405(b)(2), 49 U.S.C. 40101. Para un repaso del esquema, ver: RABIN, Robert L. y Suzanne A. BRATIS. "United States". En: FAURE, Michael y Ton HARTLIEF (editores). *Financial compensation for victims of catastrophes: a comparative approach*. 2006. Para una crítica al esquema de compensación, ver: BERKOWITZ, Elizabeth. "The problematic role of the special master: undermining the legitimacy of the September 11th Victim Compensation Fund". En: *Yale Law & Policy Review* 24. 2006. p. 1.

⁷³ Sec. 405 (C)(2)(a)(I).

⁷⁴ Sec. 402 (5),(6).

⁷⁵ Secs. 408, 201 (b).

^V Nota del Traductor: "special master".

⁷⁶ Ver: 67 Fed. Reg. 11233, 28 CFR pt. 104.

⁷⁷ RABIN y BRATIS. Op. Cit. Nota 36, supra. P. 341.

víctimas del ataque del 11 de septiembre poseían un caso sólido como para reclamar daños y perjuicios frente a la industria aeronáutica, dada la importancia política del tema; en cambio, los culpables en Katrina eran inmunes por una ley federal. En cualquier caso, la ausencia de una compensación para las víctimas de Katrina es injusta.

D. Remedios legislativos

El debate sobre las reparaciones ofrece otra perspectiva de la desigualdad por desastres. La reparación puede tomar la forma de un esquema de compensación administrativa como el discutido líneas arriba. Pero los remedios legislativos también pueden tomar la forma de un pago fijo para el grupo perjudicado, o como un remedio elaborado para compensar los efectos de sus desventajas. Por ende, con el fin de pagarles a los individuos, el Congreso podría realizar una inversión especial para ayudar a las minorías de Nueva Orleans a conseguir hogar y empleo.

El tema de las reparaciones ha sido largamente discutido en el contexto de las demandas por indemnizaciones entabladas por los descendientes de esclavos. Dicho tema ha implicado un vigoroso debate entre los académicos⁷⁸. Parte del debate concierne a la aplicación de las teorías del Derecho privado sobre responsabilidad a dichos casos. Sin embargo, se le ha prestado mayor atención a las políticas generales. El argumento para las reparaciones es sólo el corazón de simplemente una. Hoy en día, reconocemos que la esclavitud fue uno de los mayores crímenes de la historia, seguida de un largo y vergonzoso legado de discriminación legalizada. Estos errores no han sido totalmente tocados —ni siquiera en la forma de una disculpa explícita— ni recompensados. Este legado, según los defensores de las reparaciones, debe ser enfrentado y superado si se quieren confrontar los problemas actuales de los afroamericanos⁷⁹.

Los opositores a las reparaciones no cuestionan la injusticia del esclavismo y Jim Crow. Ellos cuestionan que las reparaciones puedan representar una respuesta sensible. Perciben a las reparaciones como un factor de división profunda que incrementaría las diferencias raciales antes que curarlas. Estos opositores también temen que esta petición de reparaciones implique que los afroamericanos no asuman responsabilidad por su futuro. Las críticas también se levantan en torno a cómo calcular los daños de estas conductas del pasado y cómo distribuir dichos daños entre las generaciones afroamericanas del presente⁸⁰.

Las reparaciones aún no se han ganado el apoyo general (lo que puede no ser un signo alentador para una compensación por el cambio climático). Tal como Saul Levmore indica, “las reparaciones a los afroamericanos difícilmente se materializarán, y son quizá tan improbables como la renegociación con los indios americanos respecto a la compra de la isla de Manhattan hace bastante tiempo o la compensación a los sureños por el incendio del Fuerte Sumter”⁸¹. En esa misma línea, las encuestas públicas muestran que sólo cuatro por ciento de los blancos estarían dispuestos a apoyar el pago de compensaciones por la esclavitud (en oposición a los dos tercios de negros que la apoyan)⁸².

Sin embargo, existen algunos precedentes sobre reparaciones. Florida le pagó a los sobrevivientes de la masacre de 1923 US \$ 150 000 a cada uno y realizó un pago substancial a los descendientes de las víctimas⁸³. Los Estados Unidos pagaron cerca de US \$ 800 millones a los nativos americanos por confiscar erróneamente sus tierras en 1946, así como US \$ 1.65 mil millones por encarcelar erróneamente a los japoneses americanos⁸⁴. El gobierno federal pagó además US \$ 9 millones a los afroamericanos, a quienes se les denegó el tratamiento por sífilis como parte del infame experimento Tuskegee⁸⁵. En otro gesto de apoyo

⁷⁸ Para un ejemplo de los puntos de vista, ver: BROPHY, Alfred L. “The cultural war over reparations for slavery”. En: DePaul Law Review 53. 2004. p. 1181; EPSTEIN, Richard A. “The case against black reparations”. En: Boston University Law Review 84. 2004. p. 1177; DAGAN, Hanoch et al. “Symposium: The jurisprudence of slavery reparations”. En: Boston University Law Review 84. 2004. p. 1135; MASSEY, Calvin. “Some thoughts on the Law and Politics of reparations for slavery”. En: Boston College Third World Law Journal 24. 2004. p. 157. LYONS, Michelle E. “World conference against racism: New Avenues for slavery reparations?”. En: Vand. Journal of Transnational Law 35. 2002. p. 1235.

⁷⁹ Algunos de los argumento clave para las reparaciones son dados por: BROOKS, Roy L. “Atonement and forgiveness: a new model for black reparations”. 2004. p. 119-163; COOK, Anthony E. “King and the beloved community: a communitarian defense of black reparations”. En: George Washington Law Review 68. 2000. p. 959; OGLETREE Jr., Charles J. “Repairing the past: new efforts in reparations debate in America”. En: Harvard Civil Rights-Civil Liberties Review 38. 2003. p. 279.

⁸⁰ Estas objeciones se dicuten en: BROPHY. Op. Cit.; Epstein. Op. Cit.; MASSEY. Op. Cit.

⁸¹ LEVMORE, Saul. “Privatizing reparations”. En: B.U. Law Review 84. 2004. pp. 1291-1292.

⁸² BROPHY. Op. Cit. p. 1184. Otra encuesta muestra que el nivel de apoyo de los blancos es más alto, alcanzando el once por ciento. Ver: LEVMORE. Ibid. p. 1293. n. 10.

⁸³ Ibid. p. 1243.

⁸⁴ LEVMORE. Op. Cit. p. 1303. n. 50.

⁸⁵ Ibidem.

político, California aprobó una norma que obligaba a las compañías de seguros a presentar a un registro central sus récords de pólizas de seguro para los dueños de esclavos⁸⁶. Más recientemente, J.P. Morgan Chase se disculpó por las acciones de sus predecesores por aceptar esclavos como garantía (y tomarlos en posesión en algunos casos); dicha disculpa estuvo acompañada por US \$ 5 millones para estudiantes negros del *college* de Louisiana⁸⁷. Consecuentemente, existe al menos una pequeña esperanza para el apoyo público al programa de reparaciones para esclavos⁸⁸.

El caso de la compensación a las víctimas de Katrina debería ser menos controversial. Hay un caso con fuertes argumentos para reparar a las familias de aquellos que murieron en Nueva Orleans durante el huracán. A diferencia de la esclavitud, el desastre de Katrina es historia reciente. No debemos preocuparnos por el rastreo de los descendientes de una antigua generación. Tampoco debemos preocuparnos en cómo el daño debería ser atenuado por el paso del tiempo y la ocurrencia de eventos. Además, la mayor parte de la responsabilidad por muertes recae sobre el gobierno federal por el diseño defectuoso del sistema de diques y el fallido esfuerzo de rescate. Si no fuese por la inmunidad del gobierno federal ante las demandas, los sobrevivientes podrían demandarlo por negligencia. Más allá de la inmunidad legal, el gobierno federal tiene una responsabilidad moral de compensar.

Si esta compensación no es proveída de la misma forma que el fondo de compensación para las víctimas del 11 de septiembre, algunas otras formas de compensación más generales deben ser consideradas. Por ejemplo, las familias de estas víctimas pueden tener asistencia especial en la reconstrucción o reubicación de sus hogares. Sus niños podrían tener asistencia educativa especial. Alternativamente, la razón de la reparación puede justificar expandir la asistencia a la comunidad afectada en su conjunto.

Por último, el gobierno de los Estados Unidos le debe a los familiares de estas víctimas la cortesía de una disculpa oficial. De seguro eso es lo menos que nuestro gobierno puede hacer cuando pro-

mete protección a sus ciudadanos y falla en la consecución de lo prometido.

IV. LO EXCEPCIONAL COMO LENTE EN LO ORDINARIO

Quienes tienen menos ventajas son los que más sufren durante los desastres naturales. La razón no es una deliberada, o incluso inconsciente, discriminación durante el desastre mismo, aunque éstos pueden ser factores. Pero fundamentalmente, quienes tienen menos ventajas en la vida ordinaria sufren una mayor amenaza a sus vidas y felicidad durante los desastres.

Consideren a los ancianos que murieron durante la ola de calor de Chicago; eran, en su mayoría, pobres y personas aisladas. Comúnmente, incluso en días normales, sus departamentos son bastante calientes y tienen miedo de dejarlos. Ellos poseen tan sólo una imitación de la vida en sociedad a través de la televisión. Además, muchos son discapacitados. Se trata de vidas miserables, que al fin y al cabo no le interesan a la sociedad. Sólo cuando la ola de calor convirtió estas vidas miserables en muertes miserables la sociedad prestó atención. No obstante, ¿no deberíamos comenzar a preocuparnos por las vidas de estos individuos *antes* de que estén en riesgo por eventos inusuales del clima?

En la misma línea, consideren a los pobres, minoría de Nueva Orleans que fue más profundamente afectada por Katrina. Ver sus caras en CNN obtuvo una respuesta inmediata, tal como lo hizo el espectáculo de sus cuerpos aplastados por edificios o flotando por las calles. Pero antes del momento de atención por parte de los medios, la sociedad parecía ignorar la pobreza, el crimen, el desempleo y la pobre salud a la que estaban expuestos.

Las desventajas sociales pueden matar de maneras muy obvias durante los desastres. Pueden matar, de manera menos obvia pero probablemente más frecuente, en un día normal, donde el crimen, la desnutrición y la falta de salud apremian. Los desastres operan como una especie de lente, permitiéndole a la sociedad percibir qué había ante sus ojos durante todo este tiempo. La mejor

⁸⁶ LYONS. Op. Cit. p. 1264.

⁸⁷ Ver: AHER, Ashley. "Slave descendants attempt to revive reparations suit". En: Chicago Sun-Times. 27 de septiembre del 2006. En: <http://www.suntimes.com/news/metro/74304.cst-nws-rep27.article>.

⁸⁸ Charles Ogletree también cita dos ejemplos: una norma de Oklahoma y una ordenanza de Chicago. Ver: OGLETREE. Op. Cit. pp. 280-281. Más aún, tal como apunta, el Congreso hizo caso omiso a una norma dirigida a la limitación de una demanda que envolvía la discriminación por parte del Departamento de Agricultura contra granjeros negros del sur. Ibid. p. 303.

manera de prevenir que las desventajas sociales se conviertan en mortales durante los desastres es eliminando tales desventajas, antes que enfocándonos en el desastre.

Además, los desastres naturales pueden proveer a la sociedad un momento de enseñanza, haciendo que lo que es normalmente un estado de privación invisible, se convierta en algo visible y sobresaliente. Luego del huracán Katrina, incluso el Presidente George W. Bush fue llevado a reflexionar sobre las desigualdades en nuestra sociedad. Se dio cuenta de que la pobreza de muchos en la región “tiene raíces en una historia de discriminación racial, que impide a las generaciones alcanzar la oportunidad que es América”⁸⁹. Añadió que “tenemos el deber de confrontar esa pobreza con potentes acciones”⁹⁰. Desafortunadamente, dichas potentes acciones no se concretaron, pero por lo menos ese momento de reconocimiento creó un posible espacio en donde dichas acciones se tornan pensables. En una situación política distinta, quizá Katrina hubiese esparcido un cambio social genuino.

V. CONCLUSIÓN

Parte de lo que necesitamos para afrontar lo extraordinario –y su impacto sobre los que tienen desventajas– es solamente sentido común. Es un axioma que las casas rodantes son imanes de tormentas. Éstas no son las residencias de los ricos, sino que comúnmente son los hogares de los pobres. A pesar de ello, los estándares regulatorios son débiles. Hasta 1996, Florida no poseía un programa regulatorio⁹¹. Incluso, en los años 90, el programa federal de supervisión estaba debilitado⁹². Se ha sabido desde la década de 1960 que las casas rodantes son especialmente vulnerables al viento –un reporte sobre el huracán Betsy de 1965 demostró que vientos de incluso sesenta millas por hora eran suficientes como para des-

truirlos⁹³. En Florida, las casas rodantes se volvieron “muy populares” entre los pobres y ancianos⁹⁴. Es sólo cuestión de tiempo para que un área metropolitana de Florida sea golpeada por un huracán de categoría cuatro o cinco. Un poco de sentido común es todo lo que se necesita aquí.

También como una materia de sentido común, muchas prevenciones de desastres y medidas de respuesta benefician a toda la sociedad, sean o no personas con desventajas. Katrina tuvo un impacto desproporcional sobre las personas negras, ancianas o pobres; pero ser fuerte, blanco y rico no significó un seguro mágico. Los mismos diques que protegen a los ricos y a los políticamente influyentes pueden proteger también a los pobres y políticamente débiles. Pero los daños desproporcionados sufridos por quienes ya son desventajados brindan razones especiales para interesarnos en sus dilemas frente a los desastres.

Existen varias posibles respuestas que el sistema legal puede abordar frente a este impacto desproporcionado. Las posibilidades incluyen requerimientos de información en el ámbito administrativo, responsabilidad por acciones que tengan impactos desproporcionados, fondos de compensación administrativa y remedios legislativos. La lección fundamental de los desastres, no obstante, es que las desventajas sociales, que nuestra sociedad trata como ordinarias y comunes, se vuelven mortales en términos dramáticos durante el curso de un desastre. Debemos tratar de prevenir esta conversión en figuras de mortalidad post-desastres; pero también debemos tomar una lección fundamental: que las desventajas sociales ordinarias crean su propia forma de desastre invisible de largo plazo. Los desastres naturales pueden tornar vidas de la desesperación a la muerte visible, pero no por ello debemos esperar que un desastre natural tome lugar antes de afrontar el desastre social del que se alimenta.

⁸⁹ ASSOCIATED PRESS. “Bush pledges federal role in rebuilding Gulf Coast”. En: New York Times. 15 de septiembre de 2005.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ Ver: STEINBERG, Ted. “Acts of God: The Unnatural history of natural disaster in America”. Segunda edición. 2000. p. 207.

⁹² Ibid. p. 209.

⁹³ Ibid. p. 91.

⁹⁴ Ibid. p. 95.

LA INDUSTRIA Y LA RIGIDEZ ACTUAL EN LA APLICACIÓN DE LOS LÍMITES MÁXIMOS PERMISIBLES: CABEN EXCEPCIONES

Lorenzo de la Puente Brunke*

Si bien hay un consenso general acerca de nuestra responsabilidad de proteger el medio ambiente, no existe la misma unanimidad sobre el nivel necesario de esta protección. Así, surgen diversas controversias sobre qué es un ambiente limpio y qué tanto estamos dispuestos a sacrificar por mantenerlo para las generaciones futuras.

En el siguiente artículo, el autor, en base a jurisprudencia del Tribunal Constitucional, nos introduce al desarrollo de los límites máximos permisibles y los estándares de calidad, con el fin de demostrarnos que éstos son, finalmente, límites variables que deben ajustarse a cada realidad.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho Ambiental por la Universidad de Houston. Socio del estudio De la Puente Abogados.

Todos coincidimos en que el ambiente en que vivimos debe estar limpio y en que así lo queremos dejar para las próximas generaciones; sin embargo, en la ejecución de este objetivo no es fácil ponerse de acuerdo. La determinación de qué tan limpio es limpio es una discusión presente en las jurisdicciones, que gradualmente van estableciendo mayores exigencias ambientales; más aún, en un país como el Perú, con un territorio con diversos ecosistemas, esta discusión es más compleja ya que la naturaleza en cada lugar de nuestra diversa geografía tiene sus peculiaridades¹. Los criterios para establecer qué tan limpio debe estar el aire, qué tan limpia debe estar el agua y qué tan limpio debe estar el suelo para sustentar la vida de las personas en el Perú, son una discusión presente en las conversaciones que algunas autoridades ambientales están teniendo con la industria. Y esto es lógico, ya que no se pueden imponer categorías universales de control ambiental a nuestra diversidad geográfica y biológica.

Aparentemente, en el caso peruano, el control de la contaminación industrial por parte de las autoridades ambientales competentes estaría circunscribiéndose al establecimiento de límites máximos permisibles y al control de su cumplimiento. Sin embargo, los límites máximos permisibles –también llamados LMP–, que por supuesto deben ser consistentes con los estándares de calidad ambiental –también llamados ECA–, son instrumentos de gestión ambiental que, como tales, deben responder a la gestión ambiental del Estado, la cual comprende la política ambiental, la legislación y la institucionalidad ambiental. Por eso, es muy importante entender a los LMP y ECA en un contexto amplio en el que la mejora de la calidad de vida de las personas es el objetivo. Lo cual tiene que llevarnos a comprender que la aplicación de los LMP y su exigencia a la industria no es matemáticas ni blanco y negro; sino que debe responder a criterios no sólo ambientales, sino también económicos y sociales:

de desarrollo sostenible. De esto trata este breve texto, que intenta ir desde algunos fundamentos del tema general a la conclusión práctica; esto es, que los LMP no deben ser aplicados por la autoridad ambiental competente de una manera genérica y rígida².

I. EL “CAMINO JURÍDICO” DE LA NATURALEZA

El “camino jurídico” que ha seguido la naturaleza a lo largo de los años ha significado una transformación en la disciplina del Derecho. En este camino, sin entrar a distinguir el tipo de legislación positiva que se ha ido dando, se pueden distinguir al menos tres etapas. Una primera donde se protegía a la naturaleza o al ambiente indirectamente en razón de defender la propiedad privada y la salud de las personas; luego, una etapa en la que ya se reconoce a la naturaleza como un bien jurídico que debe ser protegido por sí mismo, y, finalmente, una etapa aún incipiente, que implica un severo cambio en el Derecho Ambiental: la llamada etapa de la sustentabilidad, que nos llevaría a lo que algunos llaman el Derecho de la Sustentabilidad³. En la primera transición, se ha pasado de un concepto de naturaleza como un simple bien a un concepto de bien jurídico protegido en sí mismo, en el cual el rol primordial del Derecho ha sido ejercer el poder de policía del Estado. En la segunda transición, en cambio, la cual se dirige hacia un Derecho de la Sustentabilidad, hay un movimiento desde lo específicamente ambiental hacia un concepto más amplio e integrador. Este camino seguido por la naturaleza ha generado, como es lógico pensar, cambios teóricos y de orden práctico en el desarrollo de la industria.

Como antecedentes al desarrollo actual de estándares ambientales se pueden mencionar como ejemplo las *Ordenanzas para el Aseo y Dirección de las Aguas de la Ciudad de Lima* del Virrey Francisco de Toledo⁴. Mucho más recientes,

¹ Como nos lo recuerda Gonzalo Castro en su interesante opúsculo “Un Mendigo Sentado en un Banco de Oro” (Lima, 2005), la posición geográfica del Perú es privilegiada, ya que en ella confluyen tres factores cuya interacción ha producido un país con una de las mayores variabilidades ecológicas del planeta: su posición ecuatorial, la presencia de la Cordillera de los Andes y el estar bañado por un mar frío. Un país que comprende 84 de las 116 zonas de vida identificadas en nuestro planeta.

² Hace unas semanas, la Presidencia del Consejo de Ministros ha establecido nuevos límites máximos permisibles para los efluentes líquidos de la industria de hidrocarburos. El artículo 6 del Decreto Supremo 037-2008-PCM, publicado el 14 de mayo de 2008, ha señalado expresamente que estos límites son de cumplimiento obligatorio para las actividades de hidrocarburos nuevas y que al finalizar los 18 meses de publicada la norma, serán obligatorios también para las actividades en curso. De la lectura de esta norma se puede advertir que no deja abiertas las puertas a la aplicación de excepción alguna por la naturaleza de las cosas o por circunstancias particulares de determinado ecosistema, proceso o industria. Nosotros pensamos que, aunque esta norma de rango reglamentario no lo considera, nuestra legislación ambiental sí permitiría la inaplicación de límites máximos permisibles a determinados casos concretos. Sobre esto tendremos oportunidad de tratar más adelante.

³ WALSH, Juan Rodrigo (editor). “Ambiente, Derecho y Sustentabilidad”. Buenos Aires: La Ley, 2000.

⁴ UNANUE, Hipólito. “Observaciones sobre el Clima de Lima y sus Influencias”. En: Obras Científicas y Literarias del Doctor D.J. Hipólito Unanue. Tomo Primero. Barcelona. 1914.

por supuesto, y aún vigentes son el Reglamento de Desagües Industriales de 1960 y la Ley General de Aguas de 1969 con sus posteriores reglamentos y modificaciones. Sin embargo, actualmente, en las jurisdicciones más avanzadas, las cuales van acercándose a este nuevo modelo de la sustentabilidad, el establecimiento de estándares –entre ellos los LMP–, como instrumento de protección del ambiente, no es considerado suficiente para garantizar la calidad ambiental y, por lo tanto, la conservación de los medios que sustentan la vida. Estas jurisdicciones van más allá: desarrollan legislativamente el marco promotor de la producción limpia y del nuevo paradigma de la Ecología Industrial⁵, el cual se encuentra más cercano al futuro Derecho de la Sustentabilidad.

II. CALIDAD DE VIDA COMO MANDATO CONSTITUCIONAL

Para el profesor Loperena Rota, el término *calidad de vida* es la superación del antiguo concepto de *nivel de vida*. Como él mismo lo señala, las nuevas tendencias culturales apuntan hacia una valoración de lo cualitativo por encima de lo cuantitativo, lo cual puede permitir una disminución en la utilización masiva de los recursos, en especial los energéticos, y, por tanto, apunta una luz de esperanza en la evolución de la política ambiental⁶. En esta línea de ideas, el concepto de ambiente tiene su sustento y razón de ser en la existencia del hombre; precisamente en un concepto cualitativo y no cuantitativo. Y es que, definitivamente, no se puede hablar de ambiente sin el hombre y, por lo tanto, la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental deben considerar este carácter antropológico del ambiente.

Desde nuestro punto de vista, el deterioro ambiental es uno de los aspectos preocupantes de la actual crisis moral. Es evidente que los atropellos

a los derechos de las personas que ocurren en el mundo tienen también su correlato en la irresponsabilidad con que algunos asumen la relación hombre-naturaleza. De alguna manera, detrás de cada daño ambiental, hay un problema ético que debe ser resuelto por el responsable del mismo. Es en este marco que el aprovechamiento del ambiente (como recurso y como “casa”) no puede ser separado del respeto a las exigencias morales de la persona, las cuales limitan el ejercicio de un dominio absoluto e irresponsable sobre los animales, las plantas y los seres inanimados. Los estándares de calidad y los límites máximos permisibles encuentran su razón última en estos fundamentos.

Siguiendo el criterio del profesor Ballesteros, las concepciones fundamentales de la relación entre el hombre y la naturaleza pueden resumirse en tres: el antropocentrismo tecnocrático⁷, que considera al hombre como independiente respecto a la naturaleza; el biologismo⁸, que considera al hombre exclusivamente como un animal más desarrollado, y, finalmente, el pensamiento monoteísta, que considera al hombre como formado de la tierra y al mismo tiempo como imagen de Dios. Este pensamiento monoteísta considera que la naturaleza está al servicio del hombre y lo esencial no es la defensa de los derechos de los seres no humanos frente a los humanos, sino la garantía de condiciones de vida dignas para las personas. Bajo este pensamiento, el hombre no debe abusar de la naturaleza, sino más bien ser consecuente con su vocación ecológica de administrador de todo lo creado que tiene una obligación moral de cuidar el ambiente y respetar la Creación⁹.

Nosotros pensamos que el pensamiento monoteísta es el que ha estado latente en nuestras constituciones desde que se incorporó el tema

⁵ La Ecología Industrial podría definirse como la implementación de lo aprendido de la naturaleza y aplicado a las actividades industriales, de modo tal que se imitan las relaciones naturales en los ecosistemas para aplicarlas en procesos productivos como si formaran parte, precisamente, de un ecosistema (ecosistema industrial), siendo el desarrollo sostenible el eje fundamental de toda esta dependencia.

⁶ LOPERENA ROTA, Demetrio. “El Derecho al Medio Ambiente Adecuado”. Cuadernos Civitas. 1998. p. 37.

⁷ El Antropocentrismo Tecnocrático, señala Ballesteros, ha sido la posición dominante durante la Edad Moderna, una concepción que persigue la autosuficiencia del individuo, la autarquía, y para ello cree necesario dominar incondicionalmente la naturaleza, a la que considera como una esclava generosa. Desde esta perspectiva, se niega tanto la dependencia del hombre respecto a la naturaleza como la necesidad del cuidado de la misma por el hombre. Viene a ser una actitud equivocadamente optimista, en cuanto cree que basta con la industria para acabar con la escasez, suponiendo que los recursos naturales son infinitos y la guerra y las armas desaparecerán con el puro desarrollo industrial.

⁸ Para el Biologismo, el hombre es una especie animal más, en la que la escasez conduce a la lucha por la vida. El propio Darwin enfatiza el biologismo o equiparación entre la especie humana y las especies animales al negar la existencia de diferencia cualitativa alguna entre el hombre y el animal. En esa línea, la *deep ecology* continuará y radicalizará el biologismo de Darwin, indicando que la idea cristiana de administración de la naturaleza por el hombre es inadmisibles en cuanto se basa en la jerarquía hombre-tierra.

⁹ BALLESTEROS, Jesús. “Ecologismo Personalista. Cuidar la Naturaleza, Cuidar al Hombre”. Madrid: Tecnos. 1994. pp. 13, 37.

ambiental en 1979. Hoy, la Constitución Política de 1993 reconoce el derecho fundamental al ambiente adecuado al establecer que “toda persona tiene derecho (...) a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. (...)”¹⁰.

Entre la diversa legislación ambiental y de recursos naturales que desarrolla este precepto constitucional, hay que resaltar el Artículo I del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, el cual declara que “toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida (...)”. Esta referencia a *ambiente saludable* en la Ley General del Ambiente alude a la salud de la naturaleza y de la vida de las personas en sociedad; mientras que la referencia constitucional a un *ambiente equilibrado*, manda que las modificaciones o impactos a la naturaleza por el hombre sean acompañados de medidas que compensen tal modificación.

En este marco constitucional, se entiende que el Derecho Ambiental, así como ocurre en otros campos del Derecho de nuestro sistema legal, acepta que ocurran ciertos daños, a los que llamamos daños tolerables. Es este criterio de tolerancia, que resulta de un análisis –podemos decir– de sostenibilidad, el que determina el establecimiento de los estándares ambientales que limitan las actividades industriales. Estándares que, de manera general, trazan la línea de tolerancia entre lo aceptado y lo no aceptado.

III. REVISANDO LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que “(...) el contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve. (...) En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, dicho derecho comporta la facultad de las per-

sonas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica, y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1° de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido”¹¹. Continúa el Tribunal Constitucional, en la misma sentencia, estableciendo que “(...) en cuanto al vínculo existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, se materializa en función a los principios siguientes: a) el principio de desarrollo sostenible o sustentable (...); b) el principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; c) el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia; d) el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados; e) el principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano; f) el principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente; y, g) el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables”¹².

En otra sentencia, el Tribunal Constitucional ha indicado que “(...) si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un medio ambiente sano, éstos sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible. En ese sentido, el Tribunal Constitucional estima que la protección del medio ambiente sano y adecuado no sólo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan”¹³.

¹⁰ Constitución Política del Perú. Artículo 2, inciso 2.22.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 0048-2004-PI/TC. Fundamento 17.

¹² Ibid. Fundamento 18.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 4223-2006-PA/TC. Fundamento 6.

Así, también ha señalado que "(...) en el Estado democrático de derecho de nuestro tiempo ya no sólo se trata de garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano le son reconocidos, sino también de protegerla de los ataques al medio ambiente en el que esa existencia se desenvuelve, a fin de permitir que su vida se desarrolle en condiciones ambientales aceptables, pues, como se afirma en el artículo 13 de la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, el "derecho a un medio ambiente seguro, sano [es] condición necesaria para el goce del derecho a la vida y el bienestar colectivo". (...) Desde luego, no sólo supone tareas de conservación, sino también de prevención que se afecte a ese ambiente equilibrado. El Tribunal considera que, por la propia naturaleza del derecho, dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollar, especial relevancia tiene la tarea de prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin. Y es que si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un medio ambiente sano, éstos sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible. En ese sentido, este Tribunal estima que la protección del medio ambiente sano y adecuado no sólo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan"¹⁴.

Estas citas del Tribunal Constitucional son especialmente importantes para nuestros propósitos porque ponen énfasis en la necesidad de que la gestión ambiental tenga un carácter preventivo, en el cual los LMP y los ECA, sin dejar de ser indispensables, ejerzan un rol limitado cuando se trata de mejorar la calidad de vida de las personas. También es relevante la siguiente cita: "en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente". Esta referencia a una "alteración sustantiva" tiene relación con la "línea" de aceptabilidad o tolerancia de algunos daños ambientales en la vida de la sociedad, la cual tiene directa relación con la determinación de los estándares de comportamiento ambiental; específicamente, los que nos interesan: los LMP.

IV. LOS PRINCIPIOS DE PREVENCIÓN Y DE INTERNALIZACIÓN DE COSTOS

El Derecho Ambiental no sólo está formado por la legislación, sino también por los principios generales que lo informan. Estos son criterios que expresan un juicio acerca de la conducta humana a seguir en cierta situación. Cada uno de estos principios generales del Derecho es un criterio que expresa el comportamiento que han de tener los hombres en sus relaciones de intercambio. El fundamento de estos principios está en la naturaleza humana racional, social y libre; ellos expresan el comportamiento que conviene seguir al hombre en orden a su perfeccionamiento como ser humano. Según el profesor Rubio, estos son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas y del propio Derecho como totalidad. Tal es el caso del principio de constitucionalidad, del de legalidad, del de la competencia en materia normativa, o también del principio democrático o el de libertad personal, entre otros, además de los principios particulares del Derecho Ambiental. Se trata de principios rectores generales en razón de su naturaleza y subsidiarios por su función, en la medida que llegan a suplir las lagunas de las fuentes formales del Derecho¹⁵. A continuación, nos queremos referir a dos principios generales del Derecho Ambiental que tienen especial incidencia para entender las limitaciones que, por su naturaleza restrictiva y controladora, tienen los LMP en la gestión ambiental.

Por un lado, el **principio de prevención** invita a los Estados y a los particulares a tomar acciones para prevenir daños al ambiente o, en todo caso, a reducir, limitar o controlar actividades que puedan causar tal daño, con la mayor anticipación posible. Se explica entonces la necesidad de adoptar medidas que se anticipen a la ocurrencia de dicho daño o a la generación de situaciones de riesgo. Como dice el reconocido tratadista Philippe Sands, "flaco consuelo sería que el Derecho Ambiental se contentara con decirnos que pondrá en prisión a los que acaben destruyendo el planeta"¹⁶. El principio de prevención, también contenido en el Artículo VI de la Ley General del Ambiente, prioriza las políticas de gestión ambiental que eliminan o reducen posibles contaminaciones antes de que

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 0964-2002-AA/TC. Fundamentos 9 y 10.

¹⁵ RUBIO CORREA, Marcial. "El Sistema Jurídico". Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 2001. pp. 307-310.

¹⁶ SANDS, Philippe. "Principles of International Environmental Law". Segunda edición. Cambridge: Cambridge University Press. 2003. p. 246.

se produzcan. Este principio ha sido ampliamente reconocido por instrumentos internacionales como la Declaración de Estocolmo y la Declaración de Río¹⁷.

De otro lado, el **principio de internalización de costos**, recogido ya por la legislación peruana en la Ley General del Ambiente¹⁸, propone que las estructuras de costos de los bienes y los servicios incorporen los potenciales daños ambientales y –lo que es más importante– los riesgos que los mismos pudieran generar. Como consecuencia de la incorporación de los riesgos ambientales en la estructura de costos de la producción de bienes o de la prestación de servicios en el mercado, no sólo se debe considerar el costo por la reparación del daño generado, sino también el costo por la necesaria prevención para poner los medios más adecuados destinados a evitar el daño. Los instrumentos internacionales como la Declaración de Río y la Agenda 21, ambos de 1992, también contienen este principio en sus textos¹⁹. Para entender este principio, al que algunos llaman “principio contaminador-pagador”, hay que distinguir su finalidad inmediata y su finalidad mediata. La primera es obligar al agente contaminante a cubrir los gastos, pagos o erogaciones que su conducta pueda causar; mientras que su finalidad mediata es buscar que los potenciales contaminadores asuman el costo de la prevención del daño en los precios de sus productos o servicios, o a través de seguros obligatorios, entre otros mecanismos²⁰. Es decir, el principio de internalización de costos no sólo obliga a pagar a quien contamina, sino también al potencial contaminador en cuanto al costo de prevención. De limitarse al primer supuesto; es decir, que sólo el que contamina es el que repara el daño, no sería definitivamente un principio propio del Derecho Ambiental, ya que el Derecho Civil contiene diversas disposiciones referidas a la reparación del daño.

Una gestión ambiental promotora de la producción limpia se apoya en una política de

carácter preventivo y en el principio de internalización de costos, y es una gestión que no requiere como condición principal el control de la industria a través de los LMP. Éstos son complementarios, es verdad, pero no son la piedra angular para la promoción de una industria moderna y limpia. En esta línea de ideas, es necesario que las autoridades ambientales competentes aprueben y exijan los LMP, al mismo tiempo que desarrollan otros medios para cumplir con los fines de mejorar la calidad de vida de las personas.

V. LOS INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL, EN GENERAL

La conservación de los recursos naturales y la protección del ambiente requieren de una adecuada gestión ambiental que sea puesta en práctica a través de los instrumentos apropiados para ello. A estos medios se les llama, precisamente, instrumentos de gestión ambiental, los cuales, a su vez, pueden ser implementados por la industria mediante sus propios sistemas de gestión ambiental, o por medio de sistemas de gestión sujetos a certificaciones, como es el caso de las normas voluntarias ISO 14001 y EMAS (*Eco-Management and Audit Scheme*).

Los instrumentos de gestión ambiental también son reconocidos por la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental²¹, cuyo principal propósito ha sido fortalecer la institucionalidad ambiental en el Perú, mejorando la coordinación entre las entidades públicas²² y promoviendo la participación del sector privado y de los ciudadanos en la gestión ambiental. Esta ley, además de haber constituido el Sistema Nacional de Gestión Ambiental²³, ha desarrollado aspectos específicos vinculados al Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA), al Estudio de Impacto Ambiental (EIA), al Plan de Cierre, a los ECA y LMP, y fue clara al establecer que el Consejo Nacional del Ambiente (hoy Ministerio del Ambiente, todavía en proceso de organización al momento

¹⁷ Ver los principios 6, 7, 15, 18 y 24 de la Declaración de Estocolmo, y los principios 11 y 17 de la Declaración de Río.

¹⁸ Ver el artículo VIII del Título Preliminar de la Ley 28611. Otras normas que contienen este principio son: el literal (n) del artículo 5 de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Ley 28245; el artículo 6, numeral 5 del Reglamento de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Decreto Supremo 008-2005-PCM, y el artículo 2 del Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental para Ruido, Decreto Supremo 085-2003-PCM, entre otras.

¹⁹ Ver el Principio 16 de la Declaración de Río y el Capítulo 30.3 de la Agenda 21.

²⁰ PATIÑO POSSE, Miguel. “Derecho Ambiental Colombiano”. Colombia: Legis Editores S.A. 1999. p. 66.

²¹ Ley 28245 (08.06.2004), reglamentada por Decreto Supremo 008-2005-PCM (28.01.2005).

²² A este respecto, es importante recalcar lo establecido por el artículo 2 de la Ley 28245, en el sentido que el ejercicio de las funciones ambientales a cargo de las entidades públicas se organiza bajo el Sistema Nacional de Gestión Ambiental y la dirección de su ente rector, el Consejo Nacional del Ambiente.

²³ El Sistema Nacional de Gestión Ambiental 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 naturales. Esto ha sido establecido por el artículo 3 de la Ley 28245.

en que este artículo fue redactado)²⁴ es el llamado a establecer los criterios generales para la operación de los instrumentos de gestión ambiental²⁵, asegurando la consistencia en la aplicación de estos instrumentos por parte de las autoridades competentes, lo cual responde al mandato constitucional de un Estado Peruano con un gobierno unitario²⁶.

Hasta el momento, y es importante insistir en ello, los instrumentos de gestión ambiental puestos en práctica por el Estado no incluyen incentivos para la mejora continua ambiental, normas voluntarias y la adquisición de tecnologías más limpias; menos aún los incentivos tributarios que son piezas clave para una política ambiental promotora del desarrollo sostenible en el país.

VI. EL ESTÁNDAR DE CALIDAD AMBIENTAL Y EL LÍMITE MÁXIMO PERMISIBLE

Antes hemos querido insistir, aunque brevemente, en el aspecto constitucional y en el fundamento antropológico del ambiente, así como en los principios generales del Derecho, porque son el fundamento para que la definición y aprobación de estándares ambientales –sean LMP o ECA– consideren el impacto social y económico de los mismos. Luego de ese marco teórico, ahora queremos entrar en más detalle, profundizando el tema.

Antes que nada, es necesario precisar la distinción existente entre ECA y LMP²⁷. Mientras que aquél está referido a la calidad de los medios de vida, éste tiene relación con los efectos de la actividad del hombre sobre estos medios, sustentándose en las normas constitucionales que disponen que el ejercicio de la libertad de empresa no debe ser lesivo a la salud y que el derecho de propiedad debe ser ejercido en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley²⁸.

La norma legal distingue a los ECA de los LMP, pero es en ellos donde las normas de emisión –concretadas en los LMP– y las normas de inmisión –relacionadas a la calidad del cuerpo receptor, a los ECA– se engarzan como normas de control ambiental complementarias. En esta lógica, la Ley General del Ambiente ha establecido que los LMP deben ser coherentes con el nivel de protección ambiental establecido para una fuente determinada y con los niveles generales que se establecen en los ECA. Y añade que la implementación de estos instrumentos debe asegurar que no se exceda la capacidad de carga de los ecosistemas.

Como se ve, los LMP son una categoría distinta a los ECA. Los LMP regulan la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o a una emisión de una operación, teniendo en consideración criterios específicos de la capacidad de dilución de la descarga del cuerpo receptor²⁹, los cuales se obtienen midiéndolos directamente de la fuente contaminadora; mientras que los ECA establecen el nivel de calidad adecuado de los cuerpos receptores: el mar, la atmósfera, un río, un lago, etcétera. La ley peruana ha definido el término ECA como 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. Según el parámetro en particular a que se refiera, la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos³⁰.

Los LMP –y ésta es una importante diferencia legal– son exigibles a la industria por la autoridad ambiental competente, mientras que los ECA no, a menos que se demuestre que existe causalidad entre una persona jurídica y la trasgresión de

²⁴ Ley 28245, artículo 7.

²⁵ Ley 28245, artículo 18.

²⁶ Constitución Política del Perú, artículo 43.

²⁷ El Artículo 32 de la Ley 28611 define al LMP como la “medida de la concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente por la respectiva autoridad competente. Según el parámetro en particular a que se refiera, la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos. Añade que el LMP guarda coherencia entre el nivel de protección ambiental establecido para una fuente determinada y los niveles generales que se establecen en los ECA. La implementación de estos instrumentos debe asegurar que no se exceda la capacidad de carga de los ecosistemas, de acuerdo con las normas sobre la materia”.

²⁸ Constitución Política del Perú, artículos 59 y 70.

²⁹ Como su nombre lo indica, “cuerpo receptor” es aquel ámbito (agua, aire o suelo) que recibe un efluente líquido o a una emisión de gases provenientes de una operación. Por ello, el mar, una laguna, la atmósfera, una quebrada, son considerados “cuerpos receptores”.

³⁰ Artículo 31.1 de la Ley 28611, Ley General del Ambiente.

dichos estándares³¹. Los LMP son utilizados para el control en las fuentes puntuales de contaminación y están referidos a valores límites, mientras que los ECA tienen relación con los objetivos de la calidad del cuerpo receptor³².

Para la eficacia de la tarea de conservar el ambiente, compartida por todos los miembros de la sociedad, los ECA juegan un rol importante ya que la determinación del nivel de calidad del ambiente es requisito de eficacia de la gestión ambiental. En buena cuenta, se trata de determinar el nivel adecuado de los medios que sustentan la vida para luego ejecutar las acciones necesarias para su protección. Los ECA son el instrumento a través del cual el Estado, con la participación de la ciudadanía, establece los niveles de calidad y busca su protección. Algunos de ellos determinan qué tan limpio debe estar el aire, otros qué tan limpia debe estar el agua y los otros determinan qué tan limpio debe estar el suelo, para así sustentar la vida de las personas. Una cuestión que algunas veces origina grandes debates entre los gobiernos y la industria, es qué tan limpio es limpio.

El 22 de julio de 2006 se publicó la Ley 28817, por la cual se establecieron plazos para la elaboración y aprobación de ECA y LMP. Dicha norma dispuso que el CONAM –hoy absorbido por el Ministerio del Ambiente– culminará el proceso de elaboración y revisión en un plazo de dos años contados a partir de la vigencia de dicha ley, emitiéndose como norma complementaria el Decreto Supremo 033-2007-PCM, denominado “Procedimiento para la aprobación de los Estándares de Calidad Ambiental y Límites Máximos Permisibles de Contaminación Ambiental”. Asimismo, el Decreto del Consejo Directivo del CONAM 029-2006-CONAM/CD, de diciembre de 2006, estableció el “Cronograma de Priorizaciones para la Aprobación Progresiva de ECA y LMP”, fijando los plazos límites para elaborar las propuestas por parte de los diversos sectores. El fin de este proceso en 2008, incluye la correspondiente consulta pública y la remisión de los proyectos de normas a la Presidencia del Consejo de Ministros para su aprobación vía Decreto Supremo³³.

No está de más señalar que como la legislación ambiental peruana está todavía en formación, se hace necesario, para algunos casos específicos de proyectos de inversión, el recurrir a estándares aceptados en otras jurisdicciones o por algunos organismos internacionales de reconocido prestigio en asuntos ambientales. Para ello, la Ley General del Ambiente dispuso que mientras no se hayan fijado los ECA y los LMP junto con sus estándares y parámetros de control, deben ser de uso referencial aquellos establecidos por organismos internacionales como la Organización Mundial de la Salud (OMS)³⁴. En este supuesto, el recientemente creado Ministerio del Ambiente, en coordinación con el ministerio del sector que para cada caso pudiera corresponder, puede autorizar el uso de un estándar internacional. Y una vez aprobado, éste es exigible de la misma manera que lo son aquellos aprobados por una norma legal peruana. Cabe, además, recordar que en el caso de nuevas operaciones industriales que deben contar con la aprobación de un estudio de impacto ambiental, este instrumento de gestión sirve también como medio de incorporación de estándares ambientales para aquellos parámetros no contemplados en nuestra legislación.

VII. PRIMERO CIENCIA, LUEGO LA LEY

La naturaleza no obedece a jurisdicciones territoriales ni a distinciones legales; ella sólo obedece –por decirlo de manera figurativa– a la ley de la gravedad. Por eso, es indispensable que en toda gestión ambiental la aprobación de las normas ambientales esté precedida de análisis basados en criterios científicos. Hasta que no exista una verdadera base científica sobre la que se sustente el Estado en la aprobación de normas ambientales, los ciudadanos no podremos estar seguros de la eficacia de las acciones de la autoridad en la protección del ambiente que nos rodea. Es más, sin ciencia que sustente la actividad legal ambiental, la iniciativa privada seguirá, en algunos casos, sujeta al arbitrio de la autoridad administrativa que podrá seguir tomando decisiones sólo en base a criterios coyunturales.

³¹ Referirse a la Ley 28611, artículos 31.4 y 32.

³² Para mayores detalles sobre la naturaleza y aplicación de los límites máximos permisibles en el Perú y su vinculación con la calidad ambiental, referirse a nuestro artículo “El Rol de los Límites Máximos Permisibles en la Regulación Ambiental y su Aplicación en el Perú”. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa 65. Año XXIII. Lima. 2008.

³³ Detalles de este proceso y una crítica acertada al mismo aparece en: LANEGRA, Iván. “El (Ausente) Estado Ambiental”. Lima. 2008. p. 133 y siguientes.

³⁴ Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley General del Ambiente, Ley 28611.

Únicamente sobre la base de ciencia se podrán identificar los verdaderos problemas ambientales del país y, de esa manera, definir prioridades ciertas para el destino de los recursos estatales escasos y para la acción de las autoridades en lo que a la conservación del ambiente y de los recursos naturales respecta. Establecer estas prioridades es un tema de la agenda pendiente del Estado respecto a la gestión ambiental. Sin ciencia ni información, no es posible llevar a cabo ningún tipo de gestión; es más, de la calidad de la información depende la calidad de la gestión ambiental pública y el logro de sus objetivos. El Estado requiere conocer las fuentes potenciales y actuales de contaminación, así como los tipos de contaminantes.

El Sistema Nacional Información Ambiental, SINIA³⁵, cuyo rol director corresponde hoy al Ministerio del Ambiente, debe integrar esta información. Los quince años de experiencia peruana en materia de regulación ambiental han demostrado que una mala gestión ambiental pública, que no cuenta con información validada científicamente, sirve para poco. Un paso formal en este sentido ha sido dado por la Ley General del Ambiente al disponer que el SINIA se constituya en una red de integración tecnológica, institucional y técnica para facilitar la sistematización, el acceso y la distribución de la información ambiental, así como el uso e intercambio de información para los procesos de toma de decisiones y de la gestión ambiental³⁶. Este sistema será un sustento muy importante para el proceso de revisión de los parámetros de contaminación ambiental con el fin de determinar nuevos niveles de calidad, aplicando siempre el criterio de gradualidad a través de ajustes progresivos a los mismos, según lo establece el artículo 33.4 de la misma ley.

VIII. LA INDUSTRIA Y LOS ESTÁNDARES AMBIENTALES

La Ley General del Ambiente ha establecido que el ejercicio de los derechos de propiedad y de la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria está sujeto a las limitaciones que establece la ley en resguardo del ambiente. Precisa, además, que todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impac-

tos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades, incluyendo los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión. Pero además, la ley dispone que el titular de operaciones debe adoptar medidas de conservación y protección ambiental que correspondan en cada una de las etapas de sus operaciones, agregando que los estudios para proyectos de inversión cuya ejecución pueda tener impacto en el ambiente deben considerar los costos necesarios para preservar el ambiente de la localidad en donde se ejecutará el proyecto y de aquellas que pudieran ser afectadas por éste. Y, para ser más precisos, establece como una tarea del Estado el promover que los titulares de operaciones adopten sistemas de gestión ambiental acordes con la naturaleza y magnitud de sus operaciones, con la finalidad de impulsar la mejora continua de sus niveles de desempeño ambiental³⁷.

En atención a las normas mencionadas en los párrafos precedentes, podemos advertir que la Ley General del Ambiente no restringe el ejercicio por parte de los particulares de sus actividades económicas. En efecto, esta ley sólo establece como límite el respeto de las normas ambientales que sean aplicables de acuerdo con el tipo de actividad que se pretenda desarrollar, así como la adopción de las medidas de carácter preventivo que sean necesarias para mitigar los impactos ambientales negativos que sus actividades pudieran generar. En muchos casos, por las particularidades de determinadas operaciones industriales, las empresas ponen en práctica instrumentos de gestión ambiental no exigidos por la legislación peruana, pero que son necesarios para la viabilidad de sus proyectos. Tal es el caso, por ejemplo, de la adquisición de tecnologías más eficientes, de los programas de monitoreo conjuntos con representantes de los ciudadanos vecinos a las operaciones, así como el de los mecanismos voluntarios de entrega de información a la población local, entre otros.

Los estándares ambientales, entre los que se encuentran los ECA y los LMP, como instrumentos de gestión ambiental de regulación directa que son, forman parte del piso mínimo de supuestos de conducta establecido por la legislación y que

³⁵ EL SINIA, aunque mencionado en el artículo 35 de la Ley General del Ambiente, aún no tiene existencia práctica. Esperamos que la creación del Ministerio del Ambiente impulse su puesta en marcha.

³⁶ Ley General del Ambiente, artículo 35.1.

³⁷ Ley 28611, artículos 6, 74, 75 y 76.

debe ser respetado por quienes desarrollan actividades que pueden tener un impacto sobre el ambiente. Con lo cual no se debe desarrollar una actividad industrial trasgrediendo este piso mínimo. Lo singular en el Derecho Ambiental es que el supuesto de este piso mínimo no puede estar determinado para todos los casos. Es ahí donde los instrumentos de evaluación ambiental previa, y especialmente el Estudio de Impacto Ambiental, cumplen un papel fundamental, al generar compromisos específicos entre el administrado y el Estado.

Por otro lado, la autoridad ambiental competente puede establecer y aprobar un PAMA para facilitar la adecuación de una industria a obligaciones ambientales nuevas, debiendo asegurar su debido cumplimiento en plazos que establezcan las respectivas normas a través de objetivos de desempeño ambiental explícitos, metas y un cronograma de avance de cumplimiento, así como las medidas de prevención, control, mitigación, recuperación y eventual compensación que correspondan³⁸. De esta referencia se debe entender que el PAMA puede aplicarse tantas veces como se aprueben obligaciones ambientales nuevas que demanden la adecuación de una actividad económica; tal es el caso del establecimiento o modificación de un LMP. Es decir, se debe entender que éste es un instrumento de gestión ambiental distinto al PAMA que se aprobó en la década de los noventa para algunos sectores productivos y que se pensó que eran de aplicación por única vez.

IX. LA EXIGENCIA DE CUMPLIR CON LOS LÍMITES MÁXIMOS PERMISIBLES SI TIENE EXCEPCIONES

Finalmente, queremos volver a hacer referencia al artículo 32 de la Ley General del Ambiente, el cual define al LMP como “la medida de la concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente (...)”³⁹. Hemos

subrayado la última frase porque de su interpretación literal y de una interpretación sistemática del mismo con las normas de rango constitucional y legal antes referidas, concluimos que si el vertimiento o emisión de un titular excede un LMP aplicable, pero no causa o no puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente, tal LMP no podrá ser exigido por la autoridad en ese caso concreto. Teniendo en cuenta el Principio de Razonabilidad, hay que recordar que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando establezcan restricciones a los administrados, deben mantener la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido⁴⁰. A propósito de este principio, Morón Urbina comenta que “la autoridad al decidir el tipo de gravamen a emitir o entre los diversos grados que una misma sanción puede conllevar, no tiene plena discrecionalidad para la opción, sino que debe optar por aquella que sea proporcional a la finalidad perseguida por la norma legal”⁴¹. Tal finalidad, en el caso de los LMP, es proteger la salud de las personas y al ambiente; por lo tanto, si un vertimiento o emisión no causa o no puede causar daños, aun excediendo un LMP, no es razonable la actuación de la administración al exigir el cumplimiento innecesario de ese LMP.

Para estos casos en que la ciencia es la fuente y criterio para la toma de una decisión, la autoridad ambiental competente, en virtud del Principio del Debido Procedimiento Administrativo⁴², debe al menos permitir a los administrados intentar demostrar que un efluente o emisión, a pesar de exceder un LMP, no causa daño alguno a la salud, al bienestar humano y al ambiente. La autoridad está en la obligación de evaluar el pedido y tomar una decisión sobre el particular.

Por lo tanto, a la luz de la definición de LMP contenida en la Ley General del Ambiente, la negativa de la autoridad administrativa a evaluar la solicitud del administrado para que no se le aplique determinado LMP porque no está causando un daño

³⁸ Ley 28611, artículo 26.1.

³⁹ Dicho artículo también señala que “su cumplimiento es exigible legalmente por la respectiva autoridad competente. Según el parámetro en particular a que se refiera, la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos”.

⁴⁰ Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, artículo IV, 1.4

⁴¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Comentarios Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica. p. 32.

⁴² Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, artículo IV, 1.4. “Principio del debido procedimiento.– Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo”.

ambiental a pesar de excederlo⁴³, afectaría los derechos constitucionales de éste, tales como el debido proceso⁴⁴ y la libertad de empresa⁴⁵. Por lo tanto, podrían ser invocados en sede administrativa y, agotada ésta, en el Poder Judicial, vía el proceso contencioso administrativo, o, incluso, en un proceso constitucional de amparo, si se considera que esta última es la única vía idónea para proteger tales derechos.

Del mismo modo, si una norma legal establece que los LMP son de cumplimiento obligatorio en todos los casos, cerrando toda posibilidad de que el administrado pruebe que su vertimiento o emisión no genera un daño a pesar de exceder los LMP, sería una norma que igualmente podría infringir derechos constitucionales como la libertad de empresa. Ante esto, el administrado podría demandar en un proceso de amparo que se le inaplique tal norma a su caso concreto⁴⁶.

X. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El “Grupo de Trabajo Multisectorial para la preparación del Ministerio del Ambiente” –en el punto 34, sección “Gestión ambiental moderna y eficiente” del documento “Diagnóstico Ambiental del Perú”, dado a conocer en febrero de 2008–, ha señalado que “es importante concertar y establecer los ECA y los LMP para las actividades productivas y vigilar su cumplimiento estricto. Si un sector determinado es renuente a establecer los LMP la Autoridad Ambiental Nacional deberá

imponer los estándares convenientes para garantizar la eficiencia ambiental”. Ahora que contamos con un Ministerio del Ambiente y que el tema ambiental tiene un sillón en el Consejo de Ministros, ya estaríamos en aptitud de empezar a definir una política ambiental real. Lo importante, entonces, es que al definir esta política también se definan los indicadores de resultados. Esto será especialmente relevante cuando el Ministerio del Ambiente dirija el proceso de elaboración y revisión de los ECA y LMP, antes de remitirlos en un proyecto de Decreto Supremo a la Presidencia del Consejo de Ministros.

La discusión actual relativa a los temas ambientales peruanos debe girar alrededor de la ciencia y no de la percepción o del conflicto. No corresponde a las normas legales determinar qué es contaminar, sino a las ciencias de la naturaleza. Además, tal definición es relativa al lugar, oportunidad y condiciones de cada caso específico. Es evidente que en materia ambiental, cuando la legislación va más allá de su campo lógico, no sólo puede hacer ineficaz al Derecho, sino también convertirse en obstáculo para una real protección ambiental. Por eso, y teniendo en cuenta los fundamentos teóricos expresados arriba, las autoridades ambientales competentes deben reconocer al administrado el derecho de sustentar las razones para obtener una excepción al cumplimiento de los LMP, haciéndose necesario que se aprueben normas expresas que establezcan los criterios que la autoridad pueda aplicar caso por caso.

⁴³ Ya sea por la capacidad de asimilación del cuerpo receptor, el análisis del nivel de toxicidad de la sustancia a verter y su dilución en el ambiente, el tipo de proceso industrial, la calidad ambiental del área, etcétera.

⁴⁴ Constitución Política del Perú, artículo 139.3

⁴⁵ Constitución Política del Perú, artículo 59.

⁴⁶ Ver: Código Procesal Constitucional, artículo 3.

CONSIDERACIONES SOBRE LA JUSTICIA AMBIENTAL EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

Pierre Foy Valencia*

Desde los modelos de fiscalización y control posibles hasta los principios de responsabilidad por el daño ambiental, muchos no somos tan conscientes de la evolución de nuestra normativa ambiental como de nuestra legislación civil o penal, intrínsecamente relacionadas.

El autor nos ofrece un recuento explicativo de los cambios normativos y un presagio de los modelos internacionales presentes en Latinoamérica y el mundo. Nos plantea, así, el reto de actualizar el modelo ambiental peruano.

* Profesor Asociado de la PUCP en Derecho Ambiental. Miembro de IDEA PUCP. Profesor en la UNALM y UNMSM. Responsable del Estudio Foy Valencia - Derecho Ambiental. Co Director Consorcio en Derecho Ambiental Foy & Valencia.

1. BREVE MARCO CONCEPTUAL DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL (JUSTICIA AMBIENTAL)¹

El impacto de las consideraciones ambientales en los sistemas jurídicos contemporáneos marca el surgimiento del Derecho Ambiental². La responsabilidad por daño o peligro, columna vertebral de todo sistema legal, no podía estar ajena a este *jus novo*, adquiriendo singular relevancia y contenido debido a la naturaleza del daño involucrado³, el cual disiente radicalmente de los paradigmas convencionales postulados para el Derecho Constitucional, Penal, Administrativo o Civil.

La literatura sobre el daño ambiental es cada vez más creciente y compleja⁴, máxime si tenemos en cuenta que, como acaso en ninguna otra *jus* disciplina, las fuentes materiales y formales se

encuentran profundamente relacionadas. En efecto, las fuentes materiales sobre este daño jurídico pretenden basarse en explicativas de orden técnico e interdisciplinario, desbordando las aproximaciones meramente jurídicas. Lo extra jurídico (por ejemplo, las dinámicas de los ecosistemas, las diversas formas de contaminación, los diferentes tiempos o ritmos en que se manifiestan y acumulan los daños, la incertidumbre causal, entre otros aspectos) condiciona sensiblemente el ciclo de vida de los sistemas jurídicos ambientales, ya sea en sus procesos de génesis normativa, aplicativa, evolutiva o re(de) generativa.

Los diversos documentos ecuménicos sobre el desarrollo sostenible y sus antecedentes dan cuenta del rol que se le asigna a este daño en el marco de la relevancia que a su vez le confieren a los aspectos jurídico-institucionales⁵.

¹ Por razones de espacio, en el presente ensayo sólo abordaremos consideraciones conceptuales generales sobre la justicia ambiental y las referidas al ámbito Constitucional y Administrativo. Los aspectos penales, civiles y de mecanismos alternativos para la resolución de conflictos ambientales, serán desarrollados en otra oportunidad.
² “En busca del Derecho Ambiental I”. En: “Derecho y Ambiente. Aproximaciones y estimativas”. Lima: PUCP. 1997. p. 37-170.
³ Ver: GONZÁLEZ MÁRQUEZ, José Juan. “La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina”. México: PNUMA, ORPALC. 2003.
⁴ Ver: CIFUENTES, Saúl y otros. “Protección jurídica al ambiente. Tópicos del Derecho Comparado”. México: Editorial Porrúa. 2002.
⁵ Ver el siguiente cuadro sinóptico:

DOCUMENTO	PRINCIPIO O DERECHO
Informe Bruntland (Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1987)	Capítulo 12 punto 5: Proporcionar recursos jurídicos como el reconocimiento de derechos y deberes ambientales, una Declaración Universal sobre Protección Ambiental, fortalecer y ampliar Convenios Internacionales Ambientales vigentes, evitar y arreglar controversias ambientales.
Cuidar la Tierra Estrategia Mundial para Construir Sociedades Sostenibles (UICN PNUMA / WWF, 1991)	El Resumen de Proyectos de Principios Jurídicos: postula la igualdad en el acceso y proceso imparcial en procedimientos administrativos y judiciales ambientales.
Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD, Río 1992)	Capítulo 8: Proporcionar un marco nacional para la integración del desarrollo y la conservación. Acción 8.5: Instituir un amplio sistema de Derecho Ambiental y velar por su aplicación y cumplimiento (<i>verbi gratia</i> , imponiendo sanciones disuasivas, adjudicando responsabilidades por pérdidas ambientales irreparables, asegurar a los ciudadanos el derecho a actuar en procedimientos judiciales y administrativos, contribuyendo a hacer cumplir la ley e imponer recursos por daños ambientales. Principio 10: El acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes. Derecho a un recurso efectivo. Principio 13: Los Estados deben desarrollar una legislación nacional relativa a la responsabilidad e indemnización respecto a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales.
La Agenda 21 (CNUMAD, Río 1992)	Capítulo 8, punto 8.18: Establecimiento de procedimientos judiciales y administrativos de indemnización y reparación por daños al ambiente. Propiciar el acceso de personas, grupos y organizaciones que tengan interés jurídico reconocido.
Declaración de Principios sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente (Ginebra, 1994)	Principio 22: Para la práctica eficaz de los derechos al ambiente adecuado, se consideraran, entre otros recursos, los administrativos y judiciales, los medios de reparación efectivos por daños ambientales o el peligro de dichos daños.

La acepción “Justicia Ambiental”, planteada durante los últimos tiempos en la región⁶, proviene en realidad de la experiencia norteamericana de los años ochenta; en ella, un estudio demostró que tres de cada cuatro depósitos de desechos peligrosos se localizaba al interior de comunidades afro americanas. Con esta revelación, saltó a la palestra la discusión sobre la desigualdad –discriminación– respecto el riesgo ambiental⁷. En nuestro país, en el marco de una discusión sobre la reforma del derogado Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales, se quiso consagrar esta denominación –aunque no bajo tales consideraciones críticas– en un título sobre Justicia Ambiental que finalmente se sentó bajo la acepción convencional de Responsabilidad por Daño Ambiental, ubicado en el Título IV de la Ley General del Ambiente (Ley 28611), así como en una mención en su Título Preliminar.

La Justicia Ambiental “se entiende como la posibilidad de obtener la solución expedita y completa por las autoridades judiciales –pero también administrativas– de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental, lo que supone que todas las personas están en igualdad de condiciones para acceder a la justicia y para obtener resultados individual o socialmente justos”⁸. Sin embargo, como revela Brañes, existen muchos problemas, barreras u obstáculos para que ésta se pueda canalizar adecuadamente. Las consabidas críticas a los sistemas de administración de justicia son extendidas y complejizadas por la dimensión ambiental; es el caso del costo y tiempo del litigio; poder de los litigantes y su diferente capacidad económica y técnica; su capacidad de organización;

la complejidad científico-técnica de los casos ambientales; la naturaleza de intereses en juego (“intereses colectivos y difusos”); personas indeterminadas e indeterminables; la participación de órganos que representen dicho interés; la necesidad de un marco jurídico congruente con la naturaleza de tales intereses; las discusiones sobre la conveniencia de tribunales especializados en lo ambiental o métodos de composición privada de los conflictos por especialistas en la materia; entre otras. En consecuencia, estas dificultades en el acceso a la Justicia Ambiental no sólo revelan la ineficacia del Derecho Ambiental, sino que comprometen y ponen en tela de juicio la real protección ambiental, así como la viabilidad del desarrollo sostenible.

En resumen, hoy en día tanto en el escenario internacional como del Derecho Comparado y Nacional se legitima el concepto de “acceso a la justicia ambiental”.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO⁹

Nuestro sistema jurídico contempla constitucionalmente la cuestión ambiental desde 1979 (artículo 118)¹⁰; sin embargo, no fue sino hasta septiembre de 1990, con la expedición del Decreto Legislativo 613, Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (en adelante, “CMARN”), que se asumió de modo enérgico y sistemático el tema ambiental. En el Perú, al igual que en otros países de América Latina y el Caribe, existía una profusa

Declaración de Bizkaia sobre el Derecho al Medio Ambiente (Bilbao, 1999)	Artículo 4: Transparencia administrativa y derechos de las personas en materia ambiental; acceso a la información y participación; a la organización para defender el medio ambiente. Artículo 5: Derecho a un recurso efectivo en instancia nacional e internacional. Artículo 6: Derecho a la reparación de personas o grupo de ellas.
Carta de la Tierra (versión 2000)	Principio 13-d: Instituir acceso efectivo y eficiente de procedimientos administrativos y judiciales independientes, incluyendo las soluciones y compensaciones por daños ambientales y por la amenaza de tales daños.

⁶ BRAÑES, Raúl. “El acceso a la justicia ambiental en América Latina: Derecho ambiental y desarrollo sostenible”. México: ALDA. 2000.
⁷ El primer estudio de “racismo ambiental” (1987) encontró que la composición racial del vecindario era la mejor forma de prever dónde se ubicaría un depósito de sustancias tóxicas en EEUU, incluso más que otras variables medidas como ingreso, valor de la propiedad y proximidad a los mercados. GOLDMAN, Benjamin. “What is the future of environmental justice?”. 1996. Antipode 28:2. pp. 122-141. En: <http://www.programabecas.org/numero/11/11.12.htm>; ver también: BRYANT, Bunyan (Editor). “Environmental Justice. Issues, Policies, and Solutions”. Washington DC: Island Press. p. 995.
⁸ BRAÑES. Op. cit., Loc. Cit.
⁹ Una visión sistemática del sistema jurídico ambiental peruano hasta el año 2001 puede encontrarse en: “En busca del Derecho Ambiental II”. En: “Derecho y Ambiente. Nuevas aproximaciones y estimativas”. Lima: PUCP. 2001. p. 21-102.
¹⁰ Reiterándola en otros términos en la Constitución de 1993.

legislación inconexa, contradictoria y reiterativa¹¹, pero con importantes antecedentes normativos¹².

Con el CMARN¹³, por primera vez se reconoce la legitimación que expresamente tienen las personas para interponer acciones en defensa del medio ambiente. Así, en el artículo III de su Título Preliminar se señala que “[t]oda persona tiene derecho a exigir una acción rápida y efectiva ante la justicia en defensa del medio ambiente y de los recursos naturales y culturales. Se puede interponer acciones aun en los casos en que no se afecte el interés económico del demandante o denunciante. El interés moral autoriza la acción aún cuando no se refiera directamente al agente o a su familia”.

Posteriormente, el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de las Inversiones Privadas (1991), prescribirá en su Décima Primera Disposición Complementaria: “[q]uien inicie una acción ante el Poder Judicial al amparo de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo III del Título Preliminar del Decreto Legislativo 613 que sea desestimada, será responsable por los daños y perjuicios que hubiera causado”.

De otra parte, el CMARN, en sus disposiciones finales, contenía ciertas disposiciones sobre la competencia para las acciones ambientales (artículo 137, sustituido por el Decreto Legislativo 757), la contienda de competencia (artículo 138), la apelación en efecto devolutivo respecto a la Ley 23506 (artículo 139), el ejercicio de las acciones por violación o amenazas de derechos constitucionales ambientales por cualquier persona u organización no gubernamental; y las acciones de Abuso del Derecho (artículo 141). También contempló un capítulo “De las sanciones admi-

nistrativas” y “De los delitos y la penas”, derogado el año 1991 por el referido Decreto Legislativo 757.

3. LA LEY GENERAL DEL AMBIENTE, LEY 28611 (2005)¹⁴

La Ley General del Ambiente (en adelante, “LGA”) sintetiza el desarrollo normativo ambiental precedente de los últimos quince años en el país, incorporando nuevas tendencias e instituciones jurídicas. A diferencia de su antecesor –el CMARN–, ésta desarrolla una mejor sistemática, en el marco de la cual se inscribe el Título IV sobre Responsabilidad por daño ambiental¹⁵. No obstante, el tratamiento al interior de dicho título no es muy sistemático, sino más bien desordenado, pues los aspectos generales no son deslindados de los relativos a temas civiles o administrativos. De acuerdo con este título, podemos invocar determinados alcances del Título Preliminar¹⁶, en especial su artículo IV:

“Artículo IV.- Del derecho de acceso a la justicia ambiental

Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos.

Se puede interponer acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia”.

¹¹ La tendencia normativa de nuestro sistema jurídico anterior al CMARN: normativa asistemática y reiterativa; sectorializada; yuxtapuesta; no especializada (entiéndase como ausencia de instrumentos de gestión ambiental); desvinculada de las normas sobre desarrollo económico y actividad empresarial; escasa articulación e implementación de la normativa internacional; burocrática; no descentralista. En buena cuenta: sin visión holística y carente de una política y concepción de gestión ambiental que conduzca u oriente al sistema jurídico nacional.

¹² Ley General de Aguas, Decreto Legislativo 17752 de 1969, así como sus diversos Reglamentos; Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Decreto Legislativo 21147 de 1975, y Reglamentos, incluido lo relativo a las unidades de conservación –luego ampliada bajo el concepto de Áreas Naturales Protegidas– Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva; Decreto Legislativo 22175, de 1978, y su Reglamento, Decreto Supremo 003-79-AA; el Reglamento de Clasificación de Tierras, Decreto Supremo 062-75-AG, así como diversos Convenios Internacionales, como la Convención para el comercio internacional de las especies amenazadas de fauna y flora silvestre (CITES), Decreto Legislativo 21080 (1975), entre otros.

¹³ Sobre el CMARN, ver: “10 años del Código del Medio Ambiente: oportunidades en el contexto de la globalización económica”. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Sociedad Nacional de Minería y Petróleo. UICN. 2002.

¹⁴ Ver: FOY VALENCIA, Pierre. “El Derecho Ambiental Peruano y la Ley General del Ambiente, Ley 28611. Un estado de la cuestión”. En: Ensayos jurídicos contemporáneos. Testimonio de una huella académica. Lima: Instituto Pacífico. 2006.

¹⁵ Capítulo 1: Fiscalización y Control. Capítulo 2: Régimen de Responsabilidad por el Daño Ambiental. Capítulo 3: Medios para la Resolución y Gestión de Conflictos Ambientales.

¹⁶ Artículos: I.- Del derecho y deber fundamental; II.- Del derecho de acceso a la información; III.- Del derecho a la participación en la gestión ambiental; VI.- Del principio de prevención VII.- Del principio precautorio; VIII.- Del principio de internalización de costos; IX.- Del principio de responsabilidad ambiental.

De acuerdo con ello, se reconoce la legitimación amplia de las personas como accionantes con fines de protección ambiental –independientemente del accionar penal o administrativo– en concordancia con el artículo 134 de la LGA sobre la legitimidad para obrar¹⁷. Al respecto, es necesario diferenciar dos niveles o referentes de daño: de una parte, el daño patrimonial o a la salud de los particulares, ocasionado por un presunto daño ambiental; de la otra, el daño al ambiente “en sí mismo”. Debe entenderse que la norma se refiere a este último, dado que el primero se rige por las normas del Código Civil.

En lo que respecta al **principio de internalización de costos**¹⁸, conocido como “contaminador pagador”, éste suele confundirse con el de responsabilidad por daño, que implica mayormente un mecanismo de intervención “ex post” al acontecimiento dañoso. En realidad, el principio en cuestión tiene un carácter de intervención anticipada –“ex ante”– precisamente para evitar externalizar y no tener que responder luego por daños que se evitaron a su debido tiempo.

Si bien cualquier persona, en virtud de lo dispuesto por el artículo IV –y su concordancia, el 134–, puede invocar la protección ambiental, hay que distinguir lo siguiente:

- a. Si se trata de un daño al patrimonio o salud de los particulares, corresponde seguir las reglas convencionales del Código Civil sobre la indemnización patrimonial a las personas.
- b. En el caso de daño al ambiente en sí mismo, es posible que en una eventual demanda contra o ante una entidad pública, cualquier persona invoque o exija lo señalado en este artículo –y en lo que corresponda, el artículo IX– en el sentido de tener que asumir los costos mencionados por el daño ambiental en sí y NO por los eventuales daños patrimoniales a los individuos. En efecto, independientemente de si el accionante es una persona,

esto no implica que se deba indemnizar o resarcir a esa u otras personas en un eventual proceso por dicho daño, pues el camino que tendrían para ello sería la referida vía civil sobre indemnización patrimonial.

Sin embargo, en ambas posibilidades, para el o los accionantes siempre se presentarán las dificultades procesales antes mencionadas. Es inevitable estimar que esas posibilidades de accionar ciudadano estén siempre latentes.

En cuanto al principio de responsabilidad ambiental¹⁹, a la luz de este dispositivo se prevén rangos de medidas que deben ser adoptadas:

1. Restauración.
2. Rehabilitación.
3. Reparación.
4. Compensación en términos ambientales.

Este principio tiene que concordarse con dos dispositivos de la propia LGA:

“Artículo 142.- De la responsabilidad por daños ambientales

142.1 Aquel que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas.

142.2 Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales”.

A las medidas a ser adoptadas por el presunto afectador, según lo estipulado por el artículo IX,

¹⁷ Cualquier persona, natural o jurídica, está legitimada para ejercer la acción a que se refiere la presente Ley contra quienes ocasionen o contribuyen a ocasionar un daño ambiental, de conformidad con lo establecido en el artículo III del Código Procesal Civil.

¹⁸ Artículo VIII.- Toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente. El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos.

¹⁹ El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar.

en el artículo 142 se suma la referencia a *mecanismos ex ante*, así como *ex post* del daño. No es, por tanto, solamente al supuesto de un daño ambiental ya producido (*mecanismos ex post*).

A fin de evitar el daño al ambiente (según el concepto indicado en el artículo 142.2), entonces, el alcance de la responsabilidad en dicho dispositivo habrá de entenderse en el sentido que deben tomarse las previsiones indicadas. Inclusive en un supuesto en que no se hubieran tomado tales prevenciones, ocasionando el subsecuente daño, se deberán adoptar las medidas de mitigación correspondientes. En consecuencia, habrá que contemplar los alcances del referido artículo IX, concordante con:

“Artículo 147.- De la reparación del daño²⁰
La reparación del daño ambiental consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes, y de la indemnización económica del mismo. De no ser técnica ni materialmente posible el restablecimiento, el juez deberá prever la realización de otras tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados. La indemnización tendrá por destino la realización de acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales respecto del ambiente y los recursos naturales”.

A manera de resumen, las implicancias por daño ambiental en la LGA se expresan en este cuadro:

Artículo IX.- del principio de responsabilidad ambiental	Artículo 147.- de la reparación del daño	Artículo 142.- de la responsabilidad por daños ambientales
1. Restauración.	1. Restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo.	Asumir costos de: • Prevención y mitigación de daño. • Vigilancia y monitoreo de la actividad. • Medidas de prevención y mitigación adoptadas.
2. Rehabilitación.	2. Recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados.	
3. Reparación.		
4. Compensación en términos ambientales.	3. Indemnización: • Compensar intereses afectados. • Contribuir a objetivos constitucionales ambientales y de recursos naturales.	

Aparentemente, se está introduciendo un elemento indemnizatorio que se refiere ya no sólo al daño ambiental en sí, sino también a los intereses concernidos, con lo cual se abriría la entrada para que se incluya en términos patrimoniales a los potenciales afectados individuales como consecuencia del daño al ambiente. No habría una correspondencia exacta entre el artículo XI *in fine* (Compensación en términos ambientales) y el artículo 147 (Compensación de intereses afectados).

Este alcance del artículo 147 (Compensación de intereses afectados), habría que tenerlo muy presente, pues representa una potencial “ventana” que permitiría el ingreso de múltiples personas accionando pretensiones a fin de obtener compensaciones por los intereses afectados.

Este alcance resulta disonante con una lectura sistemática de la LGA²¹, en el sentido de innovar y

²⁰ Ver: LOPEZ, Hernán y Roberto DROMI (Director). “Reparación Ambiental”. Serie Servicios Públicos 4. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina. 2002.
²¹ Para corroborar la tesis del daño ambiental “en sí” revisemos lo que indica el “Artículo 152.- Del arbitraje y conciliación.- Pueden someterse a arbitraje y conciliación las controversias o pretensiones ambientales determinadas o determinables que versen sobre derechos patrimoniales u otros que sean de libre disposición por las partes (...)”. Se reconoce, pues, que hay estos dos aspectos diferenciados asociados al daño ambiental.

reconocer “el daño ambiental en sí” como algo distinto al daño patrimonial de las personas, derivado de un daño ambiental (perseguido por los mecanismos convencionales del Código Civil); es por ello que debemos interpretar de manera restrictiva esta referencia a “compensar los intereses afectados” solamente en la medida en que se entienda por tales intereses los propiamente ambientales y no los de las personas. Por ejemplo, un interés afectado no patrimonial sería el paisaje, otro la calidad del agua o del aire.

Consideramos que el eje de la responsabilidad por daño ambiental en la LGA recae en este daño ambiental en sí mismo (extrapatrimonial), pero no en el más convencionalmente conocido daño patrimonial a los particulares.

La LGA no aborda consideraciones penales, salvo en el artículo 149 (del informe de la autoridad competente sobre infracción de la normativa ambiental) y de alguna manera cuando se refiere a los Estándares de Calidad Ambiental (en adelante, “ECAs”) en el artículo 314²²; tampoco especifica sobre la tutela constitucional, en el entendido que resultan suficientes los alcances del Código Procesal Constitucional.

Para una mejor didáctica sobre la cuestión, podrá enfocarse de la siguiente manera²³:

- a. Justicia Extraordinaria (Garantías Constitucionales).
 - Defensa de los Derechos Fundamentales.
 - Procesos de *Hábeas Corpus*²⁴, Amparo, *Hábeas Data*, de Cumplimiento.
 - Defensa de la Constitución.
 - Proceso de Inconstitucionalidad.
 - Proceso de Acción Popular.
- b. Justicia Ordinaria.
 - Justicia Penal Ambiental.
 - Justicia Civil Ambiental.
- c. Justicia Administrativa.
- d. Mecanismos alternativos para la resolución de conflictos.

4. CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES AMBIENTALES

La Constitución Política no se refiere explícitamente a mecanismos para la tutela ambiental, a diferencia de otros países²⁵. Sin embargo, toda vez que el inciso 22 del artículo 2 regula el derecho que todo ciudadano tiene a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, resulta pertinente la Acción de Garantía Constitucional respecto a tal derecho (Proceso de Amparo). La relación ambiental deviene aplicable por medio de las otras acciones –procesos– de *Hábeas Data*, Cumplimiento, Inconstitucionalidad y Acción

²² En el Derecho penal ambiental latinoamericano hay diferentes modelos de criminalizar lo ambiental. a) Leyes sectoriales protectoras de ciertos recursos naturales (como la antigua Ley Forestal y de Fauna Silvestre (1975), Código Sanitario (1969), Ley sobre Camélidos y Delfines; b) Leyes generales ambientales. Decreto Legislativo 613 CMARN (originalmente hasta Noviembre 1991), c) Códigos penales. Decreto Legislativo 635 (1991); Leyes penales ambientales especiales. En Brasil, la Ley 9.605, (12.02.1998) sobre Crímenes Ambientales; la Ley Penal del Ambiente en Venezuela (1992), entre otros. Sin salinos del modelo c), se ha podido reformar el Código Penal, para superar las inconsistencias de su actual contenido penal ambiental.

²³ Reiteramos que los alcances del presente ensayo se limitan a los aspectos generales de la justicia ambiental y a las consideraciones constitucionales y administrativas.

²⁴ Poco vinculable desde la propia perspectiva aplicativa ambiental; por ejemplo, en caso de detención arbitraria contra activistas ecologistas, no es el Derecho al Ambiente lo que se invocará; algo similar sucederá cuando se quiere correlacionar ambientalmente con las otras acciones (procesos) distintas al Amparo. En España (1978). Artículo 45: 3 Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales, o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado. En Paraguay (1992). Artículo 8: (...) El delito ecológico será definido y sancionado por la ley. Todo daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar. En Colombia (1991). Artículo 80: El estado deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Artículo 90: El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (pero tendrá derecho a repetir) (...). Artículo 268 (uno de los deberes del ministerio público es) (...) promover la acción penal pública para defender el patrimonio público y social, el ambiente y otros intereses difusos, así como los derechos de los pueblos indígenas. Artículo 277: El Procurador General de la Nación (...) tendrá las siguientes funciones: 4.- defender los intereses colectivos, en especial el ambiente. Esta acción podrá ser interpuesta por el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines (...).

²⁵ En Argentina (1994). Artículo 41: El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Artículo 43: Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo (...) contra todo acto u omisión (...) que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por esta constitución...en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente” (... esta acción podrá ser interpuesta por...) el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines”.

En Brasil (1988). Artículo 255: 3: Refiere que los infractores, sean personas jurídicas o naturales, que realicen conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente, están sujetos a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar los daños causados.

En Chile (1980). Artículo 20: (...) procederá, también, el recurso de protección en el caso del numeral 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

En España (1978). Artículo 45: 3 Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales, o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

Popular, no en razón al derecho al medio ambiente, sino en función a la naturaleza jurídica de los valores que tutelan tales acciones. En un sentido discursivo o calificativo, no técnico, se suele aludir al *Hábeas Data Ambiental* o a la Acción de Cumplimiento Ambiental. La propia mención de “Amparo Ambiental”, no obstante ser la más próxima al tema, tampoco es correcta en términos procesales. En cuanto a las relaciones con el tema de la jurisdicción nacional y supranacional de los Derechos Humanos desde una perspectiva ambiental, éstas representan un potencial futuro escenario del debate jurídico ambiental, siempre que sigan las pautas jurisprudenciales respectivas²⁶.

El Código Procesal Constitucional (Ley 28237) reestructura toda esta temática jurídica y explicita

que los procesos de amparo son las vías para la protección del derecho al medio ambiente, sin desmedro –añadimos– que se puedan utilizar los otros procesos constitucionales, conforme a su naturaleza en una perspectiva ambiental.

La jurisprudencia constitucional ambiental aún no adquiere un desarrollo consistente, habiéndose identificado contradicciones o diferentes tratamientos ante la colisión de derechos fundamentales como el del medio ambiente con otros derechos, al establecer la preeminencia de uno de ellos y fijar el criterio de ponderación²⁷.

El siguiente cuadro permite apreciar los esfuerzos interpretativos de esta sede, que no podemos comentar de manera sistemática en el presente estudio panorámico.

DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EQUILIBRADO ²⁸	
Sub Tema	Sumilla
Desarrollo sostenible o sustentable ²⁹	El principio de desarrollo sostenible o sustentable constituye una pauta basilar para que la gestión humana sea capaz de generar una mayor calidad y mejores condiciones de vida en beneficio de la población actual, pero manteniendo la potencialidad del ambiente para satisfacer las necesidades y las aspiraciones de vida de las generaciones futuras (Fundamento jurídico 31).
Contenido esencial ³⁰	Se señala que el contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por el derecho a gozar de ese medio ambiente y el derecho a que ese medio ambiente se preserve (Fundamento jurídico 17).

²⁶ Sobre la jurisdicción supranacional en términos ambientales: C. El posible empleo del artículo 11 del Protocolo de San Salvador. “En varios casos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha empleado el Protocolo de San Salvador como norma de interpretación de las obligaciones que surgen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) el artículo 11 del Protocolo de San Salvador consagra escuetamente el derecho a un medio ambiente sano, de modo que, aunque no sea directamente invocable como derecho justiciable, podría traérselo a colación en las circunstancias adecuadas, como norma de interpretación del alcance de las obligaciones que emanan de otros derechos consagrados por la Convención Americana. De hecho, esto ya ha sucedido en el caso *Yakye Axa*”. Según: Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Guía de defensa ambiental. Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente. 2008. pp. 90 y siguientes.

²⁷ TORRES PORTILLA, Rocío del Pilar. “La protección del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Tesis Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Federico Villarreal. Lima, Agosto del 2008.

²⁸ Fuente: Gaceta del Tribunal Constitucional.

²⁹ Resolución 2002-2006-CC/TC. Publicación: 27/06/2006. Caso Pablo Miguel Fabián Martínez y otros.

³⁰ Resolución 0048-2004-PI/TC. Publicación: 01/04/2005. Caso de la Ley 28258, Ley de Regalía Minera.

Sub Tema	Sumilla
Exigibilidad ³¹	El Tribunal Constitucional señala que, si bien es cierto que el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un ambiente sano, estos sí pueden exigir que el Estado adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible, añadiendo que esta labor es especialmente importante para el goce de dicho derecho (Fundamento jurídico 2.c).
Naturaleza ³²	Se ha afirmado la naturaleza reaccional y prestacional del derecho a un ambiente equilibrado. Con relación al primer aspecto, se entiende que el derecho a un ambiente equilibrado exige que el Estado se abstenga de realizar actividades de degradación que afecten el ambiente. Por su parte, el aspecto prestacional exige que el Estado implemente políticas de prevención y de conservación del ambiente (Fundamento jurídico 2.c).
Derechos económicos, sociales y culturales (DESC) - Normas programáticas ³³	Se ha señalado que los DESC no son meras normas programáticas o de aplicación mediata, sino que su satisfacción, en mínimos niveles, es presupuesto necesario para el pleno y efectivo goce de los derechos civiles y políticos o de aplicación inmediata (Fundamento jurídico 10).
Política nacional ambiental ³⁴	A través de esta política, el Estado concreta su obligación de desempeñar programas que impliquen actividades que tiendan a preservar y conservar el ambiente, y así poder asegurar el desarrollo integral de las futuras generaciones de peruanos (Fundamento jurídico 2.f).
Política nacional ambiental ³⁵	Se delimitan las obligaciones del Estado que se derivan de la política nacional del ambiente (Fundamentos jurídicos 31-33).
Principio precautorio y Principio de prevención ³⁶	El “principio precautorio” o también llamado “de precaución” o “de cautela” se encuentra estrechamente ligado al denominado principio de prevención. Éste exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el deterioro al medio ambiente. Aquél opera más bien ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Es justamente en esos casos en que el principio de precaución puede justificar una acción para prevenir el daño, tomando medidas antes de tener pruebas de éste (Fundamento jurídico 4).

³¹ Resolución 3510-2003-AA/TC. Publicación: 30/06/2005. Caso Julio César Huayllasco Montalvo.

³² Ibidem.

³³ Resolución 2016-2004-AA/TC. Publicación: 08/04/2005. Caso José Luis Correa Condor.

³⁴ Resolución 3510-2003-AA/TC. Ibid.

³⁵ Resolución 0048-2004-PI/TC. Ibid.

³⁶ Resolución 3510-2003-AA/TC. Ibid.

Sub Tema	Sumilla
Recursos naturales ³⁷	• Los recursos naturales pueden ser definidos como el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular, y las biológicas, en general. • Tales recursos en ningún caso quedan excluidos del dominio soberano del Estado, por lo que resulta constitucionalmente vedado el ejercicio de propiedad privada sobre ellos, sin perjuicio de lo cual, conforme refiere el artículo 66 de la Constitución, cabe conceder su uso y explotación a entidades privadas, bajo las condiciones generales fijadas por ley orgánica (además de las regulaciones específicas previstas en leyes especiales), y teniendo en cuenta que, en ningún caso, dicho aprovechamiento sostenible puede quedar librado de la búsqueda del bienestar general, como núcleo instrumental y finalista derivado no sólo de su condición de patrimonio nacional, sino de principios fundamentales informantes de todo el compendio constitucional formal y sustantivo (Fundamentos jurídicos 5-7).
Recursos naturales ³⁸	El espectro radioeléctrico o electromagnético es un recurso natural por medio del cual pueden propagarse las ondas radioeléctricas sin guía artificial. De conformidad con el artículo 66 de la Constitución, forma parte del patrimonio de la Nación, y el Estado es soberano en su aprovechamiento, correspondiéndole a éste su gestión, planificación, administración y control, con arreglo a la Constitución, la ley y los principios generales (Fundamento jurídico 4).
Recursos naturales ³⁹	Se delimita el alcance de la disposición constitucional que le reconoce protección a los recursos naturales, sabiendo que éstos pueden definirse como el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular, y las biológicas, en general. Representan aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre (Fundamentos jurídicos 28 y 29).
Relación con la producción económica ⁴⁰	Se enuncian los principios que vinculan la relación entre la producción económica y el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la persona (Fundamento jurídico 18).

³⁷ Resolución 00003-2006-AI/TC. Publicación: 19/09/2006. Caso Franja Electoral.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Resolución 0048-2004-PI/TC. Ibid.

⁴⁰ Ibidem.

Sub Tema	Sumilla
Relación con la producción económica ⁴¹	Se ha considerado que esta relación se guía por siete principios. En cuanto al vínculo existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, se materializa en función a los principios siguientes: a) el principio de desarrollo sostenible o sustentable (que merecerá luego un análisis); b) el principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; c) el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia; d) el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados; e) el principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano; f) el principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente; y, g) el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables.
Responsabilidad social ⁴²	Se precisa que la responsabilidad social implica la generación de actitudes y comportamientos de los agentes económicos y el establecimiento de políticas de promoción y el desarrollo de actividades que, en función del aprovechamiento o uso de los bienes ambientales, procuren el bien común y el bienestar general (Fundamentos jurídicos 22-26).

En síntesis, se aprecia un esfuerzo por incorporar la dimensión ambiental en la jurisprudencia constitucional; sin embargo, se advierten imprecisiones conceptuales o insuficiente profundización; por ejemplo, al referirse al principio precautorio o la responsabilidad social.

5. CONSIDERACIONES ADMINISTRATIVAS AMBIENTALES

A. Aspectos generales

La relación del Derecho Administrativo con las preocupaciones ambientales representa una de las temáticas más antiguas –y paradójicamente más actuales– en la disciplina del Derecho

Ambiental, habiendo tenido sus principales expresiones inicialmente en la normativa sanitaria, la regulación del aprovechamiento de los recursos naturales desde una óptica sectorial y economicista, así como en las autorizaciones y licencias respecto a determinadas actividades. En ese contexto, posteriormente se irá generando una discusión y aproximación normativa relacionada con el daño ambiental desde esta perspectiva administrativa y de cómo identificar y regular la consecuente responsabilidad.

Actualmente, uno de los temas centrales del Derecho Administrativo Ambiental está referido a los nuevos escenarios de actuación o títulos de intervención de la administración pública, así

Pierre Foy Valencia

⁴¹ Resolución 3510-2003-AA/TC. Ibid.
⁴² Resolución 0048-2004-PI/TC. Ibid.

como los alcances del poder sancionador (el proceso sancionador administrativo ambiental); en relación con lo primero, es interesante la aproximación de Vicente Giménez (2000), que podríamos graficar de la siguiente manera:

Instrumentos jurídicos administrativos tradicionales al servicio de la preservación del entorno	Renovación del instrumental administrativo por exigencia de las peculiaridades del bien jurídico objeto de protección ⁴³
1. Actividad de policía ambiental: autorizaciones y licencias ambientales generales y sectoriales; fijación de umbrales y franjas de contaminación tolerables. 2. Zonificación y planificación ambiental. 3. Institución del dominio público y la protección ambiental: la utilización de los bienes demaniales: por lo general recursos naturales con evidente implicancia ecológica. 4. Disfunciones territoriales en la planificación de las autonomías (en particular los espacios litorales para el caso de España).	1. Técnicas obligatorias: • La evaluación de impacto ambiental. • La responsabilidad por daños ambientales. 2. Técnicas voluntarias: sistemas de gestión, auditorías y etiquetado ecológico.

En buena cuenta, hoy en día se desarrollan diversas técnicas jurídicas de protección ambiental, es decir, instrumentos de intervención administrativo- ambiental. Ya sea mediante técnicas de intervención pública (es el caso de las ordenaciones ambientales nacionales, regionales o locales), de fomento (que sin ser imperativas buscan alcanzar ciertos fines ambientales), medidas represivas (en el caso del Derecho Administrativo Sancionador) o medidas económicas y complementarias (por ejemplo, Reglamento de Protección Ambiental de las Actividades Industriales Manufacturera, Decreto Supremo 019-97-ITINCI)⁴⁴.

En nuestros países (América Latina y el Caribe), la aplicación de la legislación ambiental depende en buena medida de los organismos administrativos creados por los propios sistemas –o diríamos

subsistemas– jurídicos para la protección ambiental o conexos (por ejemplo: Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento, Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería), puesto que sobre éstos recae la tarea de implementar un número importante de mandatos ambientales. Desde esa óptica, se dota a los organismos de atribuciones normativas y ejecutivas, entre las que se incluyen la potestad de normar y aplicar sanciones administrativas cuando se contravienen las disposiciones de la legislación ambiental, léase el *jus punendi* de la Administración⁴⁵.

B. Potestad sancionadora administrativa ambiental

Surge como una temática relevante en el marco de discusión doctrinal y normativa sobre la

⁴³ Podrían incluirse nuevos aspectos como el de la intervención integral de la administración ambiental; ver: MATIES GARCÍA, Joan. "Mejores técnicas disponibles, MTD". Derecho medioambiental de la empresa y de las corporaciones locales. Barcelona: Atelier. 1999.
⁴⁴ ALONSO GARCIA, Consuelo y José Antonio MORENO MOLINA. "Técnicas de protección ambiental: Instrumentos de intervención administrativa". En: AA. VV. Lecciones de Derecho del Medio Ambiente. Valladolid: Editorial Lex Nova. 2002.
⁴⁵ BRAÑES. Op. Cit. p. 8.

naturaleza del denominado *jus punendi* del Estado y sus expresiones más específicas en los ámbitos penal y administrativo. La identidad entre los ordenamientos mencionados, es decir el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador, hoy en día se sustenta en ser constitucional no obstante no encontrarse expresamente especificada esta potestad administrativa; sin embargo, se colige de determinados fundamentos constitucionales⁴⁶:

- Por considerar que se trata de un reconocimiento indirecto o implícito como corolario de las competencias de la Administración Pública (fundamento de índole práctico).
- Por considerar que existe un *jus puniendi* Genérico del Estado que deriva en ambas disciplinas sancionadoras. Desde el Derecho Comparado, podríamos referir que la Sentencia 18/1981 del Tribunal Constitucional Español "(...) los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo Sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado (...) hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales"⁴⁷.

En este contexto se inscriben los principios que guían dicha potestad sancionadora del Estado, desarrollados de manera exhaustiva por la doctrina contemporánea y habiéndose plasmado de *iure* en nuestro ordenamiento legal en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, artículo 230⁴⁸. 1) legalidad; 2) debido procedimiento; 3) razonabilidad; 4) tipicidad; 5) irretroactividad; 6) concurso de infracciones; 7) continuación de infracciones; 8) causalidad; 9) presunción de licitud; 10) *non bis in idem*.

Con anterioridad a la Ley 27444, Jorge Danós extraía del ordenamiento administrativo y penal ordinario algunos principios que resultaban aplicables a todas las manifestaciones de la

potestad sancionadora de la administración pública: Principio de Legalidad o de reserva de Ley, Principio de Retroactividad de la norma penal más favorable, derecho da la presunción de inocencia y el principio de *non bis in idem* o la prohibición de la duplicidad de sanciones administrativas y penales.

Desde la perspectiva del Derecho Administrativo Ambiental, se suelen considerar –sin ser excluyentes– como los principios rectores del derecho administrativo y su aplicación para la protección ambiental⁴⁹:

- Principio de legalidad y de tipicidad.
- Principio *non bis in idem*, como articulación entre la represión administrativa y la represión penal de los ilícitos ambientales.
- Principio de culpabilidad y su modulación en el ámbito sancionador administrativo: la responsabilidad solidaria y la responsabilidad de las personas jurídicas.

Acaso el **principio del *non bis in idem***, orientado a evitar la duplicidad de sanciones –uno de los más distintivos en relación con dicha potestad sancionadora– pueda ofrecer dificultades en cuanto a su aplicación desde una perspectiva ambiental, máxime considerando la proliferación de entidades a las que les asigna competencias ambientales en nuestro ordenamiento legal. En efecto, no siempre resulta evidente diferenciar la concurrencia de la identidad del sujeto, del hecho y de los fundamentos jurídicos que sustentan la imposición de la sanción. En su oportunidad, ello tendrá que ser discernido por la propia jurisprudencia nacional⁵⁰.

En cuanto al sistema jurídico ambiental peruano en relación con acciones legales de Derecho Administrativo Ambiental, cabría considerar que el tema de la legitimación del accionante fue originalmente previsto en el artículo III del Título Preliminar del CMARN. Si bien se admitía que cualquier persona tenía el derecho para formular denuncias ante infracciones administrativas de carácter ambiental, era discutible que quien

⁴⁶ PEDRESCHI, Willy. "Análisis sobre la potestad sancionadora de la administración pública y el procedimiento administrativo sancionador en el marco de la Ley N° 2744, Ley del Procedimiento Administrativo General". En: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444. Segunda Parte. Lima: ARA Editores. 2003. pp. 504-510.

⁴⁷ PEDRESCHI. Ibid. p. 508.

⁴⁸ En el estudio de PEDRESCHI se analizan estos principios. PEDRESCHI. Ibid. pp. 523, 541.

⁴⁹ LOZANO, Blanca. "Notas acerca de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública". En: Ius et Veritas No. 10. p. 149.

⁵⁰ Ver: VELA GUERRERO, Anderson. "El *non bis in idem* y el derecho sancionador peruano: su aplicación a partir de la Ley del Procedimiento Administrativo General". En Revista Jurídica del Perú. Octubre del 2002. pp. 177-189.

accionara por intereses colectivos pudiera adquirir la condición de parte en el respectivo procedimiento. Esta discusión doctrinaria que se da –por ejemplo– en España (ver; por ejemplo, Manuel Rebollo Puig *versus* Edorta Cobrerros Mendazona), en el Perú hacia el año 2000 no se había precisado normativamente y poco o nada debatido en la doctrina nacional⁵¹.

El capítulo 10 del CMARN previó un sistema de sanciones administrativas acumulativas (artículo 114). La mencionada Ley 27444, al regular los principios de la potestad sancionadora, incorpora en su artículo 230, inciso 10, el principio *non bis in idem*; es decir, no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Esto es reiterado tanto por el artículo 21 de Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Ley 28245 (2004), como de la propia LGA, en su artículo 141.

El capítulo 2 sobre el régimen de responsabilidad por el daño ambiental desarrolla interesantes alcances acerca de este *jus puniendi* en sede administrativa⁵² y que, por razones de espacio, nos permitimos destacar en dos aspectos.

- a. El registro de buenas practicas y de infractores ambientales (artículo 139)⁵³

Desde una perspectiva doctrinal, éste nos permite formular algunas reflexiones. En efecto, la cultura represiva que sustenta muchas de nuestras prácticas institucionales públicas y privadas no es ajena a temas actuales como, por ejemplo, la discusión sobre la creación del Ministerio del Ambiente. La seguridad jurídica e institucional ambiental supone un clima de confianza en el sentido en que los operadores o agentes de la producción y los ciudadanos –que también son

parte de la producción– cuenten con mecanismos racionales para solucionar sus diferencias; así como también para ser proactivo al promocionar alternativas de trabajo, de mejoramiento de la calidad de vida para las localidades y regiones y, en general, del país como nación, garantizando la sostenibilidad del capital natural, a fin de gozar de la renta que genera. La cultura represivista a la que hemos aludido suele conducirnos a considerar la sanción sólo como castigo.

Se trata de la dimensión negativa y tradicional de la sanción. Sin embargo, su expresión positiva (Norberto Bobbio) se asocia al reconocimiento, estímulo, premialidad; es decir, la “reacción de los sistemas de control” –léase ambientales– no tiene que basarse exclusiva ni sesgadamente en el castigo. La reacción o sanción positiva puede ser advertida en diversos mecanismos contemplados por la LGA, tales como la asignación de puntajes a quienes implementen prácticas ambientales y de responsabilidad socio ambiental –más allá de lo que la normativa ambiental disponga–; cuenten con récords ambientales y se encuentren inscritos en los respectivos registros. Las alianzas corporativas o gremiales, además de los consumidores (aunque esto sea por ahora un tanto lejano dada la gran legión de infraconsumidores), junto con las entidades públicas (nacionales, regionales, locales), pueden estimular y promover, mediante reglas de adquisición, contratación –por ejemplo proveedores, transportistas– y otras, que se cumplan determinados cánones más allá de los mínimos legales. La convivencia entre las leyes de mercado y las leyes ambientales estaría así garantizada.

En ese sentido, las perspectivas de una adecuada instrumentalización de este registro habrán de contribuir a una cultura administrativa ambiental en signo positivo.

⁵¹ Ver: DANOS ORDÓÑEZ, Jorge. “Responsabilidad Administrativa por daño ambiental”. En: “La Responsabilidad por el daño ambiental en el Perú”. Carlos Chirinos (coordinador). Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. 2000.

⁵² Artículos: 135.- Del régimen de sanciones; 136.- De las sanciones y medidas correctivas; 137.- De las medidas cautelares; 138.- De la relación con otros regímenes de responsabilidad; 140.- De la responsabilidad de los profesionales y técnicos; 141.- De la prohibición de la doble sanción.

⁵³ Artículo 139.- Del Registro de Buenas Prácticas y de Infractores Ambientales 139.1 El Consejo Nacional del Ambiente - CONAM, implementa, dentro del Sistema Nacional de Información Ambiental, un Registro de Buenas Prácticas y de Infractores Ambientales, en el cual se registra a toda persona, natural o jurídica, que cumpla con sus compromisos ambientales y promueva buenas prácticas ambientales, así como de aquellos que no hayan cumplido con sus obligaciones ambientales y cuya responsabilidad haya sido determinada por la autoridad competente. 139.2 Se considera Buenas Prácticas Ambientales a quien ejerciendo o habiendo ejercido cualquier actividad económica o de servicio, cumpla con todas las normas ambientales u obligaciones a las que se haya comprometido en sus instrumentos de gestión ambiental. 139.3 Se considera infractor ambiental a quien ejerciendo o habiendo ejercido cualquier actividad económica o de servicio, genera de manera reiterada impactos ambientales por incumplimiento de las normas ambientales o de las obligaciones a que se haya comprometido en sus instrumentos de gestión ambiental. 139.4 Toda entidad pública debe tener en cuenta, para todo efecto, las inscripciones en el Registro de Buenas Prácticas y de Infractores Ambientales. 139.5 Mediante Reglamento, el CONAM determina el procedimiento de inscripción, el trámite especial que corresponde en casos de gravedad del daño ambiental o de reincidencia del agente infractor, así como los causales, requisitos y procedimientos para el levantamiento del registro.

- b. El Régimen común de fiscalización y control ambiental (Régimen de responsabilidad por el daño ambiental)

“Artículo 135.- Del régimen de sanciones

135.1. El incumplimiento de las normas de la presente Ley es sancionado por la autoridad competente en base al Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental. Las autoridades pueden establecer normas complementarias siempre que no se opongan al Régimen Común.
135.2. En el caso de los gobiernos regionales y locales, los regímenes de fiscalización y control ambiental se aprueban de conformidad con lo establecido en sus respectivas leyes orgánicas”.

Una primera consideración es que dicho régimen aún no se ha expedido⁵⁴; por lo que cabe interpretar que en tanto esto no suceda no resultarían invocables las exigencias ni responsabilidades que pudieran derivarse de la LGA. Prácticamente, se colige que este régimen constituiría una condición para la aplicabilidad de la LGA en lo que concierne a responsabilidades y sanciones. Sin embargo, no obstante la aparente contundencia del planteamiento, se trata de una interpretación a ser tomada con mucha cautela, dado que la LGA se viene aplicando de antemano en diversos sectores en el marco de sus regímenes de control y sanción ambiental. En cuanto a los gobiernos regionales y locales, no afectaría esta condicionalidad de la expedición del Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental para que puedan aplicar los mandatos de la LGA.

C. Sobre la fiscalización ambiental

La fiscalización y el control de las obligaciones y derechos ambientales que le conciernen a los titulares de actividades, así como a los organismos que cumplen funciones ambientales, representan uno de los ejes centrales que permiten garantizar una adecuada *performance* ambiental, conjuntamente con los mecanismos de promoción,

fomento o estímulo. En realidad, en los últimos tiempos se ha cuestionado la primacía de los mecanismos de control y mando –como instrumentos de primera generación de la gestión ambiental–, prefiriéndose aquellos propiamente de mercado, mediante los cuales las entidades se orientan por la autorregulación y autocontrol. Se parte del supuesto de que será el mercado y los consumidores quienes eliminarán de la competencia a quienes no asuman determinadas conductas ambientales. Sin embargo, en nuestro medio no estamos aún en condiciones de excluir o preferir unos mecanismos por otros, independientemente de que el discurso aparentemente pueda ser persuasivo. De modo que el rigor fiscalizador debe efectivizarse sin ceder a fórmulas distractivas o engañosas, lo cual no implica dejar de lado otros mecanismos de fomento, estímulo o autocontrol. Desde una perspectiva propiamente jurídica, cabría considerar que la eficacia de las normas ambientales en buena medida descansa en el modo en que ambos enfoques se articulen y se implementen conjuntamente.

De otra parte, el imperativo por “analizar la idoneidad de los controles jurídicos y administrativos, así como de los mecanismos encargados de la aplicación y cumplimiento de la ley (...)”⁵⁵ se advierte en un sinnúmero de recomendaciones y documentos sobre política, institucionalidad y normativa ambiental contemporánea. La normativa ambiental comparada en la región no registra una acepción unívoca acerca de la función fiscalizadora, aunque sí diversas acepciones y enfoques, sobre todo referidos a la vigilancia y control⁵⁶. De tal suerte, se recomienda no “restringir el enfoque de la fiscalización ambiental a los instrumentos de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) y Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA), como limitadamente se suele hacer con cierta frecuencia”⁵⁷.

En el sistema legal peruano, el desarrollo de los instrumentos jurídicos orientados a la función de

⁵⁴ El Proyecto de Decreto Supremo elaborado por el CONAM que contiene la propuesta sobre este régimen se encuentra en la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) desde mediados o fines del año 2006.

⁵⁵ Acción 8.6 de Cuidar la Tierra. Una Estrategia para la Vida (Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza/Programa de las Naciones Unidas para el Ambiente/ World Wildlife Foundation. 1991).

⁵⁶ Por ejemplo, es el caso del Título IV (Fiscalización) de la Ley de Bases del Medio Ambiente de Chile, Ley 19.300 (1994), que implica a los Estudios de Impacto Ambiental (artículo 64) o a las denuncias ante municipios por incumplimiento de normas ambientales, para que éstos las remitan al organismo fiscalizador competente. También la Ley General de Ambiente de la República de Panamá (1998) contempla la fiscalización como uno de los instrumentos de gestión ambiental que incluye el seguimiento de normas de calidad ambiental, labor de la Contraloría; fiscalización de Estudios de Impacto Ambiental; entre otras exigencias.

⁵⁷ Fiscalizar significa criticar y traer a juicio las acciones u obras de alguien. Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo Segunda Edición. Asimismo, quiere decir: criticar, enjuiciar, inspeccionar, revisar, vigilar, cuidar, estar al tanto, seguir de cerca. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio.

control, supervisión y fiscalización de las exigencias ambientales, no ha seguido un tratamiento sistemático e integral; su elaboración fue de manera progresiva, sin una orientación predefinida.

Recordemos que el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (CMARN, Decreto Legislativo 613) del año 1990, significó en buena cuenta el elemento activador del “boom normativo ambiental” de los 90 (conjuntamente con múltiples factores externos); representó más el punto de partida, antes que de llegada, de un largo proceso normativo ambiental en el país⁵⁸. Por consiguiente, muchas de sus instituciones en realidad constituyeron más un modelo para armar que para aplicar propiamente.

En ese contexto, los antecedentes de la fiscalización ambiental se remontan a los tímidos alcances del CMARN por contar con un esquema relativamente autónomo que dependiera de la Contraloría General de la República con el objeto que los sectores del Poder Ejecutivo no tuvieran ingerencia ni decisión sobre los funcionarios que cumplieran acciones de defensa del medio ambiente y los recursos naturales. En realidad, la acción fiscalizadora –al menos bajo dicha acepción– no figuraba en el CMARN. Por el contrario, este Código incidía en funciones de investigación, control, vigilancia, entre otras, llevadas a cabo por la Autoridad Ambiental, la cual –a raíz de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo 757 de 1991– debía entenderse en el Perú como el sector, gobierno local o regional, según sea el caso específico, en

un marco de reducción de las restricciones administrativas para promover las inversiones privadas⁵⁹.

Con esta diseminación o atomización de la Autoridad Ambiental, se contaría con alrededor de 2000 autoridades ambientales, considerando el número de gobiernos locales provinciales y distritales, más el nacional con sus sectores, organismos descentralizados y autónomos, además de los nacientes gobiernos regionales. Un ejemplo de estas competencias dispersas, se desprende en el caso específico de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) y los Límites Máximos Permisibles (LMP)⁶⁰ que, conforme al mencionado Decreto Legislativo 757, serán regulados por las respectivas autoridades ambientales.

La idea de fiscalización⁶¹ ambiental en nuestro sistema legal surge propiamente en el marco de las normas minero energéticas⁶², que a su vez se inscribieron como parte del proceso político económico de promoción a las inversiones⁶³. Así, la Ley de Fiscalización a través de terceros –Ley 25763 de 1992– y su Reglamento –Decreto Supremo 012-93-EM–⁶⁴ en su momento prescribieron que el cumplimiento de las normas y disposiciones legales, entre las que se incluían las de conservación del medio ambiente, relacionadas con las actividades mineras, de electricidad e hidrocarburos, eran pasibles de ser fiscalizadas por el Ministerio de Energía y Minas, mediante empresas de Auditoría e Inspectoría. En el marco de este modelo o concepción fiscalizadora se expidió el Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica

⁵⁸ FOY VALENCIA, Pierre. “En Busca del Derecho Ambiental II”. Op. Cit.

⁵⁹ Con la derogatoria del capítulo XXII del CMARN (Del Sistema Nacional del Ambiente) por el Decreto Legislativo 757, se determinará que no habrá una autoridad o sistema nacional ambiental sino que todas las entidades públicas nacionales, regionales y locales serán autoridad en los temas de su competencia, fijándose determinadas reglas para el deslinde de competencias cuando dos o más tuvieran que ver respecto alguna actividad económica (principio de ventanilla única). A results de éste mandato, todos los sectores empezarán a regular los temas ambientales de su competencia y en consecuencia lo relativa al control y fiscalización ambiental.

⁶⁰ Posteriormente, se advertirán tendencias hacia una integración normativa de estos instrumentos de gestión ambiental.

⁶¹ Según una versión del Glosario de Términos Ambientales del Consejo Nacional del Ambiente (1998), se entiende por Fiscalización: conjunto de acciones dispuestas por los organismos del Estado que, en uso de sus facultades legales, buscan que se cumpla la normativa y las condiciones ambientales en la fase de ejecución de un proyecto en particular.

⁶² El CMARN no aludió expresamente a la función de fiscalizar, la cual tal vez se pueda considerar en un sentido lato integrada o articulada en la función de vigilancia y control, a la cual sí se refiere en sus diversos dispositivos, implicando acepciones diferenciadas.

⁶³ Sin embargo, hay que diferenciar entre lo que significa una concepción de desarrollo sostenible que integra adecuadamente el rol de las inversiones, respecto de otras concepciones relacionadas con el dispendio o concesión incondicional de los recursos naturales en desmedro del desarrollo endógeno, camufladas mediante lecturas instrumentalizadas de los procesos de globalización y competitividad, al servicio de la corrupción. Ver: VON DROSTE, Bernd y Peter DOGSE. “El Desarrollo Sostenible: el Papel de la Inversión”. En: GOODLAND, Robert y otros. “Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Más Allá del Informe Bruntland”. Madrid: Editorial Trotta. 1997.

⁶⁴ Hoy ya no rige la Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras, Ley 27474 (2001) ni su Reglamento, el Decreto Supremo 049-2001-EM, en virtud de la Ley 28964 que ha creado el organismo supervisor en energía y minas (OSINERGMIN). De otra parte, tampoco se cuenta con el Reglamento de Fiscalización de las Actividades Energéticas por Terceros. Decreto Supremo 005-97-EM que reglamenta parte de la Ley del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Ley 27699 del 2002). Los exámenes que practiquen fiscalizadoras a subsectores comprenden la verificación del cumplimiento de obligaciones de titulares de las empresas: a) Electricidad: normas de protección del ambiente; b) Hidrocarburos: disposiciones sobre seguridad y protección del ambiente.

(Decreto Supremo 016-93-EM y Decreto Supremo 059-93-EM y demás modificatorias), que contendría normas para la Inspección vía Auditorías Ambientales a los centros productivos mineros en caso de denuncias (artículo 44) y sus respectivos mecanismos infraccionarios y de sanciones (artículo 47 y siguientes). Posteriormente, se desarrolló una prolífica normativa técnica referida a la fiscalización, inclusive en los otros subsectores⁶⁵.

En buena cuenta, uno de los aspectos ambientales más sensibles en sede administrativa y procedimental está referido a la Fiscalización, acepción no pacífica ni unívoca en nuestra legislación⁶⁶.

La LGA aborda en el primer capítulo de su Título IV lo referido a Fiscalización y Control⁶⁷, que específicamente refiere:

“Artículo 130.- De la fiscalización y sanción ambiental

130.1 La fiscalización ambiental comprende las acciones de vigilancia, control, seguimiento, verificación y otras similares, que realiza la Autoridad Ambiental Nacional y las demás autoridades competentes a fin de asegurar el cumplimiento de las normas y obligaciones establecidas en la presente Ley, así como en sus normas complementarias y reglamentarias. La Autoridad competente puede solicitar información, documentación u otra similar para asegurar el cumplimiento de las normas ambientales.

130.2 Toda persona, natural o jurídica, está sometida a las acciones de fiscalización que determine la Autoridad Ambiental Nacional y las demás autoridades competentes. Las sanciones administrativas que correspondan, se aplican de acuerdo con lo establecido en la presente Ley.

130.3 El Estado promueve la participación ciudadana en las acciones de fiscalización ambiental”.

En la medida que el artículo 131 alude a un régimen de fiscalización y control ambiental, a partir de dicha regulación –aún pendiente– se deberán uniformizar criterios y diseminar las respectivas adecuaciones sectoriales, zanjando el confusiónismo terminológico e indiferenciado que suelen proferirse en las normas sobre la materia, tales como supervisión, control, fiscalización entre otros.

El gran debate es acerca de cuál modelo organizacional es el más adecuado para la fiscalización ambiental: un modelo que concentre las competencias ambientales sectoriales o que las coordine aunque reservándose para la Autoridad Ambiental algunas áreas o aspectos según determinados criterios de relevancia o impacto y teniendo como marco los procesos de descentralización regional o local.

En particular, respecto el artículo 134, no obstante las bondades de su texto, debemos advertir acerca de los riesgos de su uso desnaturalizado. Se requiere, pues, una celosa y transparente regulación a fin de garantizar e impedir que un participacionismo *in extremis* pudiera fraguar muestras, estudios o –peor aún– se obtengan a pedido (*delivery*) resultados supuestamente objetivos, según la conveniencia de intereses ajenos a la protección ambiental en sí.

Por último, en los debates sobre el Ministerio del Ambiente se ha postulado la creación de una Oficina de Supervisión y Fiscalización Ambiental con funciones poco claras o definidas y muy limitantes, lo cual revela lo sensible del tema en un contexto de diversas percepciones de sectores, instituciones e intereses, difícil de concertar, en medio de múltiples suspicacias y desconfianzas y agendas coyunturales que no permiten serenamente una propuesta concertada imbuida de una política ambiental de estado consistente.

⁶⁵ Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos (Decreto Supremo 046-96-EM y Decreto Supremo 09-95-EM, y el Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Electricidad (Decreto Supremo 029-94-EM).

⁶⁶ “Acerca de la Fiscalización de la Legislación Ambiental”. En: El Medio Ambiente en el Perú, 2002. Cuanto. Lima: 2003. pp. 231-262.

⁶⁷ Artículos: 130.- De la fiscalización y sanción ambiental; 131.- Del régimen de fiscalización y control ambiental; 132.- De las inspecciones; 133.- De la vigilancia y monitoreo ambiental; 134.- De la vigilancia ciudadana.

UNA MIRADA A LOS CAMINOS VERDES DE LA TRIBUTACIÓN: LOS “ECOTRIBUTOS”

Gustavo Lazo Saponara*
Giorgio Massari Figari**

Los ecotributos han resultado ser un arma eficaz utilizada por los países desarrollados para mermar, en la medida de lo posible, el grado de contaminación en sus territorios.

En esa misma línea, los primeros bocetos de esta corriente han llegado al Perú, arrastrando a su vez un debate en torno a su naturaleza tributaria.

En el presente artículo, los autores nos invitan a superar el concepto de tributación como herramienta exclusiva de recaudación, para poder lograr que las empresas contaminadoras asuman sus externalidades negativas a través de esta figura.

* Socio del Área Tributaria del Estudio Olaechea. Abogado y Contador por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Asociado del Área Tributaria del Estudio Olaechea. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex-miembro de la Asociación Civil THEMIS.

La preocupación por el medio ambiente viene adquiriendo cada vez mayor relevancia tanto en los países desarrollados como en los emergentes. En Europa, donde los "Partidos Verdes" han ganado relevancia, incluso formando parte de las coaliciones de gobierno, y en los Estados Unidos, donde resulta fundamental tener una "plataforma verde" en el plan de gobierno, la protección del medio ambiente es un tema de álgida discusión considerado necesario para el desarrollo sostenible de la economía mundial.

Dentro de esta coyuntura, el Perú no se ha visto tan relegado. La creación de un Ministerio del Ambiente es un obvio avance en el camino de la protección del medio ambiente en nuestro país. Asimismo, uno de los temas de la V Cumbre América Latina, el Caribe y la Unión Europea, realizada en Lima en mayo de este año, fue el cambio climático. Esto demuestra no sólo lo importante que se está volviendo el tema del medio ambiente en el Perú, sino en el resto de Latinoamérica.

En paralelo con esta escalada climática, el Derecho del medio ambiente o Derecho Ambiental ha tenido un singular desarrollo en nuestro país, siendo ahora un curso solicitado en las principales facultades de Derecho, y que cuenta con reconocidos abogados dedicados exclusivamente a su ejercicio.

Sin embargo, este desarrollo jurídico del medio ambiente en nuestro país aún no ha llegado de manera concreta al Derecho Tributario. Aunque parezca increíble, el Derecho Tributario puede llegar a tener una importante incidencia en lo que a la protección del medioambiente respecta. Siguiendo esta línea de pensamiento, el presente artículo pretende dar una mirada al camino verde de la tributación (que no es necesariamente el de los dólares), y examinar lo que se conoce popularmente como "ecotributos".

I. POLÍTICAS DE CONTROL AMBIENTAL

La contaminación del medio ambiente, en cualquiera de sus formas, como resultado de las actividades económicas de los seres humanos, ya sea por la producción o el consumo, es una externalidad negativa. En otras palabras, el resultado de estas actividades económicas produce

efectos dañinos en el medio ambiente que, a falta de reglas claras de propiedad, requieren de la intervención de entes gubernamentales para poder llegar a un óptimo social¹. Como consecuencia, se presentan una serie de alternativas para poder llegar a una situación útil para el fin de proteger el medio ambiente. Sin querer ser exhaustivos al analizarlas, elaboraremos a continuación un breve resumen de las mismas.

En primer lugar, y si es que los derechos de propiedad están correctamente asignados, podemos tener una negociación entre las partes involucradas que se ven afectadas por la contaminación. En tal sentido, si el que sufre de la contaminación tiene los derechos de propiedad, el que contamina le ofrecerá a éste una compensación por el daño causado. En caso contrario, si el que contamina detenta los derechos de propiedad, el que sufre la contaminación le tendrá que ofrecer un incentivo económico para que reduzca los niveles de contaminación a una situación aceptable. Sin embargo, la posibilidad de que ello ocurra es remota y la aplicación del teorema de Coase en este caso se ve imposibilitada por los altos costos de transacción, incluyendo los costos legales de llegar a una solución a través de una negociación.

Siendo tal la situación, tenemos que recurrir a la intervención de entes gubernamentales para poder llevar la contaminación a niveles óptimos que permitan una relación de armonía entre los contaminadores y los que se ven afectados por la contaminación. Uno de los primeros mecanismos que puede ser utilizado es el de regular los niveles permitidos de contaminación; ello implica la creación de un ente regulador que se encargue de monitorear los niveles de contaminación y que penalice aquellos que no cumplan con adecuarse a los niveles permitidos. Otra de las políticas que puede ser utilizada es la de los mercados de permisos de contaminación, mediante los cuales el ente regulador impone un límite de contaminación para una determinada área y asigna límites individuales a los entes contaminantes que se localizan en aquélla, para que luego éstos los intercambien de acuerdo a sus necesidades. Adicionalmente, como forma de control ambiental, pueden suscribirse acuerdos entre los agentes económicos y el Estado para proteger el medio ambiente y reducir la contaminación.

¹ Ver: COASE, Ronald Harry. "The Problem of Social Cost". En: Journal of Law and Economics 3. 1960. pp. 1-44.

Finalmente, quedan los ecotributos, ya sea en la forma de tributos o de incentivos tributarios. A estos nos avocaremos a continuación.

II. ¿QUÉ SON LOS ECOTRIBUTOS?

Pigou² fue quien propuso la idea de utilizar tributos que graven la descarga de agentes contaminantes al medio ambiente como una manera de controlar los niveles de contaminación generados por agentes económicos. El principio de este tipo de tributos es que los agentes económicos asuman el costo de contaminar como parte de su proceso de toma de decisiones. Al afrontar un costo mayor si realizan actividades contaminantes, por verse gravadas con un tributo, los agentes económicos van a tener un incentivo para contaminar menos. En pocas palabras, “el que contamina, paga”.

Podemos referirnos entonces a un tributo cuyo hecho imponible es una unidad física (o una aproximación de la misma) que ha demostrado un efecto negativo en el medio ambiente³. Es decir, un pago obligatorio que deben realizar los agentes económicos que emiten sustancias que dañan el medio ambiente, calculado sobre la base del nivel de descargas de las sustancias contaminantes. Ahora bien, hay dos tipos de exacciones posibles que pueden configurarse como ecotributos; una sobre las emisiones a la atmósfera, al agua o al suelo, que están directamente relacionadas con la contaminación real o estimada que se provoque, y otra sobre los productos que se apliquen a las materias primas y productos intermedios tales como los abonos y pesticidas; así como productos de consumo tales como baterías, neumáticos, envases no retornables y embalajes.

Asimismo, José Emilio Villena⁴ plantea que para que un tributo califique, efectivamente, como ecotributo, debe cumplir algunos requisitos, pues no todos los gravámenes que tengan cierta incidencia medioambiental pueden ser calificados como tales. En tal sentido, para calificar como ecotributos, las exacciones aplicables deben consistir de un gravamen cuya base imponible sea

una unidad física (o una aproximación de la misma) que ha demostrado un efecto específico negativo para el medio ambiente; asimismo, deben abarcar actividades relacionadas con la fabricación, extracción y comercialización de bienes que generen situaciones de riesgo para el medio ambiente; deben establecerse sobre actividades cuya demanda no sea muy insensible a las variaciones de precio (en caso contrario, el incremento del precio final, incluyendo el gravamen, no afectaría al agente económico, pues esto sólo incrementaría sus precios finales), y deben perseguir que los agentes económicos cambien su comportamiento con el fin de disminuir el impacto negativo al medio ambiente.

En este sentido, es importante examinar una de las características principales de los llamados ecotributos, la “hipótesis del doble dividendo”. Esta hipótesis sostiene que los ecotributos, en adición a la posibilidad de mejorar la asignación de recursos al cobrar a los contaminadores un precio (el tributo) por el costo de los daños ocasionados, también tienen la capacidad de generar ingresos fiscales para el Estado, como consecuencia de la recaudación obtenida, aunque dicha función no sea la razón de su creación. Este es el doble dividendo de los ecotributos: (i) mejora del medio ambiente, e (ii) incremento de los ingresos fiscales. Aunque esta hipótesis ha sido cuestionada, pues los resultados de la imposición de ecotributos siempre han sido mixtos, es una herramienta que ha sido ampliamente utilizada por académicos y políticos que consideran vital su imposición⁵.

Siguiendo esta línea, un elemento esencial que diferencia a los ecotributos de los tributos tradicionales (impuestos a la renta, al patrimonio, al valor añadido, etcétera) es que estos últimos tienen como función principal la de obtener ingresos para el Estado y procuran, aunque no siempre con mucho éxito, que su interferencia en el mercado sea mínima. Contrariamente, los ecotributos no buscan recaudar ingresos, lo que pretenden es tener un efecto directo en el mercado, que es lograr una disminución de la contaminación. Sobre

Gustavo Lazo Saponara
Giorgio Massari Figari

² Ver: PIGOU, Arthur Cecil. “The Economics of Welfare”. Weidenfeld and Nicolson. Segunda Edición. Londres. 1924.

³ Ver: ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO. “A Statistical Framework on Environmental Taxes in the OECD Member status”. DAFE/CFA/WPZ (97)5. París. 1997; y COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. “Impuestos y gravámenes ambientales en el Mercado Único”. Comunicación de la Comisión. COM (97)9 final. Bruselas. 1997.

⁴ Ver: VILLENA PEÑA, José Emilio (Director). “Análisis Económico de los Ecoimpuestos. Especial referencia a una “ecotasa” turística en Andalucía”. Junta de Andalucía, Consejería de Turismo y Deporte. España. 2001.

⁵ Ver: LIGTHART, Jenny E. “The Macroeconomic Effect of Environmental Taxes: A Closer Look at the Feasibility of “Win-Win” Outcomes”. En: International Monetary Fund, Fiscal Affairs Department. Working Paper. Mayo de 1998.

el particular, la Comisión Europea⁶ establece que el fin de los ecotributos, si es que son eficaces, es el de tener un efecto disuasorio sobre las actividades perjudiciales para el medio ambiente y, por consiguiente, conforme logren sus objetivos, se irá reduciendo el nivel de recaudación de los mismos. El fin último de los ecotributos es la modificación del comportamiento de los agentes económicos y no el incrementar los ingresos fiscales. Es más, al final, los ingresos procedentes de los ecotributos, si logran su objetivo, serán cero. Entonces, el objetivo de los ecotributos no es uno recaudatorio, sino uno "extrafiscal", esto es, el de modificar conductas de los agentes económicos.

En efecto, los impuestos tienen como objeto recaudar recursos que coadyuven al Estado a cumplir sus fines para con la sociedad, pero también pueden cumplir con el rol de ser instrumentos para regular la actividad económica⁷. Este último rol del impuesto es lo que se denomina objetivo extrafiscal o de ordenamiento.

El carácter instrumental de la actividad financiera se manifiesta también en la utilización del tributo como medio idóneo para la consecución de otros fines también amparados en la Constitución, como son los fines sociales, económicos o políticos.

Utilizar distintos impuestos con diversos objetivos de política económica, independientemente de su capacidad recaudatoria, es una práctica de muy larga data. Si bien la función extrafiscal de los tributos no aparece explícitamente en la Constitución, ésta puede derivarse de aquellos preceptos constitucionales en los que se establecen los principios rectores de la política social y económica, ya que los tributos son parte de los instrumentos con los que el Estado cuenta para alcanzar los objetivos allí fijados.

Sobre la "extrafiscalidad", Giuliani Fonrouge considera que:

"(...) tampoco cabe establecer, como elemento característico del tributo, la finalidad exclusiva de proporcionar medios al Estado para atender sus necesidades financieras y menos para cubrir las

cargas públicas, como sostenía la vieja doctrina. Desde luego que el fin principal es allegar fondos, por no el único, porque en algunos impuestos modernos lo esencial es obtener ciertos objetivos extrafiscales, como ocurre con los derechos aduaneros (...), etcétera"⁸.

Asimismo, Valdez Costa señala que, en realidad, todo tributo tiene su finalidad, que podrá ser simplemente la de obtener ingresos —a los cuales corresponde la clasificación de fiscales— o la de provocar determinados efectos en el campo económico o social, ajenos a las necesidades fiscales; por ejemplo, proteger la industria nacional (derechos aduaneros), estimular el ahorro y las inversiones (incentivos), provocar desviaciones de los factores productivos a sectores que consideran más convenientes (sobreimposición a los latifundios y exoneración a las industrias nacionales o nuevas), redistribuir la riqueza (impuestos progresivos a la renta y al capital) o prohibir o limitar de hecho consumos que se consideran inconvenientes (impuestos a las bebidas o al tabaco). La denominación técnicamente más adecuada para este grupo, señala el autor uruguayo, es la de extrafiscales⁹.

Consecuentemente, podemos entender que un tributo tiene fines fiscales cuando su función es recaudar dinero con el objeto de sustentar los gastos públicos que le permitan el Estado cumplir con los fines esenciales para los cuales fue creado (seguridad, educación, salud, etcétera). Es decir, lo que se quiere es recaudar ingresos para las arcas públicas. Por el contrario, un tributo con fines extrafiscales es aquel que no tiene como fin primero el recaudar ingresos, sino más bien servir para que el Estado pueda cumplir otra finalidad no recaudatoria, ya sea esta demográfica, cultural, social, o, como en este caso, ambiental. Típicos casos como éstos se pueden observar en los ecotributos materia de análisis o en los tributos de carácter demográfico.

III. LOS ECOTRIBUTOS Y EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA

En línea con lo anterior, podemos afirmar que las normas tributarias pueden tener como efecto

⁶ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. "Conjugar nuestras necesidades y nuestras responsabilidades: Integración de las cuestiones medioambientales en la política económica". Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo. COM (2000)576 final. Bruselas. 2000.

⁷ TIPKE, Klaus. "La ordenanza tributaria alemana de 1977". En: Revista Española de Derecho Financiero. Número 14. Madrid. 1977.

⁸ GIULIANI FONROUGE, Carlos M. "Derecho financiero". Volumen II. Quinta Edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1993.

⁹ Ver: VALDÉS COSTA, Ramón. "Curso de derecho tributario". Tercera edición. Bogotá: Editorial Temis. 2001. p. 9.

extrafiscal la promoción o el incentivo; por ejemplo, aquellas que establecen exenciones, bonificaciones, créditos, etcétera. En el sentido inverso, también pueden tener como efecto extrafiscal la limitación, desincentivo o sanción de determinadas conductas de los agentes de la economía.

Al respecto, la intervención por medio de los tributos para incentivar o disuadir determinadas conductas en el mercado resulta válida siempre que la política extrafiscal no tutele de modo excesivo a cierto grupos de empresas en desmedro de otras; de lo contrario se induciría a las empresas dañadas en la práctica a salir del mercado por la incidencia impositiva, con lo cual se lesionaría la libertad de iniciativa privada¹⁰.

En atención a ello, para mantener su legitimidad jurídica, el fin extrafiscal de un impuesto no debe vulnerar la norma constitucional de manera alguna. Así, para algunos autores, los impuestos deben respetar los principios de equidad y generalidad¹¹; de legalidad, y, sobre todo, de justicia fiscal¹². Por lo tanto, queda claro que un impuesto extrafiscal debe respetar los principios constitucionalmente consagrados en nuestro ordenamiento jurídico.

En tal virtud, dado que en la actividad económica los agentes pueden generar efectos externos negativos que son asumidos por terceras personas, la tributación surge como una herramienta idónea para reasignar —a título indemnizatorio— el costo de dicha externalidad al agente que la provocó. Ello constituye la base del principio “el que contamina, paga” y del cual una lectura en sentido contrario debiera derivar en el principio de “el que no contamina, no paga”.

En estos casos, el instrumento tributario empleado con fines extrafiscales puede resultar incompatible con la proporcionalidad del gravamen a la capacidad económica del sujeto incidido¹³. En efecto, la finalidad no recaudatoria del impuesto hace que el mismo no sea concebido en atención

a la capacidad de contribuir con fondos destinados al cumplimiento de las obligaciones públicas, sino como medio de incorporar en el costo de producción de los agentes contaminadores los costos sociales que ocasionaron.

Así pues, cuando el tributo pierde o carece de finalidad recaudatoria, pierde también la característica básica que lo configura como tributo, aun cuando configure una exacción coactiva al servicio de fines social o económicamente deseables. Estos tributos, como su propio nombre lo indica, tienen un fin no fiscal. Como vimos, no son, por tanto, establecidos para financiar gastos sino que, más bien, de cumplir correctamente con su finalidad, sus rendimientos tenderán a reducirse.

Como señala el profesor Albiñana García-Quintana, estos tributos “llevan en sí mismos su incapacidad recaudatoria, y el hecho de que adopten la capacidad económica como parámetro para su exacción no debe interpretarse como acatamiento del postulado de la equidad, sino como adopción de módulos comunes para la liquidación de ambas clases de impuestos”¹⁴.

Todo ello explica que una de las críticas más fuertes hacia el uso de tributos extrafiscales sea precisamente su relación con la capacidad económica. Con relación a este punto, el desarrollo efectuado por Perrone del criterio de progresividad y de capacidad económica en los impuestos extrafiscales resulta muy ilustrativo y lo expondremos resumidamente en los párrafos siguientes¹⁵.

Para dicho autor, los criterios de progresividad en los cuales debe basarse el sistema tributario tienen la función de garantizar que la contribución al gasto público guarde proporción con la capacidad contributiva de cada sujeto de derechos. Por tanto, la necesidad de adecuar los sistemas tributarios a los desafíos planteados por los procesos de globalización de la economía no puede justificar una redistribución regresiva de la carga tributaria.

Gustavo Lazo Saponara
Giorgio Massari Figari

¹⁰ MOSCHETTI, Francesco. “El principio de capacidad contributiva”. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. 1990.

¹¹ CASADO OLLERO, Gabriel. “Esquemas conceptuales y dogmáticos del Derecho Tributario: Evolución y estado actual”. En: Estudios de Derecho y Hacienda. Homenaje a César Albiñana García Quintana. Volumen II. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda. 1987. p. 724.

¹² YEBRA MARTUL-ORTEGA, Perfecto. “Los fines extrafiscales del impuesto”. En: Tratado de derecho tributario. Tomo 1. Bogotá: Editorial Temis. 2001. p. 385.

¹³ PEREZ DE AYALA, José Luis. “La economía financiera pública: un enfoque institucional sobre la economía política de la hacienda pública”. España: Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA). 1987.

¹⁴ ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César. “Los impuestos de ordenamiento económico”. En: Hacienda Pública Española. Número 71. 1981. pp. 17-29.

¹⁵ PERRONE CAPANO, Raffaele. “La imposición y el ambiente”. En: “Tratado de derecho tributario”. Tomo I. Bogotá: Editorial Temis. 2001. pp. 421-533.

El problema de la definición jurídica de la progresividad no es diferente al de la delimitación de contenido del principio de capacidad contributiva, del cual la progresividad constituye un elemento de caracterización.

Mientras que desde el punto de vista económico los conceptos de capacidad contributiva y de progresividad pueden abarcar realidades distintas, más precisas son las nociones de capacidad contributiva y de progresividad elaboradas por los juristas, con respecto al conjunto de los principios económico-sociales caracterizadores del ordenamiento jurídico.

Y puesto que la progresividad contribuye a definir la capacidad contributiva de cada uno de manera tal que se respete el vínculo de la igualdad, la delimitación de la eficacia y del alcance jurídico del principio de progresividad es esencial para afrontar en términos concretos el tema de la adecuación del sistema tributario a las transformaciones de la sociedad contemporánea, cuestión de particular importancia para la investigación sobre la posibilidad de introducir en nuestro sistema tributario los tributos ecológicos.

En el ordenamiento vigente, el principio de progresividad es aquel que califica la capacidad contributiva como herramienta para actualizar en la recaudación los deberes de solidaridad y de igualdad; la capacidad contributiva se sitúa, por consiguiente, en relación lógica con la fuerza económica del contribuyente, pero no necesariamente en relación de equivalencia. En consecuencia, son pasibles tanto en manifestaciones de capacidad económica que no expresen capacidad contributiva (en el límite, por ejemplo, del mínimo vital), como en manifestaciones de fuerza económica que, aun siendo de similares dimensiones, determinan, por la diferente (cualidad) procedencia de la fuerza económica gravada por los impuestos y, por tanto, por la diferente capacidad contributiva manifestada, una tasación diferente.

En nuestro ordenamiento, el carácter unitario del Estado, que difiere de los modelos federales en los cuales la tutela del contribuyente en campo fiscal se confía esencialmente al respeto de los criterios de igualdad distributiva, el principio de capacidad contributiva, coordinado con los criterios de progresividad a los cuales debe dirigirse el sistema tributario, explica la propia tarea de orientación y de límite al legislador y, al mismo tiempo, de garantía para el contribuyente.

Los criterios de progresividad deben estar unidos a la capacidad contributiva que expresa cada uno

de los sujetos al deber fiscal, mediante la llamada general para participar en el gasto público (principio de solidaridad).

La progresividad es, por tanto, un elemento caracterizador del ordenamiento tributario, a la que éste debe dirigirse; el objetivo se debe aplicar en el concreto desarrollo de la política de recaudación, por medio de una pluralidad de criterios cuyo marco de referencia está representado por la capacidad contributiva de los destinatarios particulares de los criterios de progresividad. Como consecuencia, la progresividad asume en nuestro ordenamiento un carácter instrumental respecto al objetivo de alcanzar la igualdad de hecho.

Ante la evolución de los modelos de producción y las transformaciones socioeconómicas, se ha planteado el problema de una interpretación evolutiva del principio de capacidad contributiva, con el objeto de individualizar nuevas formas de imposición más consecuentes con la realidad de una sociedad que se caracteriza por una economía internacionalizada.

Cualquier tendencia evolutiva en torno al principio de capacidad contributiva no puede prescindir de revalorar su perfil garantista para que también la legislación tributaria sea informada en el respeto del principio de igualdad y, por tanto, en el papel de límite a la discrecionalidad del legislador.

En consecuencia, también la investigación de nuevos presupuestos impositivos, expresivos de la evolución de la realidad económica, no podrá prescindir de la necesidad de que siempre se respete la relación entre la titularidad de la obligación tributaria y la efectividad de la capacidad contributiva individualizada por el presupuesto.

En la investigación sobre la legitimidad constitucional de una norma tributaria, el problema no reside en valorar si es posible sustituir el equilibrio de intereses realizado por el legislador respecto a los valores constitucionales por otro equilibrio que parezca más conforme con tales valores, ejercicio muy poco productivo si se tiene en cuenta la inevitable flexibilidad tanto de las normas financieras como del principio de racionalidad.

Más bien se trata de reflexionar, mediante la conexión entre las nuevas disposiciones fiscales y los hechos que éstas regulan, sobre los casos en que determinada doctrina fiscal es sustituida por otra nueva, si el nuevo equilibrio de intereses reduce o amplifica en medida irracional las desigualdades entre los contribuyentes. En esta segunda hipótesis, el proceso lógico que debe

conducir a declarar como inconstitucional la norma en examen no sustituirá el equilibrio de intereses cumplido por el legislador por una nueva hipótesis de equilibrio hecha por el juez, sino que comprobará que la norma viola el principio de capacidad contributiva por cuanto la decisión del legislador envuelve un aumento irracional de las desigualdades en el tratamiento tributario, que contrasta con los límites de igualdad ya alcanzados antes y con los vínculos de coherencia a los cuales debe necesariamente dirigirse el sistema tributario.

El papel activo desarrollado por la progresividad dentro del sistema tributario en la calificación del contenido del principio de capacidad contributiva y la naturaleza de garantía sustancial que dicho principio asume en nuestro ordenamiento ponen un doble límite al ejercicio de la función legislativa en el campo tributario.

Un primer límite positivo se refiere a la exigencia de que a paridad de capacidad económica correspondan recaudaciones razonablemente iguales; un segundo límite negativo consiste en la necesidad de que los criterios de progresividad con los cuales el legislador caracteriza en sentido redistributivo el sistema tributario estén fuertemente unidos al respeto sustancial por la igualdad de hecho. Es decir, que sean aplicados a situaciones homogéneas y tengan efectos comparables. Se quiere subrayar que en el uso de los criterios de progresividad el legislador debe poner particular atención al respeto de las condiciones de igualdad; la progresividad es, efectivamente, el instrumento utilizado para caracterizar en sentido redistributivo el sistema fiscal.

Las consideraciones hechas respecto al papel asumido tradicionalmente por la progresividad en la imposición personal y a la relación entre las posibles líneas evolutivas del sistema tributario y la especificación de nuevos criterios de progresividad constituyen las premisas para encuadrar el problema de una caracterización, en sentido ambiental, del sistema tributario mediante la especificación de posibles intervenciones compatibles con los principios constitucionales.

En armonía con ello, Pons establece que:

“De hecho, hoy en día podemos hablar de la ligazón, si se permite la expresión, que van teniendo todos los principios que contiene una Constitución, y nos encontramos frente a disyuntivas de tal magnitud, como pueden ser, por ejemplo, poner en la balanza principios como el de capacidad contributiva, frente a desarrollo nacional o de protección medioambiental”¹⁶.

En efecto, gran parte de la doctrina viene señalando la necesidad de que el respeto al principio de capacidad económica debe ser un límite a la utilización extrafiscal del tributo. Sobre el particular, Gonzalez García¹⁷, afirma lo siguiente:

“1º, el tributo es ante todo y sobre todo un instrumento jurídico, pensado para la cobertura del gasto público, un tributo que no proporcione ingresos podrá ser muchas cosas más o menos bellas y agradables, pero desde luego nunca será un tributo; 2º, si el tributo tiene como fin primordial cubrir los gastos públicos, y esa cobertura ha de hacerse a partir de elementales principios de justicia, es evidente que una tributación justa ha de apoyarse en la capacidad económica de las personas llamadas a satisfacerlos; 3º, puede ser conveniente o deseable utilizar los tributos para cumplir otros fines, también constitucionalmente protegidos, siempre que esa utilización no contradiga o desvirtúe la esencia del tributo”.

En concordancia con ello, Palao Taboada señala que en los tributos medio ambientales, en la medida que un sujeto perjudica el medio ambiente o produce mayores costos sociales como consecuencia de este proceder, indirectamente demuestra una manifestación de capacidad económica susceptible de ser gravada; de manera que si se desea realizar una actividad económica en el medio ambiente, se debe asumir los costos correspondientes; para lo cual no se puede ignorar los principios de igualdad y capacidad económica, aunque éstos no sean los criterios principales en este tipo de gravámenes extrafiscales¹⁸.

Del mismo parecer es Yebra¹⁹, para quien el acierto más notable de la doctrina ha sido poner en relieve la importancia del principio de capacidad contributiva, de justicia fiscal, como límite a la utilización

Gustavo Lazo Saponara
Giorgio Massari Figari

¹⁶ PONS FRANCO, Enrique. “Notas sobre el sistema fiscal español y los beneficios fiscales medioambientales”. En: Temas actuales de Derecho tributario. Barcelona: J.M. Bosch Editor. 2005. p. 316.

¹⁷ GONZALEZ GARCÍA, Eusebio. “Concepto Actual de Tributo: Análisis de Jurisprudencia”. Cuadernos de jurisprudencia tributaria. Primera Edición. Madrid: Editorial Aranzadi. Abril de 1996. p. 21.

¹⁸ PALAO TABOADA, Carlos. “En torno a la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional en materia financiera y tributaria”. En: Civitas, Revista Española de Derecho Financiero 59. 1988. pp. 445-447.

¹⁹ YEBRA MARTUL-ORTEGA, Perfecto. Op. Cit. pp. 340-385.

de un tributo con fines extrafiscales. En ese sentido, si bien podrá objetarse que el definir la capacidad contributiva es tarea ardua, ello no convierte en lícito hacer caso omiso a ésta, requiriéndose un mayor esfuerzo de la doctrina tributarista para delimitarla, y así poner en manos del legislador un instrumento más útil. A partir de ello, plantea los siguientes criterios:

“1, que los impuestos presentan dos caras, la fiscal y la extrafiscal, no siempre fácilmente delimitables; 2, que no es distinta la extrafiscalidad ecológica de las demás o restante extrafiscalidad; por tanto, deben analizarse conjuntamente; 3, que el impuesto aparece como el tributo más apto para desarrollar cualquier fin extrafiscal”.

Finalmente, manifiesta: “(...) sin que nos opongamos a la utilización del impuesto con fines no fiscales, sí creemos que se deben señalar los peligros del impuesto extrafiscal si no se coordina adecuadamente con las demás instituciones tributarias, dentro de la unidad que constituye todo el edificio”.

En definitiva, concordamos con dichos autores, aquellos que reconocen que el largo camino evolutivo recorrido por los Derechos Financiero y Tributario ha permitido desarrollar principios constitucionales que sirven de parámetro o límite al legislador en materia tributaria. Trasgredirlos so cualquier pretexto resulta altamente peligroso pues podría implicar la destrucción del sistema tributario, cuyas instituciones con tanto esfuerzo han costado construir a una sociedad respetuosa del Estado de Derecho.

IV. LOS ECOTRIBUTOS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA Y UN INTENTO DE ECOTRIBUTO EN EL PERÚ: LA CONTRIBUCIÓN REGIONAL PARA LA DEFENSA DE LA VIDA HUMANA Y EL AMBIENTE DEL GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO

Los países europeos han sido los precursores en lo que respecta a la tributación verde, siendo que algunos de estos Estados han implementado ecotributos a nivel estatal, siguiendo los parámetros de la llamada “reforma fiscal verde”. Entre éstos destaca Bélgica, que grava, con tributos que sí tienen auténtico carácter de ecoimpuestos, la fabricación de ciertos bienes cuyo proceso de producción, uso o abandono tenga consecuencias negativas para el medioambiente; entre ellos: los plaguicidas, las pilas, los envases para bebidas, algunos productos desechables como las cuchillas de afeitar, los plásticos, etcétera. En Italia, vía

Impuestos Especiales, se gravan las pilas, las bolsas de plástico y los aceites lubricantes; todo ello con una clara finalidad ambiental. Más avanzado es el caso de Dinamarca, cuyo sistema tributario incluye gravámenes sobre los clorofluorocarbonos (CFCs) y otros gases perjudiciales para la capa de ozono.

Asimismo, Austria aprobó –en 1996– un programa de impuestos energéticos que eleva los gravámenes que recaen sobre el consumo de gas natural y electricidad, y los ingresos generados son destinados a un fondo especial, con la finalidad de poner en marcha programas de ahorro energético. Por otro lado, los nuevos impuestos sobre los combustibles para automóviles son destinados a la creación de infraestructuras para el transporte público.

En el caso de los países nórdicos ocurre algo similar respecto al impuesto sobre los óxidos de nitrógeno (NO_x). En Suecia, los ingresos obtenidos son reembolsados a las empresas en función de su producción energética; de esta forma, las que sean más eficientes recibirán más fondos que lo que tuvieron que pagar por el impuesto. Este gravamen está presidido por el principio de la neutralidad impositiva; es decir, el saldo global de este fondo medioambiental debe ser nulo. Se establece así un incentivo para que las empresas inviertan en nuevas tecnologías ahorradoras de energía ya que, si lo hacen, serán subvencionadas por aquellas otras que son menos eficientes. Otro caso a citar es el de los impuestos que recaen en las emisiones de dióxido de azufre (SO_2) en Suecia, Noruega y Dinamarca, donde los ingresos obtenidos son destinados –parcialmente– a programas de inversión en reducción de este tipo de emisiones. Sin embargo, Suecia tiene previsto un nuevo incremento de las cargas fiscales que recaigan sobre la producción de energía eléctrica en centrales nucleares, con la finalidad de mejorar las posibilidades de creación de empleo. La ventaja principal de este instrumento es la de crear incentivos en las empresas para invertir, buscando ser cada vez más eficiente desde el punto de vista del consumo energético y, como vemos en el caso reciente de Suecia, con otro tipo de finalidad. El inconveniente está –sin embargo– en que no proporciona recursos a la política medioambiental.

Por lo que respecta a la reforma presupuestaria verde, aquella que implica la realización de cambios en la estructura impositiva del país, Suecia ha sido –también– uno de los primeros países europeos en abordarla. A principios de los noventa, introduce ecoimpuestos sobre la energía, las emisiones de dióxido de carbono (CO_2) y de dióxido de azufre (SO_2), y sobre el uso de agua y

la generación de residuos. Por su parte, Dinamarca estableció una nueva regulación sobre el consumo de electricidad, el consumo de agua y los automóviles en 1993; sobre las emisiones de CO₂ y SO₂ en 1995, y nuevos recargos sobre las familias y las empresas industriales en 1998.

En los últimos años, otros países comunitarios están –también– siguiendo esta misma línea de actuación. Así, Holanda estableció, en 1996, una nueva fiscalidad sobre la energía y las emisiones de CO₂; el Reino Unido estableció un impuesto sobre residuos en 1996 y aprobó una nueva carga fiscal sobre la energía en 2001, así como otros recargos en 2002; Finlandia estableció, en 1997, gravámenes sobre las emisiones de CO₂ y la existencia de basureros; Alemania estableció, en 1999, nuevas cargas sobre los combustibles derivados del petróleo y la electricidad, e Italia gravó las emisiones de CO₂.

Por su parte, en el Perú aún no se ha creado un tributo de claro fin ambiental, como los que han sido reseñados en los párrafos anteriores. Sin embargo, el 7 de agosto de 2007, mediante una separata especial del Diario Oficial “El Peruano”, fue publicado el “Proyecto de la Ordenanza que crea la Contribución Regional para la Defensa de la Vida Humana y el Ambiente” por el Gobierno Regional de Callao. La exposición de motivos que acompañó el proyecto señalaba que la razón por la cual se creaba la referida contribución era por los altos niveles de contaminación de plomo, cobre y zinc en el Callao, lo cual es obviamente dañino para los seres humanos.

En síntesis, la contribución gravaba, de acuerdo al artículo 2 del proyecto de ordenanza, los beneficios que se derivaran de obras públicas y/o actividades estatales que el Gobierno Regional del Callao ejecutara a favor, tanto de las personas naturales y jurídicas que ejercen actividades de cualquier naturaleza en el Callao, como del ambiente de dicha región, con el fin de compensar los daños e impactos generados por pasivos ambientales. Los contribuyentes, como establecía el artículo 3, serían las personas naturales y/o jurídicas cuyas actividades económicas afecten la salud de la persona humana en forma individual y/o colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y/o el desarrollo sostenible del Callao; los mismos que se ven subvencionados por los beneficios derivados de las obras públicas y/o actividades estatales que el Gobierno Regional se veía forzado a ejecutar para compensar los daños e impactos que ocasionan. La base imponible de la contribución se determinaría, como

señala el artículo 5 del proyecto, en función de la valorización de las obras públicas y/o actividades estatales que ejecutaría el Gobierno Regional para reparar los daños e impactos que ocasionaran las actividades económicas realizadas.

Asimismo, en el artículo 8, se establecía que las operaciones de exportación de concentrados de minerales de cobre, plomo y/o zinc que se realizarán a través de puertos a los que se accediese haciendo uso y/o aprovechamiento de la infraestructura y bienes ubicados en Callao se encontrarían afectos a la contribución, pudiendo agregarse la exportación de concentrados de otros minerales que generen daños e impactos en la salud y el ambiente en general. En este caso, de acuerdo con el artículo 9, serían contribuyentes las personas naturales y/o jurídicas que realizaran operaciones de exportación de concentrados de minerales de cobre, plomo y/o zinc a través de puertos ubicados en el Callao.

El principal problema con la contribución referida era que, como se encontraba desarrollada, no tenía naturaleza jurídica de contribución, ya que la base imponible de dicho tributo era la valorización o costo total de las obras o actividades que fueran efectuadas por el Gobierno Regional y no en relación al beneficio a favor del contribuyente. En suma, lo que se trataba de crear era un impuesto encubierto bajo la modalidad de una contribución regional, razón por la cual dicha ordenanza, de haber sido publicada y puesta en vigor, habría resultado inconstitucional a la luz del artículo 74 de la Constitución de 1993²⁰.

Sin embargo, más allá del trasfondo legal alrededor de la citada contribución, lo importante es que las autoridades se estén dando cuenta de la necesidad de hacer que las empresas asuman las externalidades negativas que generan, como son el daño al medio ambiente, y que una forma posible de lograr este objetivo es a través de ecotributos.

V. COMENTARIOS FINALES

Si bien en la doctrina internacional no existe un concepto unitario de medio ambiente, la necesidad de protegerlo ha propiciado la proliferación de normas encaminadas a proteger los recursos naturales, entre las que desempeñan un rol fundamental las normas tributarias.

En Europa, hasta fines de los años 80, la legislación tributaria en materia ambiental se caracterizaba por una serie de ecotasas de índole básicamente conmutativa (eliminación de residuos

sólidos, consumo personal, saneamiento de aguas, entre otras), mientras que durante los años 90 proliferaron los ecotributos de índole redistributiva, con objetivos de internalización de los costos de contaminación. Actualmente, en los países desarrollados puede observarse una tendencia a compensar la reducción de los impuestos sobre la renta empresarial con una mayor difusión de la normativa tributaria ambiental.

Sin embargo, en nuestro país aún no se ha avanzado mucho en normas tributarias destinadas a la protección medioambiental, debido a que aún

se emplea la tributación principalmente como herramienta de recaudación.

Urge, pues, la dación de normas impositivas orientadas a cuidar y mejorar el medio ambiente. Para ello, será necesario tener en cuenta que los impuestos ecológicos deben apuntar a respetar el principio de neutralidad y atender a que el ámbito espacial y el temporal de los mismos estén claramente definidos, cuidando de no vulnerar los principios constitucionales que sirven de parámetro al legislador en materia tributaria y de soporte a todo nuestro sistema tributario.

LA CARRETA DELANTE DE LOS BUEYES: EL OLVIDO DE LA COMPETENCIA EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN

Alfredo Bullard González*
Christian Chávez Verástegui*** **

Es común en el Derecho asumir las formas establecidas y olvidar la razón por la cual ellas fueron definidas de tal o cual manera. Ello no solamente genera una especie de fanatismo por lo exterior, sino que desvirtúa el propósito intrínseco, aquello que le da razón, a las actuaciones que el Derecho nos exige.

En el presente artículo, los autores desarrollan la problemática de la excesiva formalidad en las actuaciones de la Administración Pública, así como la propuesta de un método que nos permita discriminar las faltas graves de aquellas subsanables, sin desvirtuar la naturaleza y los objetivos a los que las exigencias formales deben guiarnos.

* Abogado. Master en Derecho por la Universidad de Yale. Profesor Ordinario Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados.

** Abogado. Profesor Contratado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Abogado Asociado del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados.

*** A mi madre, quien me enseñó el significado de la palabra libertad.

Los autores agradecen la colaboración de Billy Franco Arias en la investigación que sirvió de base para elaborar este artículo.

I. INTRODUCCIÓN

En el legendario Municipio de *Formalandia*, se convoca a una licitación para la contratación de servicios de recolección de basura en el pueblo. El servicio debía ser prestado en carretas jaladas por bueyes. Los factores de competencia se reflejan en una fórmula polinómica contenida en las bases en la que las variables principales son (1) el precio, y (2) el número de bueyes que jalarán cada carreta.

Uno de los postores, *Competius*, conocido por sus habilidades de formular propuestas muy competitivas, diseña una fórmula que lo hace imbatible. Al presentar carretas jaladas por cuatro bueyes (lo que le dará más efectividad y eficiencia al servicio), presenta un precio inmejorable. *Competius* sabe que nadie le puede ganar.

Para su mala suerte, comete un error de redacción en la propuesta, la que indica: “*El buey será jalado por cuatro carretas*”. Sin advertir el error, coloca su propuesta dentro del sobre.

Al abrirse los sobres, el funcionario a cargo del proceso da lectura en voz alta a su contenido. Al leer la propuesta de *Competius*, se desatan risas y sonrisas en el salón. Entre quienes sonríen se encuentra nuestro postor, quien advierte así su ingenuo error. Es un error inocente e irrelevante. Todos saben que quiso decir que la carreta será jalada por cuatro bueyes. No hay otra forma racional de leer la propuesta y nadie en su sano juicio se le ocurre imaginar bueyes jalados por carretas.

Terminada la lectura, *Competius* ya hizo mentalmente el cálculo de la fórmula comparando todas las propuestas: ganó y fácil. Consiguió un buen negocio. El Municipio de *Formalandia* pagará menos, los contribuyentes verán que sus impuestos se gastan de mejor manera y los ciudadanos recibirán un mejor servicio. Todos ganaron, salvo sus rivales en la competencia. Ellos tendrán que esperar una próxima oportunidad, mejorar sus ofertas y ver si esta vez pueden ganarle a nuestro postor.

De pronto, un murmullo se hace más intenso en el salón. Uno de los postores derrotados levanta la mano y alega que el ganador está descalificado. “Ésta es una licitación para contratar carretas jaladas por bueyes, no bueyes por carretas”. Otro postor se suma a la alegación, asesorado por un abogado que ya le dio al argumento legal: “Las carretas jaladas por bueyes constituyen un imposible jurídico *iure et de iure*”. Y otro, menos sofis-

ticado pero más directo, se limita a decir: “Dicha propuesta no se ajusta a las bases”.

Competius no sale de su asombro; ¿cómo a alguien se le pueden ocurrir argumentos tan absurdos? El objetivo de todo proceso de este tipo es obtener la mejor oferta y es claro que él trajo la mejor oferta. Cuál sería su sorpresa cuando el funcionario a cargo del proceso declara que, efectivamente, *Competius* está descalificado y le otorgan la *buena pro* al que quedó en el segundo lugar.

Esta historia, que parece más un cuento o un muy mal chiste, no es tan extraña; tampoco es raro encontrar historias análogas en la realidad. Imaginemos que una entidad estatal –un ministerio, una municipalidad, etcétera– convoca a una licitación pública para la adquisición de un determinado bien o servicio. En las bases de dicho proceso se establece que uno de los factores de la fórmula de competencia sería el tiempo ofertado para el suministro, el cual debía de ser expresado en meses. Sin embargo, por error, uno de los postores al momento de efectuar su propuesta expresa el tiempo del suministro no en meses, sino en años. Este error determina que, al aplicarse el plazo ofertado en la fórmula establecida en las bases, el postor sea descalificado. Ello, pese a que la oferta del postor era la mejor y a que, de no haber sido por el error (muy fácil de advertir), habría sido el ganador de la licitación.

Imaginemos ahora qué hubiera sucedido si de los documentos presentados por el postor en su oferta hubiera quedado claro el error cometido y no existiera duda que su propuesta fue expresada en años en lugar de meses. Por ejemplo, si en una nota a pie de página o en un documento anexo a la oferta se explica la forma en que se ha presentado la oferta y se señala, expresamente, que el tiempo ofertado ha sido colocado en años. El sentido común nos debería llevar a pensar que este postor, más allá de su error, no debería ser descalificado. Más aún cuando su propuesta era la mejor de todas y, por tanto, era la más conveniente para los intereses del Estado. Si bien el sentido común nos dice esto, probablemente la forma como las entidades públicas entienden el manejo de los procesos de selección nos llevará a una respuesta distinta.

En efecto, sobre la base del principio de formalidad se diría que en el marco de un proceso de selección toda actuación necesariamente debe cumplir con las formas previamente establecidas o, de lo contrario, será descalificada. Siendo ello así, en el caso propuesto, dado que la oferta formulada por

el postor no se ajustaría a la formalidad establecida –tiempo expresado en meses y no años–, necesariamente debería ser descartada.

Este ejemplo, que puede parecer una caricaturización de la realidad, es, sin embargo, mucho más común de lo que pensamos. En efecto, quienes tienen experiencia en procesos de selección del Estado sabrán que casos como éstos abundan y que, desgraciadamente, suelen ser más comunes de lo que imaginamos. Un error en una licitación, por más pequeño que pueda ser, puede costar la eliminación de un postor, aun cuando la oferta sea la mejor.

De hecho, en la “cultura de la licitación” la forma prima sobre el fondo. En un juego en el que parecen privilegiarse las habilidades para cumplir formas, muchas veces absurdas, antes que la capacidad de los postores de ofrecer la mejor alternativa. Entonces, son los funcionarios públicos los que no advierten que son ellos en realidad, los que “han colocado la carreta delante de los bueyes”; es decir, la formalidad delante de la competencia.

Siempre que alguien decide comprar o contratar algo, tiene más oportunidades de obtener la mejor opción si existe competencia. Los consumidores en el mercado lo entendemos bastante bien y por ello buscamos en la publicidad o en las tiendas la mejor opción. Hacemos competir diversas posturas y, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, escogemos la que consideramos mejor. La conjunción entre libertad de consumidores y libertad de proveedores arroja como resultado una mejor situación para el consumidor y para la eficiencia del mercado en general.

En ello el Estado no se diferencia de cualquier otro consumidor. Su objetivo principal al contratar es también obtener la mejor opción: mayor calidad a menor precio. Pero enfrentamos un problema: quien va a comprar no es el dueño del negocio, sino un funcionario público. Este funcionario es afectado por un incentivo perverso: como va a gastar dinero público para fines públicos, puede estar interesado en usar ese poder para sus fines privados. Desde obtener una coima, hasta hacerle un favor a un amigo, el funcionario puede verse motivado no a comprar lo mejor para el Estado, sino lo que es mejor para él.

El remedio ha sido entonces limitar el ejercicio de la autonomía privada, lo que no es otra cosa que limitar la libertad en el proceso. Ello aparece como justificado por el hecho que los costos de agencia

pueden conducir a resultados no deseados. Sustituimos la libre negociación, el paseo por las tiendas o la revisión de la publicidad, por un proceso de selección lleno de formalidades, pasos preestablecidos y controles de distinto tipo. La libertad, en ese ámbito, puede ser peligrosa y conducirnos a donde no queremos llegar.

Hasta aquí ello parece lógico. Nótese además que este tipo de procesos no sólo son llevados a cabo por entidades públicas. También las empresas privadas organizan procesos de selección más o menos flexibles, que duplican la misma lógica. El problema de agencia es similar. El funcionario de la empresa está comprando, con dinero que no es suyo, bienes que tampoco serán suyos. También enfrenta incentivos perversos.

Sin embargo, el problema surge cuando perdemos de vista cuál es el objetivo central del proceso de selección. La forma es un mecanismo para evitar que el proceso de competencia se distorsione por estos incentivos perversos, pero no es un mecanismo para distorsionar la competencia misma.

Lamentablemente, los *administrativólogos* (es decir, los malos administrativistas), supuestamente expertos en Derecho Administrativo, han tomado el control y nos han conducido al mundo en el que “*las carretas están delante de los bueyes*”. La forma ha sido colocada delante de la competencia y nos conduce a problemas tan absurdos como el de *Competius* en *Formalandia*.

Este artículo aborda este problema, y sugiere que debemos regresar los bueyes delante de la carreta si es que queremos avanzar. Nótese que no proponemos dejar la forma y sujetar la contratación pública a reglas absolutamente abiertas como las de la autonomía privada, pero sí sugerimos que los mecanismos que se utilicen deben tener claro que el objetivo es comprar lo mejor a menor precio, no comprar al que supera la carrera de obstáculos creados por el formalismo.

En ese sentido, el objetivo de todo proceso de selección, sea para la compra de bienes o para la contratación de servicios, sea para la privatización, sea para elegir a quién debe otorgarse una concesión y, en general, para establecer cuándo debe ganar el mejor, debe basarse en la necesidad de crear competencia. Reglar la competencia no es sustituirla. Tememos, sin embargo, que los *administrativólogos* nos han conducido a un mundo en el que regulamos contra la competencia y no a favor de ésta.

Alfredo Bullard González
Christian Chávez Verástegui

II. LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DEL ESTADO Y EL PRINCIPIO DE FORMALIDAD: ¿FORMA SOBRE FONDO?

Clásicamente, se ha considerado que el principio rector de la actuación de la Administración y de los particulares al interior de todo proceso de selección público es el denominado principio de formalidad. Este principio impone el estricto apego por parte de los postores y de la propia Administración a las formalidades establecidas en todo procedimiento de selección. El problema que ha presentado la estricta interpretación de este principio es que se ha derivado en un excesivo “formalismo” que, a su vez, genera una serie de barreras que impiden el verdadero objetivo de un proceso de este tipo: obtener al mejor postor. Esto se ha llevado a tal nivel que, más allá de lo que se diga, en los hechos parece haberse convertido para varios *administrativólogos* en el principio más importante.

El ejemplo de *Competius* en *Formalandia*, el cual es muchas veces superado por el inventario de la realidad, es el que nos lleva a preguntarnos por qué es tan importante el cumplimiento de formalidades en este tipo de procesos; más aún, si debe la formalidad primar sobre otros aspectos importantes como la necesidad del Estado de encontrar los mejores postores en sus relaciones contractuales; ¿no sería, acaso, preferible permitir cierto margen de “informalidad” en estos procesos, a fin de evitar que perdamos la oportunidad de elegir al mejor?

En nuestra experiencia, hemos visto casos tan absurdos como descalificar un postor porque el nombre de la empresa estaba mal escrito, porque había una palabra mal traducida en un poder que había sido presentado en inglés, porque la oferta tenía una mancha que fue interpretada como “un borrón”, un error de compaginación que fue considerado como un error de foliación, por errores numéricos que no afectaban el resultado de la fórmula, entre muchos otros. En ninguno de esos casos había dudas sobre el sentido de la oferta ni se perjudicaba a otras partes ni se afectaba la transparencia y garantías del proceso.

No es nuestra intención restar la importancia que efectivamente tienen las formalidades, sino únicamente llamar la atención sobre la necesidad de limitar un formalismo exacerbado que termina por impedir la obtención de los verdaderos objetivos de un proceso de selección.

Los procesos de selección en cualquiera de sus modalidades (invitación, concurso, licitación,

subasta o cualquier otra modalidad), tienen como objetivo garantizar que la administración seleccione como contraparte a aquel particular que se encuentre en mejor aptitud para prestar el servicio o bien requerido, ya sea porque lo puede proveer a un menor costo, en mejores condiciones técnicas o bajo cualquier otro criterio de competencia que oportunamente se determine.

En efecto, el concepto de proceso de selección alude a un mecanismo de asignación de recursos basado en la competencia entre diversos sujetos interesados, permitiéndose su entrega a aquél que valore más el recurso y decida efectuar la mejor oferta por éste. Así, los procesos de selección se constituyen como procedimientos que cumplen la función de maximizar la utilidad que puede obtener el licitante —en este caso, el Estado—, mediante el aprovechamiento de la competencia directa que se desarrolla entre los distintos postores. Finalmente, la lógica de toda licitación es que el licitante obtenga el mayor valor posible por la asignación del recurso que es objeto de ésta.

Si la lógica de los procesos de selección es aprovechar los beneficios derivados de la competencia, a fin de garantizar la obtención de este objetivo, es necesario que estos procedimientos se encuentren claramente regulados en cuanto a sus etapas y en cuanto a las condiciones y requisitos exigidos para la participación de los particulares y para la elección del ganador. La idea es que las reglas de competencia sean claras, iguales para todos, predecibles en su aplicación y orientadas a evitar cualquier posible arbitrariedad de la administración en su aplicación. Con ello se reducen los costos de agencia y los problemas de mala asignación de recursos que éstos pueden generar.

Es bajo esta perspectiva que se perfilan los límites del denominado “principio de formalidad”. De acuerdo con este principio, cualquier actuación de la Administración debe ajustarse estrictamente a lo establecido en los correspondientes procedimientos. De igual manera, cualquier interpretación o aplicación de las exigencias y condicionamientos establecidos en el procedimiento debería darse de manera restrictiva, textual y literal.

Con ello se buscaba eliminar cualquier posible nivel de discrecionalidad de la Administración al seleccionar al postor que finalmente contratará con el Estado. Con ello, además, se concedía una importante garantía a los particulares, quienes de antemano sabían que la administración no podría adoptar decisiones arbitrarias. La formalidad se erigía así como un mecanismo de tutela del “interés público”.

Precisamente refiriéndose a la lógica que subyace a este principio, Gordillo señala¹:

“Los pliegos de bases y condiciones generales todavía suelen establecer con detalle los requisitos y las formas a que debe sujetarse la oferta para ser tenida como admisible y son a veces exageradamente detallistas en esta materia. [...]

El objetivo que perseguía este detallismo era el de lograr la mayor homogeneidad posible entre las ofertas que van a ser comparadas por los funcionarios, de modo tal que pudieran ser valoradas con mayor facilidad, disminuyendo la necesidad de adoptar decisiones razonadas.

De esta manera se creía reducir el riesgo de arbitrariedad en la decisión y optimizar el procedimiento de valuación y resolución, disminuyendo la probabilidad de error en la adjudicación”.

Como bien señala Gordillo, con el formalismo se buscaba precisamente dotar de cierta protección al proceso competitivo que se desarrolla en el marco de un proceso de selección. Al establecer reglas minuciosamente detalladas y que debían ser escrupulosamente puestas en prácticas por la Administración Pública, se pretendía eliminar cualquier posible discrecionalidad que haga que el resultado no se obtenga por una verdadera competencia.

Sin embargo, el problema que presentó la aplicación de este principio por parte de la Administración –motivada por las posiciones de los *administrativólogos*– fue que derivó en una rigidez excesiva, generando poca flexibilidad en los procesos, dándole una mayor preponderancia al cumplimiento estricto de formalidades en perjuicio del contenido y de aspectos esenciales que deben primar en el marco de un proceso de selección. De alguna manera ocurría que los medios eran colocados por delante de los fines, es decir, *las carretas delante de los bueyes*.

Precisamente criticando esta tendencia “formalista”, Moreira Neto señala²:

“En los sistemas heredados del positivismo jurídico, la importancia del atendimiento de lo que se tenía como principio de la igualdad entre los

licitantes dictaba una férrea vinculación a trámites procedimentales complejos, que deberían ser ricos en condicionamientos y exigencias con la función de alejar a los ofertantes o las propuestas considerados indeseables. Se creía que esa sería la mejor solución para asegurar la igualdad y la moralidad de los certámenes.

El procedimiento dominaba el certamen de tal suerte que los ofertantes que mejor actuasen en sus complejos meandros tenían una inmensa ventaja sobre los que no dominaban ‘el arte de hacer ofertas válidas’. Por ello, el resultado de la licitación dejaba de ser lo más importante, cediendo ante la perfección formal con que se cumplían los procedimientos. Para los que entienden que la igualdad sólo puede ser alcanzada por medio de una estricta sujeción a la formalidad, los pliegos de la licitación contenían todo lo necesario para que se llegase con éxito a la selección del contratista victorioso. [...]

Para los agentes públicos que operan las licitaciones, se trata de una doctrina confortable, ya que para ellos es siempre más seguro que se limiten a cuidar de la satisfacción de requisitos formales de los procedimientos, sin que les pesen mayores responsabilidades sobre la excelencia de los resultados de la licitación.

Poco importaba, en esta perspectiva, si la propuesta vencedora fuese más o menos eficiente o más o menos económica para las arcas públicas, ya que el deber funcional se agotaba en la fiscalización formal de la regularidad de los trámites legales” (el subrayado es nuestro).

Así, bajo esta perspectiva formalista cualquier error o desapego de un postor a una formalidad es sancionado por la Administración dejando de lado su propuesta. Poco importa si el error es uno menor o si es claramente identificable como un error. Poco importa si el error no tiene una incidencia real en cuanto a mantener la igualdad de condiciones entre los postores o si no genera un perjuicio a la competencia entre ellos. Lo único que importará es el cumplimiento de la formalidad.

Como señala Moreira Neto, el problema con esta actitud “formalista” es que deja de lado el objetivo de eficiencia que debe subyacer a todo proceso

Alfredo Bullard González
Christian Chávez Verástegui

¹ GORDILLO, Agustín. “Después de la reforma del Estado”. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. 1966. pp. VII-9 – VII-15.

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Selección del Contratista. Principios Informadores y Sistemas de Selección”. En: La Contratación Pública. Volumen 2. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. 2006. pp. 673-674.

de selección (seleccionar al mejor postor) y lo reemplaza por la prevalencia del cumplimiento de formalidades. Así, en la errada creencia de que las reglas del procedimiento (principalmente los pliegos o bases de licitación) son siempre perfectas y contienen toda la información necesaria de manera clara y sin posibilidad de interpretaciones distintas ni errores, se termina por brindar una posición privilegiada al que cumple la forma sobre el que ofrece una mejor alternativa de fondo.

Lo que además no se advierte es que esta perspectiva puede trasladar la arbitrariedad en la selección del ganador a la preparación de las bases o pliegos de licitación. En efecto, esta lógica formalista permite crear laberintos formales que, sabemos, sólo podrán ser superadas por postores determinados, y que contienen trampas ineludibles e insuperables para aquellos que queremos eliminar de la contienda. Así, la arbitrariedad sí sofisticada y toma vicios de rigurosidad. Pero es una rigurosidad artificial. Es una rigurosidad creada para favorecer a unos y perjudicar a otros. Entonces la contratación queda atrapada en las telarañas tejidas por los *administratologos*.

En su expresión más rígida el formalismo descalifica al que comete un error formal subsanable, aun cuando éste sea el que proponga la mejor oferta e incluso si se advierte que la corrección del error no coloca en desventaja a los demás postores ni les brinda un trato discriminatorio ni diferenciado.

En sentido similar, Beramendi³ señala:

“Desde la perspectiva de política regulatoria, el régimen legal de las compras estatales debe tener como primer objetivo que el Estado contrate bien, barato y oportunamente; todo ello con transparencia. Mientras mejor contrate el Estado será más eficiente el uso de los recursos públicos [...]. La regulación de la contratación estatal, además, debe ser diseñada de manera que los mecanismos operativos que se utilicen sean eficaces para evitar la corrupción, no solamente porque ésta es reprochable desde la perspectiva moral, sino, además, porque produce asignación ineficiente de recursos.

Sin embargo, el imperativo de evitar la corrupción a menudo ha invertido las prioridades y, lejos de

haberse creado mecanismos eficientes y ágiles para la contratación pública, ha servido para montar extenuantes procedimientos legales que han sido criticados porque traban la eficiencia de la Administración, retardan la satisfacción de las necesidades públicas y someten al funcionario a una atemorizante cultura controlista que lo conduce a preferir la formalidad a la sustancia, que premia la ineficiencia y la articulación legalista en lugar de reconocer los resultados. [...]

Al problema referido debe agregarse que la interpretación de las bases de los procesos está regida por un carácter básicamente formalista. Esta visión priva del carácter técnico que debiera presidir las discusiones relativas a la compra de bienes o contratación de servicios por parte del Estado, y se explica en parte por la sombra de una conducta de control atemorizante de los funcionarios públicos, que en muchos casos prefieren la comodidad de una interpretación literal restrictiva a una que atienda la esencia de las cosas” (el subrayado es nuestro).

Como bien se señala, el principal problema que genera un excesivo formalismo es que en su afán por generar un marco de protección para el desarrollo de la competencia, se termina privilegiando a la forma sobre la competencia, es decir, sobre aquello que finalmente se debería proteger. Así, lo importante ya no termina siendo el análisis de la propuesta que resulte más conveniente para el Estado, sino de aquella que mejor se haya ajustado a las formalidades preestablecidas.

No debe de perderse de vista que la forma está al servicio de la igualdad de trato, la transparencia y el desarrollo de competencia, por lo que el principio de formalidad opera y cumple su función cuando la forma evita justamente que se dé un trato diferenciado. Pero, cuando una diferencia o error de forma detectable de manera clara y transparente no afecta dicho trato, entonces el cumplimiento de la formalidad de manera estricta no cumple ninguna función tutelable.

Es en atención a este problema que modernamente la doctrina y la práctica administrativa han aceptado la existencia de otros principios rectores de los procedimientos administrativos en general, y licitatorios en particular, los cuales deben aplicarse conjuntamente con el de formalidad,

³ BERAMENDI GALDÓS, Gustavo. “Contratación Pública: El triunfo de la forma sobre la sustancia”. En: Actualidad Jurídica. Número 154. Lima: Gaceta Jurídica. Septiembre 2006. pp. 263-268.

buscando un adecuado equilibrio entre los medios y los fines. Estos principios, como veremos, se encuentran recogidos explícita e implícitamente en la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la "LPAG").

La lógica de estos principios ha sido mediatizar los efectos de la tendencia "formalista" de los *administrativólogos* y así asegurar el cumplimiento de los verdaderos fines de los procesos de selección. Estos principios son, fundamentalmente, cuatro: (i) el principio de concurrencia; (ii) el principio de informalidad; (iii) el principio de eficacia; y, (iv) el principio de verdad material. A ello los llamaremos "los otros principios", los cuales se contrastan con el principio de formalismo.

III. LOS OTROS PRINCIPIOS APLICABLES EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN

A. El principio de concurrencia

Como hemos señalado, la lógica de todo proceso de licitación es la de aprovechar los beneficios derivados de la competencia. Ello con la finalidad de que el Estado pueda obtener la mejor propuesta posible a efectos de satisfacer sus intereses. Siendo ello así, pareciera lógico que el principio de mayor importancia en todo procedimiento de este tipo debería ser, precisamente, el de concurrencia.

Respecto del principio de concurrencia Delpiazzo⁴:

"Clásicamente, el principio de concurrencia postula la participación en la comparación de ofertas de la licitación de la mayor cantidad posible de oferentes, de modo tal que la autoridad cuente con la mayor cantidad posible de alternativas de elección, para escoger con más posibilidad de acierto la que proponga las mejores condiciones en el objeto contractual [...]" (el subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, la lógica de este principio es privilegiar el verdadero objetivo de todo proceso de selección: que la Administración se encuentre en capacidad de elegir al mejor postor mediante la competencia de éstos. Para ello se busca que

las decisiones que adopte garanticen que en todo procedimiento concurren la mayor cantidad posible de postores, a fin de que exista una mayor base sobre la cual elegir y un mayor aprovechamiento de los beneficios de la mayor competencia generada.

Ello, claro está, no significa que la elección del ganador pueda basarse en una decisión absolutamente discrecional y al margen de las formas. Las formas deben permanecer para asegurar una competencia transparente e igualitaria entre todos los postores, pero de manera alguna pueden servir como un mecanismo para restringir de manera injustificada la competencia.

Nótese que, precisamente por la atención que este principio da a los objetivos de los procedimientos de selección, en la actualidad se ha convertido en el principio de mayor relevancia para la interpretación de la conducta de la administración en estos procedimientos. Como bien señala Delpiazzo⁵:

"Modernamente, se privilegia este principio de concurrencia o competencia entre los oferentes como verdadero y casi exclusivo principio fundamental de la licitación⁶, en la inteligencia que la concurrencia no rige a favor de los oferentes sino en beneficio del estado"⁷ (el subrayado es nuestro).

Sin perjuicio de lo anterior, es importante resaltar que este principio, como ya anotamos, no debe implicar un desplazamiento del principio de formalidad. Por el contrario, se entiende que éstos deberán ser interpretados de manera conjunta a efectos que coexistan de manera tal que permitan la mejor obtención de los objetivos de toda licitación.

En efecto, no resultará razonable pensar que a efectos de contar con un número mayor de postores se deban eliminar los requisitos mínimos que deben cumplir todos los postores u omitir el necesario cumplimiento de formalidades para algún o algunos postores en particular. Tampoco implica que cualquier error en una propuesta o desapego a una formalidad deba de ser "omitido" a efectos de contar con un mayor número de postores.

Alfredo Bullard González
Christian Chávez Verástegui

⁴ DELPIAZZO, Carlos. "Los principios generales en la contratación pública". En: La Contratación Pública. Volumen 1. Buenos Aires: Editorial Hamurabi. 2006. p. 555.

⁵ Ibidem.

⁶ ESCOLA, Héctor J. "Tratado Integral de los Contratos Administrativos". Tomo I. Buenos Aires: Depalma. 1977. p. 334.

⁷ FIORINI, Bartolomé y MATA, Ismael. Op. Cit. p. 44.

Lo que este principio implica es que no se privilegie una excesiva formalidad sobre la posibilidad de contar con un número mayor de postores. Así, por ejemplo, en caso un postor hubiere cometido un error subsanable en su propuesta, la conducta de la administración deberá ser la de permitir una subsanación en lugar de eliminar de plano al postor por haber incumplido con una formalidad.

Precisamente, atendiendo al objetivo que subyace a todo proceso de selección (seleccionar al mejor postor), el principio de concurrencia busca obtener una decisión razonable de la administración que resulte acorde con tal objetivo: mantener el mayor número de candidatos, siempre que se asegure un trato equitativo, igualitario y transparente a todos ellos. La idea es que una formalidad subsanable que, además, no sea susceptible de generar una distorsión en el procedimiento o de modificar el contenido esencial del acto en cuestión, no conlleve un impacto negativo en el objetivo central de contar con el mayor número de postores. Por no causar distorsión o no generar impacto negativo se entiende asegurar que todos los postores tendrán, en abstracto, las mismas posibilidades.

En este sentido, y respecto de la forma en que deben interpretarse las exigencias de admisibilidad de los postores, Moreira Neto señala⁸:

“Hipótesis especial de formalismo dañino en las licitaciones es la que aquí se destaca, relativa a los pliegos de admisibilidad en las licitaciones.

[...] un problema común que se ofrece es la inversión de valores, que suele ocurrir, cuando el exceso de rigor formal de las reglas de habilitación (o de las interpretaciones que de ellas se haga), conduzcan al impedimento de una comparación sustantiva entre todas las ofertas, aunque defectuosas.

No obstante existir disenso, la conclusión que viene ganando terreno en la doctrina es la que considera superada esta inversión, distinguiendo entre lo que sea ilegalidad no susceptible de saneamiento, porque atenta directamente contra un valor sustantivo, de una irregularidad saneable, que no afecta a ningún núcleo de valores indisponibles.

El principio de competencia juega aquí un papel preponderante, ya que para alcanzar la selección de la propuesta más ventajosa es necesario convocar y admitir, aunque provisoriamente, la mayor cantidad de ofertas posible, y siempre existirá la posibilidad de trabajar con una dilación temporal, suficiente para sanear las irregularidades referentes a los pliegos de admisibilidad, en el curso del proceso selectivo” (el subrayado es nuestro).

En igual sentido, respecto de la posibilidad de subsanar errores formales a favor de una mayor concurrencia, Gordillo⁹ señala:

“Corresponde, pues, evitar actitudes formalistas, buscando subsanar las irregularidades de detalle y centrando el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta. Como también se ha dicho: los recaudos excesivos, la severidad en la admisión y la exclusión ante omisiones intrascendentes, deben ser reemplazados por aclaraciones oportunas y actos de subsanación. En este punto corresponde aplicar el principio de saneamiento, o sea que debe darse la oportunidad de subsanar las deficiencias de carácter leve que no vulneran la esencia del trato igualitario. La Administración tiene la carga de obviar inconvenientes y permitir la mayor afluencia posible de ofertas, en la inteligencia que la concurrencia no rige a favor de los oferentes sino en beneficio del Estado. Si el vicio es puramente formal deberá ser subsanado o bien ni siquiera eso será necesario, en caso que resulte una falta muy leve” (el subrayado es nuestro).

Como puede apreciarse, la importancia del principio de concurrencia como guía de todo proceso de selección radica en que permite atenuar los efectos del “formalismo” exacerbado. Así, si bien bajo un criterio formalista cualquier defecto en una propuesta debería conllevar a la eliminación del postor, en aplicación del principio de concurrencia deberemos observar previamente si tal defecto constituye un mero error de carácter subsanable o no. De ser así, deberá privilegiarse la posibilidad de contar con un mayor número de postores y permitir la subsanación del error.

Si bien conceptualmente la aplicación de este principio guarda una lógica virtualmente incues-

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. Cit. pp. 677-678.

⁹ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. 1998 – 2000. pp. XII-16.

tionable, alguien podría señalar que no se encuentra recogido en nuestra legislación y que, por tanto, no resulta aplicable en el Perú. Sin embargo, ello no es correcto por tres razones:

1. Como veremos más adelante, el principio de concurrencia está implícitamente reconocido en otros principios expresamente contenidos en la LPAG, en especial, en el principio de informalismo y en el de eficacia. El principio de concurrencia es la otra cara de los principios mencionados y se deriva inequívocamente de ellos. Esto será analizado más adelante.

2. En segundo lugar, la propia LPAG admite la aplicación de principios distintos a los expresamente recogidos en su artículo IV. En efecto, el primer párrafo de dicha norma señala:

"1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo (...)" (el subrayado es nuestro).

En adición, el numeral 2 de la misma norma señala: "La relación de principios anteriormente enunciados no tiene carácter taxativo" (el subrayado es nuestro).

3. Finalmente, el principio se deriva de la propia naturaleza de un proceso licitatorio, que tiene como objetivo central conseguir la mejor oferta posible mediante un mecanismo competitivo, es decir concurrencial. Privar de dicho carácter a una licitación, en base a una formalidad, implica negarle su propia naturaleza.

B. El principio de informalismo

Un segundo principio aplicable a los procedimientos de selección es el denominado principio de informalismo o flexibilidad. De acuerdo con este principio, la autoridad deberá privilegiar la consecución de los objetivos de un proceso de selección por sobre la exigencia de formalidades, siempre que exista la posibilidad de una subsa-

nación y no se genere una distorsión en la conducción del procedimiento o en el acto en cuestión.

Sobre el particular, Delpiazzo señala¹⁰:

"El principio de flexibilidad se define por contraposición a la noción de rigidez y apunta a que la relación entre la Administración y el co-contratante no quede encorsetada en reglas péticas sino que ambiente una relación fluida y dinámica de colaboración entre las partes."

En tal sentido, se ha dicho, con un alcance amplio, que la flexibilidad que se plantea es lo opuesto a la rigidez y al uniformismo. Implica reconocer el hecho de la imposibilidad de prever todas las situaciones y de reglamentar su resolución. Implica darle al administrador y al controlador una batería de instrumentos para utilizar en función del objetivo a lograr" (el subrayado es nuestro).

En la legislación nacional este principio se encuentra expresamente recogido en la LPAG. En efecto, en el numeral 1.6 del Artículo IV del Título Preliminar de la referida norma se señala:

"Principio de informalismo.- Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público".

Es importante precisar que, al igual que en el caso del principio de concurrencia, este principio no implica un desplazamiento o inaplicación del principio de formalidad. Lo que debe entenderse es que ambos principios coexistirán y deberán ser aplicados de manera armónica. Como señala Morón¹¹, "la aplicación del principio del informalismo a favor del postor no implica abandonar absolutamente las formas exigibles a las propuestas, pero si rescatar que la subsistencia de estas formas debe estar dirigida a los aspectos esenciales de la propuesta y no a aquellos que pueden perfectamente subsanarse a posteriori de su presentación".

Alfredo Bullard González
Christian Chávez Verástegui

¹⁰ DELPIAZZO, Carlos. Op. Cit. p. 545.

¹¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "El informalismo moderado en los procesos licitatorios: develando el paradigma de la licitación como procedimiento formal". En: Revista de Derecho Administrativo. Número 2. Lima: Círculo de Derecho Administrativo. Diciembre 2006. p. 72.

En efecto, lo que este principio plantea es que ante casos de defectos en el cumplimiento de una formalidad, que además sean susceptibles de subsanación y que no impliquen una afectación al contenido esencial del acto que se subsana, la autoridad deberá limitar la exigencia de formalismos y permitir la corrección del defecto.

Si aplicamos el criterio anterior a los ejemplos planteados en nuestra introducción, tendremos que el haber expresado por error que los bueyes serán jalados por las carretas o el tiempo ofertado en años en lugar de meses (errores que podían advertirse de los documentos presentados) no debería de implicar la descalificación de la oferta. Ello debido a que el error puede ser identificable y subsanable fácilmente, simplemente considerando la oferta de manera correcta. Además, una subsanación de este tipo no implicaría una modificación al contenido esencial de la oferta –porque el error no fue en la oferta misma, sino en la forma como se presentó– ni colocaría a un postor en mejor posición que otro.

Nótese que la aplicación de este principio también trae consigo el beneficio de permitir una mayor competencia en los procesos de selección. Lo que en principio los postores solicitan es que sus ofertas sean evaluadas, por lo que el informalismo favorece la participación de un mayor número de postores. En ese sentido, de alguna manera el principio de concurrencia y el de informalismo son las dos caras de una misma moneda.

En efecto, la menor aplicación de trabas o restricciones conlleva la posibilidad de que la administración cuente con un mayor número de postores en los procedimientos, con los consecuentes beneficios derivados de la mayor concurrencia (opción de seleccionar una propuesta más beneficiosa).

Como bien señala Morón¹², “el informalismo a favor del administrado se conecta con el principio de concurrencia en las licitaciones, por cuanto, a través de su aplicación, se favorece la mayor concurrencia de postores, impidiéndose la descalificación de propuestas por razones meramente formales”.

En igual sentido, sobre este aspecto Delpiazzo señala con claridad¹³:

“Según se ha destacado, el reconocimiento del principio de flexibilidad responde a una tendencia actual del Derecho comparado en materia licitatoria que procura privilegiar la competencia entre oferentes en los procedimientos de selección a través de un mayor informalismo o de un formalismo moderado.”

Conforme a ilustrada opinión, ‘la observancia de un formalismo moderado, destinado a preservar el Derecho material que rige las relaciones entre Administración y los oferentes, razonablemente aplicado resulta saludable, tanto para el interés público, requirente de la mayor concurrencia, como para el privado, gravitante para conservar las posibilidades de acceder a la contratación’¹⁴ (el subrayado es nuestro).

De lo anterior se deriva que el principio de informalismo será de gran relevancia al analizar el cumplimiento por parte de los postores de los requisitos y exigencias establecidos para su participación en los procesos de selección. En efecto, si bien es cierto que la administración deberá ser estricta al evaluar el cumplimiento de los requisitos establecidos para la participación de los postores, a fin de asegurarse que éstos cumplan con las condiciones mínimas para participar del proceso, asegurando un trato transparente, igualitario y no discriminatorio, no es menos cierto que en su evaluación deberá tener en cuenta la posibilidad de subsanación de ciertos defectos que pudieran haberse presentado y que no generen afectación alguna al desarrollo del procedimiento.

La lógica de ello es, nuevamente, el privilegiar el fondo sobre la forma y asegurar la mayor competencia posible. Es este criterio precisamente el que lleva a Cassagne¹⁵ a concluir que, incluso, resulta posible la modificación de las ofertas de los postores por errores formales que no afecten su sustancia:

“Durante muchos años se sostuvo el principio de la inmodificabilidad de las ofertas como una regla absoluta, afín a la naturaleza formalista que se atribuía a todo el procedimiento de contrataciones.

En la actualidad, se extiende el principio del informalismo, propio del procedimiento adminis-

¹² MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. Cit. p. 75.

¹³ DELPIAZZO, Carlos. Op. Cit. pp. 545-546.

¹⁴ COMADIRA, Julio R. “La Licitación Pública”. Buenos Aires: Depalma. 2000. p. 29.

¹⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. “El Contrato Administrativo”. Buenos Aires: Abeledo – Perrot. 2005. p. 104.

trativo, a todo el procedimiento de selección y ejecución de los contratos que celebra la Administración Pública, el cual, dado que se trata de un principio de base legal, aplicable directamente a todos los procedimientos administrativos, no plantea dudas acerca de su vigencia y consecuente aplicabilidad. [...]

Por tales circunstancias, hay que admitir el cambio u subsanación de las ofertas (art. 17, RCAN) por aspectos o detalles formales que no impliquen su modificación sustancial dado que, en tales casos, se privilegia la posibilidad de que la Administración obtenga adecuadas alternativas de selección mediante una mayor concurrencia y, al propio tiempo, el principio de igualdad" (el subrayado es nuestro).

En igual sentido, Dromi¹⁶ señala que "los meros defectos formales que no afectan sustancialmente la validez de la oferta, no provocan su inadmisibilidad". En efecto, en la medida que una oferta presente un mero error formal que no implique una modificación de sus elementos sustanciales, ello no debería generar la eliminación del postor. Como se ha señalado, el principio de informalismo impone la preponderación del fondo sobre la forma, por lo que deberá de privilegiarse la posibilidad de una subsanación y lograr así el mantenimiento de mayores grados de competencia.

C. El principio de eficacia

El tercer principio aplicable a los procesos de selección es el denominado principio de eficacia. Este principio se encuentra expresamente contenido en el numeral 1.10 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, el cual señala:

"1.10. Principio de eficacia.- Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá

ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio" (el subrayado es nuestro).

Como se puede ver, la descripción de este principio se encuadra perfectamente con lo señalado respecto al principio de concurrencia. En efecto, dado que el objeto de los actos administrativos que conforman una licitación es el generar la mayor competencia posible entre postores, dicha finalidad (la concurrencia) debe ser privilegiada sobre elementos meramente formales. Ello, claro está, siempre que una decisión de este tipo no implique una afectación del derecho de los demás postores que concurren en la licitación (administrados en términos de la norma).

Así, el principio de concurrencia se encuentra íntimamente vinculado con el principio de eficacia y el de informalismo. En última instancia, todos estos principios juegan de manera coordinada, a fin de lograr que cualquier error o incumplimiento de una formalidad que pueda ser subsanable, no genere una afectación al objetivo de obtener una mayor concurrencia. Lo que en última instancia se plantea la utilización de un cierto nivel de "informalidad" a efectos de eliminar las restricciones excesivas que podría generar un formalismo entendido de manera demasiado estricta.

D. El principio de verdad material

Finalmente, el último principio que debe regir la actuación de la administración en los procesos de selección es el principio de verdad material. De acuerdo con este principio, constituye un deber de la administración el velar por identificar la realidad de las cosas, más allá de la forma como le hayan sido presentadas.

Al referirse a este principio Morón¹⁷ señala que éste conlleva que "las actuaciones de la administración deben de estar dirigidas a la identificación y esclarecimiento de los hechos reales producidos y a constatar la realidad, independientemente de cómo hayan sido alegadas".

Cabe señalar que este principio se encuentra expresamente recogido en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, el cual señala:

Alfredo Bullard González
Christian Chávez Verástegui

¹⁶ DROMI, Roberto. "Derecho Administrativo". Novena Edición. Buenos Aires: Ciudad Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura. 2001. p. 412.

¹⁷ MORON, Juan Carlos. "Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: Gaceta Jurídica. 2002. p. 41.

“Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas [...]”.

Es importante precisar que la aplicación de este principio no implica que la administración deba ejercer una labor investigativa en todos los procesos de selección y supla los defectos en las actuaciones de los postores. Ello, evidentemente, tornaría en inviable un proceso de selección, aumentaría exponencialmente sus costos, y podría significar un trato discriminatorio si tal facultad se usa para beneficiar a unos postores en perjuicio de otros.

Lo que este principio impone es que la autoridad vea la realidad de las cosas, más allá de la forma como ésta le ha sido propuesta. Así, por ejemplo, de advertir un error subsanable de un postor, lo que deberá hacer no es descartarlo de plano, sino darle la posibilidad de subsanarlo. Ello, repetimos, en la medida que la autoridad se encuentre razonablemente en condiciones de advertir la existencia de un error y la subsanación no implique generar una ventaja a favor de un postor –por ejemplo, si la subsanación implicara una modificación del contenido sustancial de una propuesta–.

Precisamente comentando la aplicación de este principio al análisis de las ofertas efectuadas por los postores, Delpiazzi¹⁸ señala:

“Por coincidencia de dichos términos, este principio realza la importancia relativa de las cosas frente a la mera forma o formalismo, que es, patológicamente, la tendencia a concebir las cosas como forma y no como esencias, a sustentar la creencia de que aprobando reglas formales, los problemas se solucionan.

Para neutralizar el formalismo es necesario evitar actitudes formalistas, procurando subsanar las irregularidades de detalle y centrando el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta¹⁹. Asimismo, la severidad en la admisión y

la exclusión por omisiones intrascendentes deben ser reemplazados por aclaraciones oportunas y actos de subsanación de deficiencias de carácter leve que no vulneren la esencia del trato igualitario ya que la Administración tiene la carga de obviar inconvenientes menores y permitir la mayor afluencia posible de ofertas”²⁰ (el subrayado es nuestro).

Como puede apreciarse, lo que Delpiazzi señala es que en caso de existir defectos de forma en una oferta (siempre que sean evidenciables y no impliquen una desnaturalización de su contenido) la autoridad no deberá descartarla de plano. Lo que deberá hacer es solicitar su aclaración o subsanación, permitiendo así una mayor competencia.

IV. DEFECTOS EN EL MARCO DE UN PROCESO DE SELECCIÓN: ¿CÓMO SE DEBERÍA DE ACTUAR?

De lo señalado en los apartados anteriores se puede apreciar cómo el principio de formalidad, si bien aún resulta aplicable como principio rector de la actividad de la administración en los procesos de selección, se encuentra mediatizado en su aplicación por otros criterios que buscan hacer primar los intereses en juego en un proceso de selección (la mayor competencia posible) por sobre la exigencia de formalidades.

Así, toda interpretación que se efectúe en el marco de un proceso de selección deberá tener como referente el lograr el objetivo de eficiencia, por lo que en determinadas oportunidades, como por ejemplo ante defectos subsanables que no distorsionen el procedimiento, las formalidades deberán ceder a efectos de garantizar una mayor competencia en el procedimiento. Después de todo, la mayor competencia es el elemento que garantiza al Estado la mejor satisfacción de sus intereses.

En atención a lo explicado hasta esta parte, podemos proponer un esquema que permite identificar cuándo corresponde solicitar la subsanación –o proceder a una subsanación de oficio– de un defecto formal en una oferta en un proceso de selección, el cual se encuentra compuesto de cinco preguntas:

¹⁸ DELPIAZZO, Carlos. “Los principios generales en la contratación pública. La contratación Pública”. Volumen I. Buenos Aires: Editorial Hamurabi. 2006. p. 547.

¹⁹ MAIRAL, Héctor. “Licitación Pública”. Buenos Aires: Depalma. 1975. p.18.

²⁰ FIORINI, Bartolomé e Ismael MATA. “Licitación Pública”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1972. p. 44.

A. ¿Se puede detectar de la revisión de la oferta y de las circunstancias del caso que existe un error en la forma como la oferta se ha expresado?

Si el error no es detectable, entonces no cabe su subsanación, ya que ello podría obedecer a una conducta estratégica del postor para modificar su oferta vía subsanación. En efecto, la lógica es que únicamente puedan ser subsanados errores que sean claramente identificables y conocibles del contenido de la propia oferta. De otra manera, una subsanación de elementos no identificables podría conllevar a generar beneficios a favor de un postor en detrimento de otro, lo cual constituiría una afectación a la igualdad e imparcialidad que debe existir entre los postores.

En este sentido, Juan Carlos Morón²¹ señala que la posibilidad de subsanar un error deberá darse precisamente cuando “la ausencia de información o el error pueda ser suplido de oficio por la propia entidad convocante, indagando en la misma oferta en información obrante en la entidad o sea de accesibilidad pública. [...] Aquí ocupa papel preponderante el principio de verdad material, por el que la Administración puede obtener la información real de la situación del postor, analizando la oferta misma u obteniéndola de otra fuente asequible, no correspondiendo preferir la forma sobre el fondo”.

B. De ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior, ¿está el error en el contenido de la oferta o en una defectuosa expresión de ésta?

Si la respuesta es que el error está en el contenido de la oferta, éste no será subsanable porque ello sería una modificación de la oferta presentada. Pero, si el error está en una defectuosa expresión de la oferta, entonces corresponde seguir con el análisis.

Esto quiere decir que el error que puede ser objeto de subsanación debe de referirse a un aspecto formal y no de fondo. Ello debido a que un problema en la declaración de la oferta puede ser objeto de subsanación sin afectar el derecho de los demás postores a un tratamiento igualitario, a diferencia de lo que sucedería en el caso de la subsanación de una oferta que implica la modificación de su contenido.

C. De ser la respuesta a la pregunta anterior que el error está en la forma de expresión de la oferta, ¿es posible de manera indubitable, identificar el verdadero contenido de ésta?

De ser la respuesta negativa, no cabría lugar a una subsanación, en la medida en que no resultaría posible conocer cuál es el real contenido de la oferta a ser subsanada. Concluir lo contrario podría generar dos consecuencias no deseables: (i) que se coloque en desventaja a los demás postores, ya que se permitiría modificar el contenido de una oferta; y, (ii) que se den conductas estratégicas por parte de los postores, quienes podrían alegar supuestos “errores” a fin de modificar sus ofertas y asegurarse el éxito en el proceso de selección.

Como señala Morón²², “la posibilidad de permitir la subsanación de la oferta tiene su límite natural si el postor mediante la subsanación del error u omisión modificaría el alcance de su propuesta original, o cuando menos la subsanación pueda dar la ocasión que la propuesta técnica pueda ser mejorada en ventaja inaceptable para el postor”.

D. De ser afirmativa la respuesta anterior, ¿permite la subsanación mejorar la competencia en el proceso de selección?

De ser negativa la respuesta a esta pregunta, debe culminar el análisis, toda vez que no tendría sentido superar una formalidad si con ello no se contribuye a alcanzar los fines que se persiguen con el proceso de selección. Como ya hemos indicado, la lógica de relativizar la aplicación del principio de formalidad es la de promover el objetivo principal de todo proceso de selección (la competencia). Si este objetivo no se consiguiera, entonces no existiría un fundamento para esta relativización.

E. De ser afirmativa la respuesta anterior, ¿afecta la subsanación el derecho de los otros postores a ser tratados de manera igualitaria y transparente?

Si la respuesta es afirmativa, no cabe la subsanación. Pero, si es negativa, la subsanación debe darse para preservar los fines del proceso de selección, es decir, la concurrencia. En efecto, si bien es importante asegurar el cumplimiento de

²¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. Cit. p. 78

²² MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. Cit. pp. 82-83.

los objetivos de todo proceso de selección, esto no debe de manera alguna lograrse en perjuicio de los derechos que asisten a los demás postores. Como se ha señalado, la lógica del principio de formalidad es, finalmente, el garantizar una adecuada competencia pero siempre sobre la base de la igualdad de los postores.

Solo para efectos ilustrativos, vamos a aplicar a uno de los casos propuestos en la introducción el esquema de análisis que sugerimos. Nos referimos al error de consignar años en lugar de meses. Como se ve, las preguntas formuladas se basan en la importancia de conjugar mecanismos orientados a asegurar el cumplimiento de los objetivos del proceso de selección con los límites existentes en la discrecionalidad del funcionario, justamente orientados a preservar la transparencia y la igualdad de trato a todos los postores.

- a. *¿Se puede detectar de la revisión de la oferta y de las circunstancias del caso que existe un error en la forma como la oferta se ha expresado?*

Como mencionamos en el caso propuesto, el error en la propuesta del postor es advertible de los propios documentos presentados por éste (por ejemplo, se señala que el plazo está en años y no meses en una nota a pie de página o en un anexo de la propuesta). Siendo ello así, deberemos concluir que de los documentos emitidos por el postor se aprecia el contenido real de su oferta, por lo que la respuesta debería de ser afirmativa.

- b. *De ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior, ¿está el error en el contenido de la oferta o en una defectuosa expresión de ésta?*

De acuerdo con el caso propuesto, el error del postor estaría en la expresión y no en el contenido de la oferta (se expresa en años y no en meses). Este error, además de advertible, es uno que no modifica el contenido de aquello que se ofertó.

- c. *De ser la respuesta a la pregunta anterior que el error está en la forma de expresión de la oferta, ¿es posible de manera indubitable, identificar el verdadero contenido de ésta?*

Sí, porque se desprende de los otros documentos de la oferta.

- d. *De ser afirmativa la respuesta anterior, ¿permite la subsanación mejorar la competencia en el proceso de selección?*

Sí, porque evita eliminar a un postor por un evidente error formal. Nótese además que en el caso que la oferta con el error resultara ser la más conveniente, la decisión es aun más importante. Ello debido a que se permitiría al Estado mantener en su evaluación precisamente la propuesta que mejor satisfaga sus intereses.

- e. *De ser afirmativa la respuesta anterior, ¿afecta la subsanación el derecho de los otros postores a ser tratados de manera igualitaria y transparente?*

No, porque la competencia sigue dándose en igual pie, pues la oferta del postor en cuestión es claramente apreciable y el defecto no cambia la posibilidad de competir de los otros ni genera una incertidumbre sobre los términos de la concurrencia. Una conclusión contraria podría generarse si el real contenido de la oferta no pudiese ser advertido de la propia oferta o si el error en el que se hubiera incurrido no fuera perceptible. Por ejemplo, si en ningún documento de la oferta se hubiese indicado que el plazo consignado estaba establecido en años y no en meses, o si el error fuera de tal naturaleza que sí podría pensarse un supuesto en el que la oferta podría haber estado en años, la administración de manera alguna debería de presumir algo diferentes. Lo contrario implicaría modificar el contenido de la oferta y afectar el trato igualitario a los postores, más aún cuando ello podría generar comportamientos estratégicos de los postores, quienes podrían “fingir” errores formales a efectos de mejorar sus propuestas y finalmente obtener el éxito en el proceso de selección.

V. CONCLUSIÓN

Como hemos visto, la informalidad no necesariamente implica un problema, sino que a veces constituye la única solución a las barreras que impone una mal entendida formalidad. Sin embargo, ello tampoco implica el “informalizar” de manera ciega la actuación de la administración para resguardarla de las restricciones legales, o el “formalizar” toda actuación de la Administración a efectos de eliminar la posible discrecionalidad que se derivaría de una actuación exenta de cualquier regla.

La propuesta que planteamos es la de ubicarnos en un punto medio. Se debe reconocer la importancia de la existencia de reglas claras que deban aplicarse a favor de la competencia y que garanticen a los administrados frente a una posible actuación arbitraria del Estado que termine por desnaturalizar un procedimiento de selección; así

como la importancia de cierta flexibilización en la aplicación de éstas reglas, a fin de asegurarnos que finalmente los aspectos formales no terminen por primar sobre los aspectos de fondo.

La idea es finalmente generar cierto grado de institucionalización y objetivización de la "informalidad" del Estado en sus actuaciones. Ello con el único interés de permitir que los objetivos de todo proceso de selección se vean concretados en la realidad. Finalmente, la aplicación irracional de formalidades termina por perjudicar al propio Estado, quien verá reducidas sus posibilidades de

obtener la mejor propuesta del mercado para cubrir sus necesidades. Debe tenerse en cuenta que el éxito de un proceso de selección no depende del cabal cumplimiento de todas y cada una de las formas, sino de la obtención de la mejor oferta por el Estado.

En síntesis, no se trata de colocar la carreta delante de los bueyes. Cuando *Competius* hizo eso en su oferta, despertó risas. Pero cuando el Estado hace lo mismo en su actuación y coloca la competencia detrás de la formalidad, entonces posiblemente nos den ganas de llorar.

Alfredo Bullard González
Christian Chávez Verástegui

EL DERECHO SIN COARTADA. DEL DIVÁN A LA TEORÍA DEL DERECHO. CÓMO LA DISCUSIÓN DEL *FILM* LEGAL DEFINE EL SENTIDO DEL FENÓMENO JURÍDICO

César Delgado-Guembes* **

En este artículo, el autor postula que el Derecho no es únicamente una experiencia cognitiva, sino sobre todo, una experiencia cultural. Así, el Derecho como experiencia cultural implicaría una relación subjetiva entre la norma y los sujetos con la realidad que se pretende regular; siendo que la norma no puede ser una situación aislada.

En este sentido, el autor desarrolla una propuesta original e innovadora del estudio del Derecho a través del cine legal, lo cual permitiría la comprensión del Derecho a partir de las experiencias que éste recoge. La experiencia visual permitiría al estudiante examinar y entender cómo opera el Derecho en situaciones reales de relevancia jurídica.

* Profesor de Derecho Parlamentario en la Facultad de Derecho de la PUCP.

** Me parece necesario expresar mi agradecimiento a las personas que revisaron previamente este texto, alcanzándome sus valiosos aportes, sugerencias y críticas. En primer lugar, a Ani Bustamante, quien resalta la importancia de mirar hacia fuera en un propósito de descentramiento y de alejamiento del eje autorreferencial de la propia disciplina, para articular el conocimiento propio a partir de su carencia y, por lo mismo, de su incompletud y de su necesaria complementariedad con lo que lo otro trae. Llamó mi atención, igualmente, la virtud que advierte del lazo que permite establecer el aprendizaje a través del cine entre el discurso académico, como espacio en el que se entrecruzan de modo múltiple los lazos de los órdenes imaginario, simbólico y real. Igualmente, me hizo ver el potencial subversivo que tiene la enseñanza del derecho a través del cine, en la medida que, contra el totalitarismo de la linealidad del sentido único que tiende a impartirse desde la universidad, el cine se convierte en el contra-sentido universitario en el que se retrata la potencia de las pulsiones de los operadores del Derecho. Y, por último, me apunta el carácter obturador o clausurador que tiene el conocimiento del derecho a través de las escenas cinematográficas, en la medida que lo puesto en escena a la vez que desvela la presencia del inconsciente como actor y operador efectivo de la acción también oculta o vela la verdad imposible de lo real. En segundo lugar, es obligado el agradecimiento a Haydée Ruiz Cámere, quien ha compartido conmigo apreciaciones importantes que me han servido para precisar ideas y alcances insuficientemente expuestos en este trabajo, los que he tratado de corregir. Agradezco, por último, a Claudio Ferreira por la lectura del texto en su condición de conocedor de cine, y la disposición de apoyo que me ha expresado en este esfuerzo.

Este artículo plantea la posibilidad y ventajas de enriquecer la comprensión del Derecho a partir del estudio de las experiencias y planteamientos que recoge el cine legal. Esto es, la posibilidad y ventajas de incorporar a la teoría del Derecho los datos de esferas de la experiencia jurídica, según la registra la cultura y la percepción que de ella tienen los *films* de contenido legal. Ello importa una propuesta para aprovechar manifestaciones de la cultura visual, con la finalidad de examinar cómo funciona, cómo se entiende, cómo opera y cómo se practica la legalidad por quienes se sitúan ante un problema de relevancia legal. La utilidad última esperada, obviamente, es la formación de una noción más rica y amplia del significado del Derecho, materia propia de quienes no sólo operan, sino que teorizan sobre éste.

Una aproximación de esta naturaleza requiere medios, instrumentos y herramientas que distan mucho de aquellos en los que usualmente se adiestran y desarrollan habilidades los estudiantes y profesionales del Derecho. Es una zona vasta en la que el objetivo es examinar la práctica y experiencia del Derecho en la vida y existencia de seres humanos. Con tal objetivo, es necesario plantear dos líneas de exploración básicas. La primera, el marco teórico para el conocimiento del derecho a partir de la experiencia de quien visualiza la narración fílmica; la segunda, el método para llevar a la práctica el propósito de conocer, aprehender y teorizar sobre el Derecho a través del *film*. Con este último propósito en esta contribución se plantean una estructura y líneas de acción que permitirían el aprendizaje en la universidad y, a través de ello, la habilitación de competencias y habilidades que enriquezcan el aporte de los profesionales del Derecho en la comunidad.

I. LA ÉPOCA Y EL CONOCIMIENTO JURÍDICO DESDE EL CINE

La finalidad y misión elemental de cualquier Facultad de Derecho es llegar al conocimiento del Derecho; éste constituye el objeto del conocimiento al interior de dichas facultades. Nadie duda de esa verdad con rango de tautología. Es una perogrullada enunciarlo. Sin embargo, no resulta igualmente claro que no siempre encontremos las mismas concepciones sobre qué es el Derecho ni en cada situación particular, ni en materia de identificación de los principios que se afirman o se aplastan al manejar o dirimir un conflicto ya sea doctrinario, administrativo, legislativo, o jurisprudencial. En estos casos, la falta de acuerdo no se toma como una falta, sino como consecuencia de una discrepancia en el plano de las percepciones. *Esse est percipii*, decía Berkeley¹. La percepción no es otra cosa que la carga de intenciones, intereses y deseos de quienes operan la realidad jurídica; son las intenciones, intereses y deseos el punto de partida para cualquier definición de qué es Derecho en general, y qué es Derecho en cada caso particular. A nivel general o particular, en cualquier caso, el Derecho es una experiencia basada en el consenso y en la convención. Es decir, por tratarse de un fenómeno eminentemente cultural y no físico, dista mucho de ser un fenómeno objetivo². Todo lo contrario.

El Derecho y la experiencia del mismo constituyen una experiencia irremediable e irreductiblemente subjetiva. Pero la comprensión hegemónica del Derecho es opuesta al reconocimiento de la subjetividad del saber. Por lo tanto, si asumimos como presunción y premisa que el Derecho es objetivo, son necesarios medios indirectos para exponer la realidad pretendidamente objetiva. La

¹ Ser es ser percibido. Curiosamente, el cine es imagen y su esencia debería aproximarnos –antes que alejarnos– a lo que somos, si coincidimos que la imagen supone la envoltura visual que presenciamos como espectadores de lo percibido. En este sentido, la imagen de lo percibido es una percepción en la que nos vemos a (y desde la que somos) nosotros mismos.

² No es propósito de este trabajo desarrollar el problema de la objetividad del conocimiento, que obviamente es materia imposible de agotar y sujeta a márgenes de discusión quizá interminables. Si se asume la premisa de que el alegato (epistemológico) de la objetividad esconde el pretexto (moral o político) de obligar, según el título del texto de Maturana (1997). En particular, es posible advertir tal pretexto cuando en la formación y en la práctica del Derecho se invoca con monumental soltura y desproporcionado énfasis que es la objetividad la que convence, la que persuade y la que vincula. Usos de la objetividad de ese estilo es lo que representa, en quienes practican la enseñanza o hacen ejercicio de la profesión bajo tales parámetros, un uso ideológico del Derecho. Es decir, la constitución de un cuerpo de afirmaciones axiomáticas (falsa conciencia) no sujetas a cuestionamiento, a las que se debe adherir quienquiera que aspire a la integración del gremio de la profesión abogadil. Tales usos convierten al Derecho en residuo de su naturaleza y pervierten el fin humano y social que le corresponde cumplir. Así concebido, el Derecho puede convertirse fácilmente en el catecismo de quienes pretenden sustituir el credo religioso por la convicción en las verdades que revelan los predicadores del derecho. Si bien es posible concebirlo como un sacerdocio, la sustitución de la naturaleza eminentemente subjetiva y convencional de esta disciplina por un supuesto saber objetivo que arbitra el pontificado de juristas no hace sino pervertir la nobleza de su servicio por otro que está al servicio del narcisismo de quienes se escudan tras la sola afirmación del supuesto de la objetividad. En el marco de la sociedad moderna que vivimos, el espacio y dominio de la subjetividad es innegable en cualquier experiencia humana. Pero el alegato de la objetividad en Derecho no es sino otra forma de negar axiomáticamente el relativismo y la pluralidad de racionalidades cohabitantes en la propia sociedad moderna cuya afirmación y fortalecimiento se pretende. Por lo tanto, un punto de partida de tal carácter configuraría un modelo de organización jurídica de la sociedad que niega la libertad y la autonomía como elementos centrales en la constitución de una comunidad democrática, elementos y comunidad que, contradictoriamente, se mencionan como el objetivo social más importante del derecho. Ver: “La objetividad (Un argumento para obligar)”. Editorial Dolmen.

subjetividad del derecho, entonces, debe demostrarse. Y la estrategia para tal fin debe sesgar el método y valerse de medios alternativos para lograrlo.

Cuando Slavoj Zizek afirma que mirando de reojo es cuando realmente se mira, lo que intenta decir es que lo furtivo, esquivo y disimulado de una mirada que se pretende que pase desapercibida es la verdadera manera de aprehender y conocer lo que se desea en la intimidad³. Dicho en otras palabras, la experiencia indirecta del deseo de saber a partir de la perspectiva camuflada, asolapada, clandestina y conspirativa de lo "caleta" genera un *plus* de goce, un goce de saber y de reconocimiento, de poder y de hacer, que no se obtiene con la experiencia directa y abierta de aprehender la objetividad. El disimulo y la obscenidad de lo furtivo acerca a la intimidad el sabor de un conocer privilegiado del que está privado el razonamiento que no se realiza a escondidas⁴.

Es en el marco de esta misma experiencia que puede afirmarse que el empleo de cine en la enseñanza del Derecho (como lo sería el de la reflexión jurídica a partir de la literatura o de la pintura) es una vía excepcional de aprendizaje que no se adquiere con el uso regular de cualquiera de los otros cursos regulares en una Facultad de Derecho. El cine puede ser una vía de primer orden, no excluyente sino excepcionalmente complementaria, de las vías clásicas, para conocer mejor qué es el Derecho y, por lo tanto, para construir una teoría del Derecho permeable a la cultura de la comunidad cuya dirección normativa se propone. Se trata de una incursión en la extra-territorialidad, en el territorio de una disciplina distinta al Derecho, estudiada y programada; es decir, el abordaje del cine en la medida en que éste, que suele verse sólo como entretenimiento o material para recrear la experiencia y el universo humano, ayude a comprender mejor el Derecho, tanto respecto a la temática como a los contenidos

afines al Derecho y a la experiencia del mismo en la sociedad.

El saber furtivo y el conocimiento de reojo desde la intimidad son formas de conocer qué se pasa de largo en la universidad. La universidad tiene en sus entrañas la semilla de la imposibilidad del conocimiento, y la tiene a pesar de sí misma. Esa semilla es la trampa que supone la supuesta aprehensión directa e inmediata del saber independiente del deseo, la intencionalidad y el interés del sujeto que pretende impartir o aprehender el saber. En la indiferencia ante este obstáculo se instala la crisis de todo saber y no sólo del saber de la academia. Para mejorar el estado del conocimiento es necesario no ocultarlo, sino delatarlo y denunciarlo.

El conocimiento académico tiene como aspiración central la objetividad universal. La percepción individual y la subjetividad serían, en ese supuesto, una forma de alejarse del conocimiento serio. No sería serio basar el saber en el conocer desde la intimidad de la mirada furtiva. Y la universidad no debiera alinear a sus alumnos en una narrativa del saber que desconozca o deje de lado la universalidad y objetividad del conocimiento. El discurso de la objetividad en este contexto es un impedimento; no en sentido absoluto, pero sí cuando en nombre de la objetividad se pretende desconocer el compromiso y la naturaleza universal de la subjetividad, de la emoción, de las pulsiones y de los intereses individuales en todo saber. El supuesto saber del Derecho y sobre el Derecho, por ello mismo, padece el mismo tipo de dolencia. Dolencia que preside precisamente la pulsión de muerte que obliga e impone un saber supuestamente aséptico, exento y desnudo de subjetividad, y pulsión de muerte que arraiga en el discurso del mito de la objetividad.

Al definir la época presente como un momento histórico cualitativamente distinto y diferenciable,

³ A propósito del llamado objeto *a* (*objet petit a*), afirma Zizek que los objetos que miramos "sólo asumen rasgos claros y distintos si la miramos "desde un costado", es decir, con una mirada interesada, sostenida, impregnada y "distorsionada" por el deseo". Es en este sentido que cabe entender que el objeto observado "es puesto por el deseo mismo y que el objeto sólo puede percibir una mirada "distorsionada" por el deseo, porque fuera de esta distorsión "en sí mismo", él no existe, ya que no es nada más que la encarnación, la materialización de esta distorsión, de este excedente de confusión y perturbación introducido por el deseo en la denominada "realidad objetiva". Sólo a partir del deseo furtivo es que el mundo de los objetos externos al sujeto adquiere el rango y *status* de realidad. La realidad adopta su *status a posteriori*, luego de haberse convertido en objeto del deseo del sujeto; esto es, luego de ser investido del goce del reconocimiento practicado por el sujeto que lo significa y organiza en su experiencia. Lo real no preexiste al lenguaje, sino que lo sucede; ello ocurre por la naturaleza heterogénea con que irrumpe súbitamente ante el lenguaje. Es el sujeto quien atiende la demanda, y desde que la atiende lo real aparece como contenido de la experiencia subjetiva. Lo real es un producto creado (una experiencia no representada que se representa) por el sujeto a través del contacto que éste tiene con una intimidad externa a él (el núcleo *éxtimo* o *extimidad*), que es más que él mismo y que constituye una promesa de goce (*plus* de goce). ZIZEK, Slavoj. "Mirando al sesgo. Una introducción a Jacques Lacan a través de la cultura popular". Paidós. 2000. pp. 29-31.

⁴ Corroborando el planteamiento de Zizek, Guy Lavallé señala que "lo obsceno surge por sorpresa, con el raballo del ojo". Ver: LAVALLÉ, Guy. "La envoltura visual del Yo. Percepción alucinadora". Madrid: Biblioteca Nueva. 1999. p. 117.

son dos los principales conceptos a los que suele recurrirse. La nuestra sería la edad de la globalización⁵ en la que se da el choque de las civilizaciones, y sería también la edad de la posmodernidad⁶ en la que los grandes discursos y las ideologías son superados por la pluralidad y el relativismo de los discursos locales y personales. La universidad, incluido como está su quehacer en el presente, no escapa a la naturaleza de las grandes tendencias en la comprensión de la historia y del pensamiento humano. Quienes ocupamos parte importante de nuestras vidas en relación con actividades típicamente universitarias no podemos dejar de quedar afectados por el desarrollo de los eventos que afectan en el presente a toda la humanidad. Nuestro saber sobre el Derecho es objeto de la misma dolencia dirigida por el impulso monopólico que impone la creencia del conocimiento objetivo de la realidad.

Es en el contexto de la globalización y de la época del pensamiento único (es decir, del capitalismo como régimen económico, de la democracia como forma política, y de los derechos humanos como horizonte social hegemónico) que la universidad debe enfrentar el desafío de encontrar maneras ingeniosas de aportar creativa y críticamente en el desarrollo humano. Desarrollo que, en nuestro caso, supone la enseñanza y la reflexión sin descuidar los aportes, perspectivas y visión generada en el enfoque de la diversidad de disciplinas que ofrecen nuestras casas de estudio a la comunidad.

¿De qué modo es posible aprovechar el devenir de la actual condición histórica en la enseñanza del Derecho? En principio, acogiendo con apertura el saber no especializado de quienes viven lo que la especialidad jurídica examina; esto es, abriendo el saber jurídico a los confines y fronteras de espacio ajenos a nuestra disciplina. Es una invitación a tomar distancia frente a la especialidad de cada quien, y tomar distancia para integrar y elaborar a partir de otras disciplinas. Por lo mismo, formulando una declaración saludable de insuficiencia.

En buena cuenta, el propósito de comprender es una pretensión de naturaleza teórica. Se hace teoría cuando se exploran y examinan actos y experiencias en busca de una mejor comprensión

de unos y otras. Hacer teoría es, además, una experiencia que permite afirmar el saber antes que la arbitrariedad del poder (es decir, en último término, siguiendo a Freud, la *bemächtigungstrieb*, o pulsión de poder). Nada más lejos del saber que excluir la diversidad que apela a la inquietud de la mente. El encapsulamiento emascula el saber y lo convierte, en esterilidad, en arbitrariedad y en carencia inatendible.

Es porque no podemos dominar la realidad desde el claustro de la propia especialidad que volteamos hacia el otro y reconocemos que tiene algo que nos falta. La interdisciplinariedad es expresión de orfandad y carencia original con la que somos seres arrojados a la mundanidad, a la historicidad. Somos seres carentes y desde la mancha ontológica de nuestra falta aspiramos a la completitud. Nos resistimos a permanecer en la orfandad esencial, en la precariedad ontológica de nuestro ser. Y ésta no sólo constituye una experiencia enriquecedora de la formación jurídica sino, sobre todo, de nuestra existencia humana.

La falta admitida y la insuficiencia reconocida convoca a otros. En la afirmación del papel importante que tiene el otro en nuestro propio proyecto de vida es que la precariedad se remienda y subsana. El ámbito propio de la teoría del Derecho no puede darse el lujo de no mirar los desarrollos de otras especialidades. La teoría del Derecho es un ámbito de generalidad, y en la generalidad encuentra su especialidad. Pero para que se mantenga como una disciplina debe cumplir con la difícil misión de enterarse e indagar sobre los conceptos del derecho que manejan y que afirman otras especialidades de ámbito menos general. Excluir de la teoría del Derecho los conocimientos de otras disciplinas es síntoma de regionalismo vernacular y, por lo tanto, de fragilidad y ausencia de conocimiento en la narrativa jurídica. El Derecho no es norma si se reduce a una doctrina inconexa y cerrada al mundo, ni es teoría si se priva en la asimilación de la hermenéutica propia de otras ramas y disciplinas jurídicas.

Junto con los peligros de la globalización, y de la mano con el todavía dudoso calificativo de posmoderna a nuestra época, una manera de robustecer el aprendizaje del Derecho es consultar

⁵ El concepto de globalización se toma, fundamentalmente, de BECK, Ulrich. "¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo y respuestas de la globalización". 1998., y de HELD, David. "La democracia y el orden global". 1997.

⁶ Tomo la noción de posmodernidad de HARVEY, David (1990). "The condition of postmodernity. An enquiry into the origins of cultural change". Blackwell. 1989.

sobre los usos y desarrollos novedosos de lo jurídico en otros ámbitos. En el caso particular de estas reflexiones, de consultar y tomar apuntes a partir de una mirada a expresiones culturales o humanas en las que el Derecho es vivido.

Quizá una manifestación cultural esencial a la época sea el mayor valor que tiene la comunicación de la información y la transmisión del conocimiento a través de las imágenes. Se ha hablado del poder del simulacro⁷ e imagocrático⁸ y de la sociedad icónica⁹, en los que algunos ven una amenaza frente a estrategias de poder anteriores a la globalidad o una amenaza frente a lo que desde la época de Gutenberg tomó la forma de una civilización de la lectura y del lenguaje escrito.

El cinema es un medio de comunicarnos a través de imágenes. El medio privilegiado es la imagen y ella genera una industria de producción económica que compite con formas de comunicación paralelas. Ya no se trata sólo de la lectura y el lenguaje escrito como única y excluyente forma de vivir como letrados. Hoy existe más de una forma de permanecer analfabeto. La nueva forma consiste en ignorar la comunicación a través de códigos y señales icónicas. Así como desde el siglo XV quien no consumía textos escritos formaba parte de una población disminuida, hoy la poca familiaridad con la sociedad icónica pone a las poblaciones ante nuevas formas de subdesarrollo.

Si es en el cinema donde podemos encontrar situaciones en las que la realidad se replica, y esta misma realidad consiste en situaciones sobre las que la ley prevé comportamientos deseables y desincentiva o penaliza las conductas indeseadas, el cinema es un medio útil para comprender el funcionamiento efectivo de la ley en la sociedad. Es decir, un medio que, por reproducir la

comprensión que otros se forman de la realidad, permite conocer al sujeto que imagina y construye la sociedad con un producto icónico, tanto como la forma en la que la sociedad afecta la comprensión de quienes la imaginan, construyen y producen.

En uno y otro caso, el del sujeto que recrea y reconstruye la realidad, tanto como el de la propia sociedad cuya existencia constituye al sujeto que la recrea, la imagen aparece como universo humano, como un cosmos que totaliza e integra experiencia subjetiva e instituciones sociales en un segmento selecto de la realidad. Cada *film* es un caso en el que interactúa la subjetividad y el mundo social en el que la subjetividad se desarrolla.

Si de todo el universo de relaciones e interacciones entre sujetos, y entre sujeto y sociedad, seleccionamos el imaginario comprimido en *films* en los que la temática es interesante para quienes procuramos explicarnos las relaciones entre el Derecho y el hombre, o el Estado y el individuo, el proceso de reflexión debe, cuando menos, ampliar enormemente el horizonte de nuestra comprensión y conocimiento de la realidad social, no menos que la revisión y recreación de nuestra propia experiencia personal. Este enfoque y actitud de apertura deja de lado el centrismo y la ilusión de saber único, total, cerrado y completo que da la actitud lineal con la que se suele impartir el saber jurídico en el discurso académico. El ver el Derecho desde el cine expone y denuncia la ilusión de sutura del saber jurídico. Por ello, acercarse a una expresión contraria a la que general y usualmente se adopta en las facultades de Derecho, en este caso a través de la comprensión de la incrustación del Derecho en la escena cinematográfica, tiene un poder cognitivo y vivencial de alto contenido subversivo. ¿Cómo no lo sería reconocer que es en la experiencia del sujeto en el que el derecho

⁷ Ver, por ejemplo: BAUDRILLARD, Jean. "Cultura y simulacro". 1998.

⁸ Ver el estudio de DAMMERT EGO AGUIRRE, Manuel. "El estado mafioso. El poder imagocrático en las sociedades globalizadas". Ediciones Virrey. 2001.

⁹ El concepto de sociedad icónica difiere del concepto creado por Daniel Bell y desarrollado por Manuel Castells de "sociedad de la información". La sociedad de la información se refiere básicamente al tipo de sociedad *post industrial* en la que la economía gravita cada vez con mayor intensidad alrededor de las actividades productoras de servicios de información, y ello con el soporte indispensable del desarrollo de la tecnología informática. En la sociedad de la información, la velocidad con la que las redes tecnológicas y la disminución de distancia en el planeta (como resultado del desarrollo de la globalización) permiten niveles altos e intensos de conectividad por redes informáticas más allá de las fronteras físicas de las localidades, y sitúan cualquier tipo y cantidad de información a disposición del planeta. La sociedad icónica se define como aquella que privilegia la comunicación mediante el lenguaje de un tipo de imágenes a las que se identifica como *íconos*, con la finalidad de evitar los detalles propios del lenguaje narrativo y favorecer la comprensión universal del conocimiento. Esto es, opta por la narrativa visual de los contenidos del pensamiento, las emociones y afectos en unidades semánticas que pasan de lo básico a lo complejo. El propósito universalizante de este objetivo, la sociedad icónica, es una designación similar a la que se llama la sociedad del conocimiento. A este efecto, es importante no confundir el medio icónico con las imágenes. Los íconos admiten descomposición en unidades más pequeñas de contenido, lo que no suele ser el caso de las imágenes que tienen naturaleza continua y no son iguales a lo que representan. Las imágenes tienen un grado de iconicidad más alto que los pictogramas, por ejemplo, en tanto que los íconos propiamente dichos son unidades menos complejas que las imágenes en general. Los íconos pueden tener mayor poder simbólico pero menor poder representativo que las imágenes y, en este sentido, el lenguaje icónico es un medio de comunicación que tiende a quebrar el concepto de identidad con mayor capacidad que las imágenes.

queda cosido y constituido como orden normativo?¹⁰

Por ello, el estudio del Derecho a través del cine puede ser una forma experimental y vivencial muy importante para enriquecer la teoría del Derecho, lo que significa argumentar jurídicamente y ampliar la perspectiva de lo que llegamos a conocer a través de la sola discusión de la doctrina de los maestros en teoría general del Derecho y de sus comentaristas. El Derecho en el cine es una vía para desentrañar la relación entre el poder y el Derecho, o la Economía y el Derecho, no menos que entre el espacio íntimo del deseo de individuos privados y su interacción en colectividades y el poder, la Economía y el Derecho¹¹.

La visualización del derecho en *films* permite proyectar el mundo de la experiencia personal fuera de nosotros mismos. Permite, por eso mismo, advertir en agentes ajenos a nosotros mismos la presencia de *la coartada*¹² que apela a la objetividad jurídica (es decir a la orden de someterse a las jerarquías y a las hegemonías de posiciones dominantes) y puede colaborar en el esfuerzo de denunciar los usos impropios de la supuesta objetividad y del supuesto Derecho en servicio de las subjetividades y apetitos de quienes operan el guión y los escenarios del Derecho proyectado en el *film*. La pretensión y propuesta es que este ejercicio puede curar, sanar y reparar; puede ilustrar y prevenir; a la vez que expone el marco esencial y sistemático de impurezas que suele ocultarse detrás del alegato de la supuesta

objetividad que desde el film no se avala sino que, por el contrario, se desvirtúa y niega.

II. EL MARCO TEÓRICO DEL ESTUDIO DEL DERECHO MEDIANTE EL CINE

El cine es una disciplina y una especialización en sí mismo. La cinematografía es una profesión. Para producir, dirigir o representar se pasa por una malla curricular de nivel superior. El cine es, en este sentido, una técnica de construcción e invención de la realidad, o su reproducción o su crítica. Pero el cine es más que eso. El cine también es un producto social. Selecciona en su mirada segmentos de la realidad y del imaginario colectivo que propone, acopla y proyecta públicamente según la propuesta de los profesionales en esta disciplina.

Por eso es que, como producto social, el cine puede convertirse en una herramienta de aprendizaje con igual potencial que el de los textos doctrinarios, la jurisprudencia o las leyes y acuerdos entre particulares. En este sentido, no existe un método único para conocer el Derecho a través del cine. La hermenéutica de Ricoeur es útil para comprender cómo mediante el desensamblaje de las diversas etapas de la narración es posible conocer la experiencia y comprender el mundo.

En la medida que el Derecho no es sólo una experiencia lógica o cognitiva sino, ante todo, una experiencia cultural, es decir una relación subjetiva o personal entre la norma y los sujetos cuya conducta pretende regular, el fenómeno jurídico no

¹⁰ Debo estos alcances a la comunicación electrónica que me hizo llegar Ani Bustamante. En ella dice que "el discurso universitario sería el discurso del amo, en tanto pretende la unidad imaginaria del saber, el predominio de un yo ante el espejo que no da lugar a la creación y la irrupción de lo nuevo, sin aceptar el corte y aquello que no puede ser nombrado, que pertenece al orden de lo real, y que sin embargo pulsa sobre nuestro cuerpo, nuestra sexualidad y nuestra manera de buscar el goce. Allí hay una política: la política del goce". (correo electrónico del jueves 24 de Mayo del 2007).

¹¹ Castoriadis dice que el individuo, haga lo que haga, en el fondo se considera el centro del mundo y que su pensamiento, en tanto realidad psíquica, está constituido por representaciones formadas a partir del deseo del individuo. Ver, URRIBARRI, Fernando. "Cornelius Castoriadis, subjetividad e históricosocial". En: <http://educ.ar>. p. 9.

¹² Utilizo el concepto de *coartada* según la elaboración que realiza DERRIDA. "Estados de ánimo del psicoanálisis. Lo imposible más allá de la soberana crueldad". 2001. Puede encontrarse igualmente en: <http://www.jacquesderrida.com.ar/textos/estados.htm>. Se trata de la Conferencia pronunciada por Jacques Derrida, el 10 de Julio del 2000, en el Anfiteatro de La Sorbona. La coartada, en cualquier caso, es entendida en este trabajo como el disfraz del deseo del montaje legal, y ello porque en el proceso de montaje el deseo queda sin incorporar. Por esta razón, la calificación como coartada que hay que desmontar y denunciar no tiene por contenido una evasión perversa y deliberada que suponga la imputación de una manipulación (violenta o no) o el propósito de devorar ni alienar las mentes, afectos ni intereses desprevénidos de la comunidad y de los sujetos que la integran, sino básicamente la exposición de la dirección de los intereses de quienes necesitan obligar con el pretexto de la objetividad, y obligar para mantener un estado de cosas que favorezca precisamente la dirección hacia la que se necesita o la complicidad o la sumisión de quienes integran la comunidad. Descubrir el montaje (la coartada) es un acto de conciencia que debe exponerse de manera que quienes participan en la comunidad respeten o se opongan en una dirección u otra en base a la información adecuada sobre los efectos que tal dirección tiene en la propia conciencia, los propios deseos y, también, los propios intereses personales o corporativos. Si el Derecho es definido como el espacio y aparato a través del cual se manifiesta el *monopolio de la violencia legal* (Max Weber) en beneficio de la propia naturaleza y salud del Derecho como instrumento de bienestar moral de la comunidad, es necesario realizar la labor de desenmascaramiento de la coartada, desenmascaramiento que facilita el laboratorio de una clase en la que la experiencia jurídica se revisa mediante el análisis de *films* de contenido legal. La clase, de este modo, se propone desentrañar los modos en los que el Derecho se apropia de la *psique* y de los cuerpos de los sujetos que conviven en una comunidad (sea familiar, corporativa, regional, estatal o global).

puede aislarse sólo en la esfera descarnada e incorpórea del conocimiento abstracto de la ley. El saber es una actitud que comprende el proceso de asimilación o de confrontación con la regla social. Por tratarse de una experiencia, la comprensión del Derecho es incompleta y trunca cuando sólo se plantea su conocimiento como una tarea conceptual. Por esta misma razón, todo medio de entendimiento de la experiencia en la que el sujeto toma posición respecto del Derecho a partir de su subjetividad debe servir para comprender mejor la esencia de la ley y las vicisitudes en su asimilación y aplicación.

La ley es primariamente una norma. Por lo tanto, un marco de convenciones que compromete y condiciona conductas permitidas o proscritas. Es decir, de un marco que constriñe o reprime algunas maneras en perjuicio de otras. Generalmente, se trata de normas escritas oficialmente aprobadas por la autoridad estatal en la diversidad de sus niveles, pero también es posible calificar como ley toda regla regular y universalmente reconocida con efectos coercitivos para la comunidad. Es decir, de convenciones adoptadas a partir del consenso, la convención y la costumbre que las mantiene socialmente vigentes. Por eso, responder la pregunta sobre qué es Derecho requiere el examen de la interacción e interrelación entre el texto de la ley y la experiencia de la comunidad para la que existe como norma. En ese sentido, la ley es una forma de narrar o relatar normativamente el proyecto de orden para la vida de una comunidad. La narrativa legal consiste en el guión, en el diseño preestablecido de la acción humana. La ley narra y predetermina la acción y define qué es admisible y jurídicamente correcto, a la vez que establece qué acciones humanas no son deseables e incorrectas.

Examinar la experiencia de la ley en acción y no sólo como texto es tanto una forma de restaurar el sentido de su carácter normativo, como de reducir el carácter ilusorio que genera la sola dimensión textual. La ley supone una trama, es decir, una lectura de sucesos de la realidad cuya finalidad es estructurar y ordenar conductas con el objetivo de definir qué es lo normal. La ley presupone una estructura de la realidad anterior a la definición de la pauta normalizadora. Esa estructura, además, es una estructura leída por quienes compiten en los diversos procesos de definición y afirmación respecto a qué es la normalidad que debe recoger o que, en efecto, recoge la ley. Por lo tanto, existe un hito importante entre la percepción subjetiva de quien norma, a partir del impacto que la estructura de la

realidad tiene o imprime sobre su conciencia (y por cierto, también –y quizá primordialmente– sobre su inconsciente).

A continuación presento dos canales de acceso al estudio del Derecho a través del cine. En el primer caso se trata del concepto de mimesis de Paul Ricoeur, el mismo que es útil en la medida que permite comprender la norma como un texto permeable antes, durante y después de su existencia como relato. El cine, en esta perspectiva, permite la incorporación de la realidad subjetiva de la intencionalidad, del interés y del deseo, a partir de la cual el Derecho será el instrumento que permitirá afirmar un orden deseado tanto para el particular como para la comunidad en general. En el segundo caso, se trata del concepto de *envoltura* visual que presentan Didier Anzieu y Guy Lavallée; dos psicoanalistas que ofrecen un marco que abarca la comprensión del mundo a partir del sujeto. Particularmente, el aporte de Lavallée es útil porque ve en la fantasía que produce el cine, una prolongación y proyección del Yo visual que encuadra y refleja el mundo mediante una técnica que contiene, limita, protege y estimula a través de la pantalla y del aparato psíquico visual la participación directa, el involucramiento y la precipitación de emociones y representaciones de la realidad que el espectador ve reflejada.

1. Los tres momentos miméticos de Ricoeur

Bajo la premisa de que la ley sea una narrativa o un relato de carácter normativo, ayuda a su comprensión el examen de la relación entre su texto y la experiencia de asimilación o confrontación. Todo texto legal incorpora y tiene en cuenta el saber y la experiencia de la comunidad que lo crea tanto como aquélla a la que se dirige. El cine lo que hace es recoger la narrativa propia y estrictamente legal y ponerla en escena. El cine narra y muestra, a través de lo que se podría llamar el “cine legal”, la experiencia del cine, el cine en la vida. El cine legal narra el relato de la experiencia de la ley. De este modo, el cine delata, describe y pone al descubierto la multiplicidad de sentidos de la experiencia con el Derecho en la vida de la colectividad.

Para Ricoeur, toda narración o relato encierra tres momentos y tres tipos de relación del texto con la experiencia. En cada uno de esos momentos se da un fenómeno de mimesis; es decir, de imitación o aprehensión y reproducción de una realidad. A tales mimesis las llama *pre-figuración*,

con-figuración, y **re-figuración**¹³. El planteamiento de Ricoeur ayuda a entender tanto la creación del Derecho a partir de la realidad y su recepción por la colectividad a la que está destinado, como la propia creación cinematográfica de contenido legal, para la que los diversos momentos en el proceso de creación, elaboración y aplicación del Derecho son datos sociales que el cine tiene el cometido de mostrar al espectador. Revisemos las tres mimesis en los dos niveles narrativos: el propiamente legal y el cinematográfico con contenido legal.

En tanto narración legal, la **pre-figuración** es el primer contacto entre la ley y la realidad. Es de la realidad material y efectiva no normada de la que la ley toma su fuente. Para normarla, debe pasarse de la inteligencia de la realidad a la comprensión legislativa de la misma. Es en la reproducción de este momento en la que cabe encontrar el éxito o el fracaso de la comprensión de la acción humana. La legalidad resulta de la lectura del universo pre-legal o pre-normativo; es ella la que permite la *poiesis* normativa, resaltando los objetivos éticos y dividiendo las conductas entre aceptables y rechazables por la ley.

El cine se nutre de la relación entre ley y realidad. La narración que presenta un *film* parte de una lectura (real o ficticia) de la relación entre hombres e instituciones y el ordenamiento legal. En la etapa pre-figurativa se encuentra el material que será seleccionado en la película para exponer el comportamiento y sentido de la realidad en la que se vive la interacción de carácter legal.

Desde el punto de vista de la narración legal en la **con-figuración**, el legislador actúa poéticamente, es decir, crea ese universo simbólico que fija la varilla de la cultura imaginada o deseada para la acción humana en la sociedad. En este mismo sentido, la ley contiene el universo de emociones aceptables a partir de las cuales se aspirará a conducir la experiencia del destinatario que es la colectividad. La ley es el contexto en que la acción humana toma su significado y sentido. Toda intencionalidad humana se articula en una red conectada al orden previsto o sancionado por la ley. La fortuna o el infortunio de la comunidad

se despliegan y desarrollan en el contexto de la narración legal.

La ley, así, aspira a transformar la diversidad de la individualidad en la identidad y permanencia de un mismo cuerpo social. Toda ley tiene presente un tipo de individuo como modelo para el óptimo desarrollo de la sociedad. El conflicto o discordancia mella la identidad de la sociedad y la desordena, en tanto que la adaptación permite la permanencia de la misma con una misma identidad. Es por esta razón que la ley no deja de afectar la realidad psíquica o el mundo interior de los miembros de la comunidad cuya acción regula. Así entendida, toda ley es una ley para el mundo al que se dirige. La ley, en tanto guión de persuasión de la conducta, constituye un elemento importante en la construcción nacional de la subjetividad, porque es un medio que define las estrategias de adaptación, de transformación o de oposición de la comunidad.

Así como desde el punto de vista de la narración legal puede verse en la configuración a los operadores del sistema legal como creadores del orden normativo, desde el punto de vista de la narración cinematográfica, la narración legal se convierte en objeto de producción y creación. Esta vez, el creador no es el legislador, el juez, los abogados o las partes, sino el autor del guión, el director, o los actores que representan la narración cinematográfica.

En el contexto de la narrativa propiamente legal, la **re-figuración** es el espacio en el que el texto legal se intersecta con el mundo y con la experiencia de la norma por los individuos y la comunidad. El ciudadano recibe y asume la ley (o su negación) como experiencia del mundo en su cuerpo. Se remodela el sí-mismo de cada sujeto que internaliza o se rehúsa a internalizar la norma. El guión hace carne en la trama de la experiencia subjetiva de cada miembro de la comunidad para la que se crea la norma. En esta fase se constata el proceso poético que revive y continúa las etapas anteriores y en ella también se diluyen las nociones del dentro o del afuera del texto legal. En este momento se produce la creencia o la sospecha y se reproduce o se niega

¹³ En el desarrollo de estas nociones, resumo las ideas de Ricoeur en su obra de tres volúmenes *Tiempo y Narración*. En la medida que el autor no toma en consideración el discurso normativo ni lo califica expresamente como un relato, el riesgo de hacerlo es exclusivamente mío y queda como una propuesta a partir de la cual se intenta justificar la comprensión del Derecho desde una perspectiva que, si bien es en esencia metajurídica, no deja de tener un objetivo final de naturaleza jurídica y, por lo mismo, es útil para la comprensión y puesta en sentido del Derecho a partir de su comprensión como un producto social en el que se encarna el imaginario de una realidad normada.

la identidad y la permanencia pretendidas en el texto de la ley.

Esta experiencia es también una experiencia narrativa. El relato en este caso, sin embargo, es experimental. Está constituido por la experiencia de afirmación del sí-mismo y de la comunidad en un orden no deseado sino efectivo. La ley es validada, cuestionada o deslegitimada. El sujeto queda subyugado por la provocación a la identidad que la norma fija, o destruye el encanto y niega el orden creado por el legislador. La existencia del sujeto y su corporalidad dan vida o extinguen el hechizo de la ley. Es de este mismo contexto del que toma su material, nuevamente, la pre-figuración para con-figurar el universo social, y es aquí también donde cada sujeto y cada comunidad es leal a su imaginario, o donde sucumbe ante los intentos de colonización o conversión del imaginario de un Otro cuya autoridad normativa se desconoce.

Del mismo modo, en el escenario de la narración cinematográfica se da la intersección del espectador que visualiza el *film* en el que el contenido mostrado es la experiencia del Derecho. Se da, pues, una doble intersección: la del ciudadano u operador del Derecho respecto de la norma misma, y la del espectador a quien se le muestra la experiencia que otro personifica, representa y vive de la normatividad y legalidad. Quien se propone reflexionar o estudiar el derecho a partir de la experiencia del cine legal se sitúa así en tres planos: el de quien examina la realidad a partir de la cual el cine muestra; el de quien tiene la condición de operador potencial o activo del derecho (el estudiante es un abogado, juez, legislador o asesor legal en potencia), y el de quien debe asumir una posición respecto del sentido que tiene su experiencia como espectador, como estudiante y como crítico.

El estudiante que revisa el *film* legal es evaluado por su capacidad para examinar la experiencia de la legalidad en una película, para advertir los sentidos de esta experiencia como medio para mostrar o describir los usos correctos o incorrectos del Derecho, así como para diagnosticar y proponer alternativas de mejores prácticas para

operar mejor con el Derecho en vista de la finalidad social y ética que éste tiene respecto de la comunidad. Para alcanzar estos objetivos en su evaluación es importante que la visualización del *film* se realice asumiendo conscientemente y tomando distancia de las fantasías que genera en él su propia experiencia visual. Para lograr que la experiencia visual a experimentar sea utilizada provechosamente, parece necesario recurrir a una segunda fuente de interpretación de la realidad fílmica: la envoltura de la que es objeto cuando ve a partir de sus propios deseos, intenciones e intereses, conscientes e inconscientes. La experiencia tiene un componente alucinatorio o encubridor que en muchos casos resulta imperceptible en el espectador; es importante identificarlo para prevenir que el sesgo no impida la apertura hacia una comprensión y sentido más abiertos de la experiencia legal.

2. De la envoltura de la piel a la envoltura de la pantalla

Didier Anzieu desarrolla la noción del Yo piel¹⁴. El Yo piel es la capacidad que otorga a la persona protección, contención y límite en sus relaciones con los demás. La piel tiene un sentido no literal, sino que incluye el aspecto emocional y cognitivo, como membrana corporal con componente psíquico que aísla y que defiende al individuo frente al mundo externo. La piel, en el sentido somático —a la vez que psíquico— que utiliza Anzieu, es la envoltura que tiene como finalidad asegurar y proveer de certeza y bienestar a la persona. Es tanto barrera física como filtro sensorial y psíquico para la interacción. La estructuración de toda vivencia psíquica tiene como soporte material la experiencia corporal a través de la piel¹⁵.

La experiencia de la piel permite las representaciones constitutivas del Yo, mantiene la *psiquis* del individuo¹⁶, envuelve todo el aparato psíquico¹⁷, actúa como caparazón rígido (como la piel del crustáceo) que defiende respecto del engranaje con terceros¹⁸, asegura la individuación del sí-mismo y el sentimiento de ser un ser único¹⁹; impide la sensación de desmantelamiento o fragmentación integrando las interconexiones sensoriales²⁰; actúa como sostén de la energía

¹⁴ ANZIEU, Didier. "El Yo piel". Madrid: Biblioteca Nueva. 1994. pp. 47-55.

¹⁵ Ibid. p. 107.

¹⁶ Ibid. p. 109.

¹⁷ Ibid. p. 112.

¹⁸ Ibid. p. 113.

¹⁹ Ibid. p. 114.

²⁰ Ibid. p. 115.

erógena y permite distinguir la diferencia y la complementariedad de los sexos²¹; facilita la recarga libidinal a través de los estímulos externos sensomotores²²; inscribe las huellas sensoriales táctiles que remiten en espejo la imagen de la realidad²³, y está al servicio de la pulsión de apego y a la pulsión libidinal²⁴.

Basándose en la noción del Yo piel de Anzieu, Guy Lavallée elabora y desarrolla ese mismo concepto enfatizando en el papel que tiene la visión. Ver es una forma de envolver el yo²⁵. Quien ve no aprehende la realidad sino a partir y a través de su aparato psíquico. La realidad es una visión de lo real que procesa la *psique* de cada individuo y, en su caso, cada comunidad. La realidad es una forma de afirmar qué es lo real fuera de la *psique* individual y colectiva²⁶. En cualquier caso, siempre se trata de que la realidad es una realidad de objetos representada por una instancia psíquica²⁷. La realidad recibe la condición de tal cuando la representación que tiene el sujeto de ella es simbolizada mediante una representación en la experiencia del sujeto ante el cual aparece lo real aún sin representación ni simbolización²⁸. Según la mayor o menor capacidad relativa de suspender el poder representativo de la subjetividad como la realidad de las imágenes será de tipo *operatorio* (realista) o de carácter *alucinatorio* (ficcional)²⁹.

El cine, en este sentido, es un dispositivo objetivador o alucinador de la realidad, según la

forma en que lo real sea descompuesto (reconstruido o deconstruido) en el acto perceptivo (mimesis con-figuradora). La pantalla proyecta, representa y significa lo real (mimesis pre-figuradora) en un producto visual. El equipo que elabora la película “reúne fragmentos de una realidad discontinua y, a partir de ella, entrega al espectador la reconstrucción de impresiones de una realidad homogénea y continua”³⁰. El nexo entre lo real y el producto se encuentra en quienes crean y representan la película. La experiencia de lo real y de su recreación como una propuesta de realidad o de alucinación son los sujetos que interpretan y expresan el relato, la narración. En el plano de la re-figuración, ver una película es un acto en el que la proyección, representación y significación apela al aparato visual y psíquico del espectador. El espectador recibe lo proyectado, se lo representa y lo resignifica en el mundo de su experiencia.

Para el espectador, no hay imagen en la pantalla de cine que no sea una imagen encontrada por su *psique*³¹. Lavallée dice que el espectador, en su calidad de creador, “ha elegido las porciones de espacios y de tiempo que por reunión han construido las significaciones en el infinito perceptivo del campo visual. Para mí, esas imágenes son los equivalentes externalizados fijados e hiperrealistas, de mis representaciones de cosas puramente psíquicas. Más exactamente, esas imágenes son mis “recuerdos-encubridores”, representan mis percepciones, pero las transforman y las fijan en

²¹ Ibidem.

²² Ibid. p. 116.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibid. p. 117.

²⁵ En el acto de ver una película, quien la visualiza interactúa con imágenes auditivas y visuales, las mismas que pueden generar representaciones en el sujeto. La interacción y representación suponen, como señala Aulagnier, el rechazo de elementos heterogéneos de la propia estructura personal o, inversamente, su transformación en un material que se convierte en homogéneo a él. Aulagnier apela al concepto de metabolización que rige la actividad orgánica para explicar el proceso de representación psíquica. En este sentido, la visualización de un *film* produce en el sujeto un fenómeno de asimilación dentro de su subjetividad, a partir del teatro de la propia experiencia. La puesta en sentido, la comprensión y la interpretación del *film*, en este contexto, pasa por el filtro y el proceso de absorción de la propia subjetividad donde la materia prima es la información recibida que es transformada en representaciones de la realidad visual a la que es expuesto quien la visualiza. Cuando el proceso de absorción rechaza elementos heterogéneos a la realidad psíquica y a la subjetividad de la persona, la posición es defensiva. Cuando se asimila y absorbe la información transformándola en elementos homogéneos de la propia subjetividad, la posición es sostenedora porque se basa en el principio de autoconservación del sujeto. Ver: AULAGNIER, Piera. “La violencia de la interpretación. Del pictograma al enunciado (Amorrtu)”. 1977.

²⁶ Lo real, en el contexto de la teoría epistemológica que permite el acceso según la propuesta de este trabajo, no tendría el *status* de conocible. Lo real siempre es esquivo. Lo que se conoce es únicamente la realidad representada, pero la materialidad de lo real es inaprehensible en sí misma. Lo real sólo aparece para ser simbolizado en una representación como conocimiento del sujeto al que lo real aparece. La realidad es el juicio sobre lo real que representa simbólicamente el sujeto. La realidad tiene, por eso, un *status* con alcances similares a los del lenguaje.

²⁷ Aulagnier afirma que “toda representación, indisolublemente es representación del objeto y representación de la instancia que lo representa, y toda representación en la que la instancia se reconoce es representación de su modo de percibir al objeto”. Op. Cit. p. 25.

²⁸ La referencia implica que la realidad (a diferencia de lo real) tiene un *status* eminentemente cultural. Lo real permanece sin conocer, porque el conocimiento de ello es un conocimiento envuelto en el discurso que la cultura del sujeto y a la que pertenece el sujeto le confiere la condición de realidad en el universo de nociones, bienes, productos y conceptos culturalmente reconocidos. De ahí que quepa afirmar que lo real nunca es conocible: es la aparición de lo real no simbolizado ni representado lo que se postula como la realidad. Lo real permanece más allá de la capacidad y de la intención del sujeto de representarlo. Siempre representa realidades sin que lo real mismo sea susceptible de reducción a una representación ni simbolización. Ver: Op. Cit. p. 26.

²⁹ LAVALLÉE, Guy. “La envoltura visual del Yo. Percepción alucinadora”. Madrid: Biblioteca Nueva. 1999. p. 298.

³⁰ Ibid. p. 300.

³¹ Ibidem.

una construcción defensiva”³². El cine, desde este punto de vista es una “neo-realidad”³³ que ha sido generada a partir del deseo (Lavallée dirá que obedece al principio de placer y surge de la alucinación de deseo) en la que está contenida más que una percepción directa de la realidad, pero que conserva la impresión de una percepción directa³⁴. La precaución que se deriva de esta constatación es que, sin haber sido creada directamente por el cine, “el cine realiza una fantasía de omnivigencia”³⁵.

Es la *fantasía de omnivigencia* la que cumple una función equivalente a la que tiene la piel para Anzieu: para el espectador, no menos que en su momento lo fue para el creador de la película, la proyección, gracias a la fantasía de omnivigencia, deja la impresión no de que lo real aparece como imagen, sino como la realidad misma. En la medida en que el espectador pierda de vista el riesgo al que lo somete su propia psique (en el acto de re-figuración) es que caerá más hondamente en la dinámica alucinadora que lo induce a creer que la realidad de la imagen (configurada) es más real que la realidad (pre-figurada)³⁶. El propósito de la reflexión universitaria en un aula de aprendizaje es una vía que permite desmontar y descongelar el estado hipnótico y paralizante que tiende a inocular la pantalla en el espectador³⁷. Y desmontar y descongelar tal actitud empieza con la denuncia de la ilusión que genera en la *psique* la evidencia perceptiva³⁸.

La experiencia de la visualización de una película constituye pues una envoltura que forma parte del yo y que recubre a cada sujeto a partir de la transmisión de imágenes que llegan por la visión y desde ella atraviesan la integridad del aparato psíquico³⁹. Por eso, la visualización del *film* es una experiencia psico-somática mediante la cual la vista corporiza en el espectador una experiencia

sólida. La imagen se engasta en el cuerpo a través de la vista, y la emoción sensorial que la vista ocasiona convoca la diversidad de experiencias conscientes e inconscientes que envuelven con su piel al sujeto en una unidad psíquica y corporal. Se fusiona la experiencia psíquica con la envoltura visual de contención, de protección, de defensa y de límite.

3. De la envoltura de la mimesis al vaciamiento del Derecho

El apoyo en el cine para la enseñanza y aprendizaje del Derecho es, en este sentido, una manera de desmitificar y reducir la capacidad mágica que se suele atribuir al conocimiento del Derecho a través de la reflexión sobre el sentido del texto positivo de la norma. El cine sitúa la experiencia jurídica en un plano similar al de quienes operan con el Derecho, quienes obvian y minimizan inconscientemente el carácter alucinatorio que a los que su propia intencionalidad, intereses y deseos los someten en el acto de representarse la realidad que el Derecho regula a través de un texto con fuerza vinculante para afectar el comportamiento individual y colectivo.

El aporte de este enfoque no es insignificante. Se concibe la creación y aplicación del Derecho como una experiencia en la que lejos de estar exento el componente psíquico, éste resulta ser la dimensión oculta y carente en la comprensión y búsqueda de sentido del Derecho. Esas imperfecciones en la norma o en su aplicación resultan no escapar de la envoltura dérmica con la que cada operador del Derecho expresa una opinión o realiza un acto de relevancia jurídica. En los extremos se tratará de la hipersensibilidad fetal de la piel de algunos; en otros, de las costras impenetrables y catatónicas del crustáceo. La psique no sólo se engasta y hace el cuerpo, la psique también envuelve el cuerpo. El razonamiento jurídico es expresión no sólo del

³² Ibidem.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibid. p. 301.

³⁶ Ibid. p. 308.

³⁷ En un correo que me dirigió Ani Bustamante, puntualiza que “allí donde la imagen hipnotiza, en donde hay puro plus de goce escópico, se anuda un orden simbólico introducido por la temporalidad del relato (podríamos pensar en la linda metáfora de la edición en cine, como recorte estructurante) y luego la necesidad de crear algo, una imagen, un objeto causa de deseo (objeto a) del orden de lo imaginario, para bordear el agujero de lo irrepresentable (Real)”. La alusión permite conceptualizar y percibir con claridad la superposición de los tres órdenes (imaginario, simbólico y real) anudados en el lazo de la imagen visual que pone delante de la *psique* de quien la visualiza para aprender a través del objeto subversivo de un saber jurídico no suturante que debe enriquecer el discurso y el saber ilusorio y usualmente lineal de la universidad.

³⁸ LAVALLÉE, Op. Cit. p. 308.

³⁹ En comentario que me hizo Haydée Ruiz Cámere precisa que la experiencia visual, de la que digo que atraviesa la integridad del aparato psíquico, no cancela la que corresponde a otros sentidos ni la de la memoria, que pueden permanecer desatendidos con la experiencia visual sin quedar atrapados en la fantasía omnividente.

consciente, sino igualmente de las pulsiones y deseos del inconsciente de quien opera y habla por el derecho. Y esta operación se produce en la “máquina de deseos” que podemos ser los seres humanos⁴⁰; las personas cuyas psiques se fusionan en la pantalla, de la que seleccionan defensivamente aquello que confiere sentido a su identidad personal.

El proceso de reflexión y argumentación, a propósito del aprendizaje del Derecho mediante el cine, no sólo aporta en el saber del Derecho. Importa además la experiencia del Derecho desde la mirada interior que realiza quien queda envuelto en la fantasía de omnivigencia de la que, ciertamente, debe realizar el esfuerzo de salir para describir el mecanismo mediante el que se formó tal fantasía. Realizar exitosamente el proceso de atravesar la fantasía de omnivigencia es una competencia humana adicional para la persona que la experimenta y es también un saber especial que prepara al operador del Derecho para lograr una cultura más humana de la norma. De este modo, es posible contar con herramientas que disuelvan el hechizo de la omnivigencia que niega

la parcialidad que resulta de una fantasía. Dos de los extremos de la impotencia para romper el encanto de la omnivigencia son la psicopatía y la corrupción, y éstas se expresan en cualquiera de las etapas de la experiencia jurídica.

Sólo cuando se atraviesa el fantasma de la omnivigencia es que el Derecho deja su espacio, se despoja de la coartada y expone el deseo, la intención y el interés como fuente de la norma en el contrato social, al mismo que Piera Aulagnier llama el *contrato narcisístico*⁴¹. Es en este mismo espacio de desfondamiento y vaciamiento del Derecho que debe descubrirse y reconstruirse la propuesta de convivencia social en la que el objetivo sea sustituir la coerción por la convicción. Es decir, la sustitución del concepto del Derecho como cuerpo pétrea e impenetrablemente coherente y cohesionado, por el de una sustancia basada en el arreglo de la comunidad en fórmulas que se hagan cargo del soporte psíquico desde el que se toma posición frente a la norma invocada. Negar la dimensión psíquica en la comprensión del Derecho no es otra cosa que mantener un estado de impotencia intelectual o, por lo menos,

⁴⁰ La alusión a la “máquina de deseos” es una referencia al inconsciente. Deleuze y Guattari dicen que la *máquina deseante* opera a través de la “máquina social” que es el sistema socio-económico (que puede ser un sistema salvaje como el modo de producción asiático, despótico como el Estado moderno, o el sistema capitalista en tanto tal o a través de la organización del capital monopólico de las empresas multinacionales de organización supraestatal, de acuerdo con: DELEUZE y GUATTARI. “El antiedipo. Capitalismo y esquizofrenia”. 1985). En este contexto se apela a la noción de “máquina de deseo” para comprender el carácter productor de realidad. El deseo en su condición de productor de objetos: los objetos son porque son producidos por el deseo. La máquina social, entendida como una *máquina deseante*, es por eso que el sistema hegemónico se desea a sí mismo, y para hacerlo controla y reprime mediante el filtro de la censura que avala o que inhibe el deseo no normalizado por la máquina social. En este mismo sentido cabe entender que la máquina social es productora de sujetos. El sujeto es quien desea según la norma de la máquina social. El sujeto es aquél en quien el sistema escribe y registra su código de reproducción; es un cuerpo tomado por la máquina social. Deleuze y Guattari proponen la liberación de la máquina deseante de la máquina social, de forma que la producción paranoica de orden y autoridad se sustituya por la fuga del sistema, desarraigando la tendencia tiránica mediante una posición esquizoide. La liberación del sujeto de la máquina social, entonces, se produce a través de la decodificación del registro inscrito en el deseo del sujeto, con el propósito de impedir su recodificación. Esta es una actitud antisistémica y antisubmisiva que desprovisiona de cuerpos y de deseos a la máquina social. En este extremo, habría una coincidencia entre la propuesta de Deleuze y Guattari y la noción de coartada del aparato social del que debe autonomizarse y liberarse el individuo según Derrida.

⁴¹ La explicitación y denuncia de la coartada expone los modos en los que las convenciones sociales de carácter jurídico sirven para reproducir la identidad y modelo colectivo mediante mandatos de carácter coercitivo. Lo específico, sin embargo, consiste en aproximarse a los extremos de lo que Piera Aulagnier llama el “contrato narcisístico”. Para esta autora, el contrato narcisístico es universal e inherente a cualquier discurso social (sea mítico, científico o sagrado). Su contenido es el modelo formulado a través de una serie básica de *enunciados de fundamento* que cohesionan y hace al grupo; estos enunciados de fundamento son proposiciones de certeza que concuerdan con los ideales de quienes defienden, proponen o imponen el modelo. El contrato tiene como función la inversión de energía psíquica (*catexis*) en ideas e instituciones sociales que garantizarán la permanencia y perennidad del cuerpo social como una entidad ideal. El contrato narcisístico consiste en la inoculación y vacuna del discurso que, considerado como verdadero o inmutable por una sociedad determinada, es legado a la colectividad para que ésta lo sostenga y mantenga como herencia de la que se apropia y, además, sea agente responsable de transmitirlo y transferirlo a quienes sucedan en el tiempo a la propia sociedad para asegurar su existencia. El sujeto a quien apela el contrato narcisístico puede o no, en efecto, reproducirlo, y el que lo haga o no “dependerá del nivel de catexis”, dice Aulagnier, “de los enunciados de fundamento”. El éxito del contrato consiste en el nivel de generalización de la apropiación y uniformidad de repetición del modelo y de los discursos vigentes considerados como verdaderos por la colectividad. Según Aulagnier, “este modelo futuro constituye una condición necesaria para el funcionamiento social, lo cual supone la posibilidad de que la verdad transmitida esté garantizada por el conjunto de las voces. En este supuesto el grupo espera que la voz del sujeto retome por cuenta propia lo que enunciaba una voz que se ha apagado, que reemplace un elemento muerto y asegure la inmutabilidad del conjunto. En este punto se inicia el pacto de intercambio, que consiste en que el grupo garantiza la transferencia sobre el nuevo miembro del reconocimiento que tenía el desaparecido; el nuevo miembro se compromete (...) a repetir el mismo fragmento del discurso. En términos más económicos, diremos que el sujeto ve en el conjunto al soporte ofrecido a una parte de su libido narcisista. (...) En la catectización del modelo ideal se nota la presencia primitiva de un deseo de inmortalidad ante el cual esta catectización se ofrece como sustituto”. Comparar: “La violencia de la interpretación. Del pictograma al enunciado”. pp. 158-167.

de esterilidad conceptual. El contrato narcisístico⁴², finalmente, apela al deseo o a la fantasía de inmortalidad, y a si ellos son estructurantes del conocimiento y de la experiencia del sujeto. No parece ni estéril ni inconducente el trabajo de desmantelamiento de proyectos colectivos de inmortalidad y de perennidad que no hayan sido adecuadamente reconocidos y avalados, deliberada y reflexivamente, por cada ciudadano⁴³.

III. DE LA PANTALLA AL APRENDIZAJE EN EL AULA Y DE VUELTA A LA PIEL DE LA EXISTENCIA

Si el objetivo es conocer el Derecho, visualizar una película toma en consideración en primer lugar y como presupuesto de tal propósito, la experiencia, la intencionalidad, el interés y el deseo de quien ve la película. En un aula en la que se pretende conocer el Derecho están en juego, por lo tanto, la experiencia y los universos de deseo de los alumnos y del profesor. Por lo tanto, el acto de aprendizaje no puede excluir ni segregar el compromiso psíquico de quienes re-figuran las impresiones propuestas en la pantalla. No hay conocimiento sin deseo, sin intención ni sin psique que se represente el objeto al que se aplica la atención.

Por su carácter como producto social, uno de los métodos que facilita su comprensión es el que ve en el cine una interpretación de la realidad; la interpretación de la realidad que proponen el director, el guionista y los actores. Pero, además de la propuesta, el producto que es el cine está orientado hacia fuera. Hacia quienes lo compran y lo consumen para su propio provecho. El material más importante en el aprendizaje no es lo proyectado en clase sino los restos que las imágenes han dejado en el registro psíquico de los alumnos y del profesor. Se trata, por eso, de elaborar a partir de las representaciones que del *film* se forman los participantes, interpretando y dotando de significado la propuesta que llega como *film* cuando éste da encuentro a la percepción de los participantes, quienes la envuelven en su propio universo interpretativo.

El cine es un artefacto hermenéutico, una máquina productora de simulacros de la realidad. A partir de la realidad se reconstruye y lee una realidad procesada por la psique del creador y de quienes recrean el guión. Esta reconstrucción y lectura parten de la interpretación de la realidad. Los artífices del universo así producido incorporan su propio mundo subjetivo desde la posición que adoptan cuando de quien planea, acopla y ordena

⁴² Quizá resulte apropiado descartar alguna posible carga negativa en la noción de narcisismo. Así como en efecto existe una noción socialmente indeseada, rechazada o inaceptable, desde el punto de vista de la formación del sujeto el narcisismo no es un defecto, como suele con frecuencia usarse socialmente este término, asociado a la personalidad narcisística que centra su existencia en la exaltación del yo. André Green desarrolla la naturaleza del narcisismo en un clásico de la literatura psicoanalítica. Ver: GREEN, André. "Narcisismo de vida, narcisismo de muerte". 1983. En éste, distingue tres tipos de narcisismo: el moral, el del género neutro y el de la madre muerta. Green nos recuerda que según lo estudió Freud, en el inconsciente no existe representación de la muerte, y la angustia de muerte "es un espejismo o una máscara tras la cual el hombre se protege para negar que sólo se trata de la angustia de castración" (p. 240). Es la racionalidad humana la que, por la falta de una representación de la muerte, niega la fuente que le impide el cumplimiento de su deseo y trata de suprimir los obstáculos y la censura. Cuestionada la soberanía de la conciencia por ese amo invisible que la maneja que es el inconsciente (herida narcisística que consiste en negar la inmortalidad del yo), el sueño de inmortalidad arraiga en el yo inconsciente. La inmortalidad, dice Green, "deriva de un estado de idealización del yo" y de ahí se generan un narcisismo positivo (*afirmación de la vida*) y un narcisismo negativo (mimesis con el estado de muerte, en el que la inmortalidad del yo aparece como un *no tener ya cuerpo*). La comunidad en todo caso es el soporte que cultiva el fantasma de la inmortalidad; en la medida que la comunidad descuida la atención a la inmortalidad del individuo y ella misma se abandona a sí misma y deja de servir como soporte de la vida de sus miembros. El narcisismo sirve no en la medida en que nutre ideales de omnipotencia megalomaniaca (Green habla, por ejemplo, de cambiar la naturaleza humana; caso que ocurriría con las pretensiones de inmortalidad o de juventud eterna que se derivan del uso y manipulación de la tecnología médica, de la ingeniería genética, que aparecen como la ilusión de ser el ideal maximalista del Yo que quisiéramos encarnar para recrear nuestros cuerpos o, en el peor de los casos, la supervivencia de nuestra *psique* a través de un *chip* en el que se almacene o nuestra memoria o el genoma que nos reproduzca), sino en la medida en que permite atender el desafío de la propia muerte cuidando que la colectividad no abandone irremediablemente al sujeto en un proyecto de individuos autónomos y desarraigados, sin vínculo con su historia y su comunidad. El narcisismo, en este sentido, es una forma de atender saludablemente a la necesidad de la propia muerte. Comparar: Op. Cit. pp. 239-262.

⁴³ Atravesar la fantasía de la omnivigencia e identificar los alcances del contrato narcisístico no se opone al reconocimiento de cualquier instancia social. No es una experiencia anárquica. No se trata de la abolición del sistema sino de su recomposición. Si la posibilidad de sustituir por completo el sistema no parece factible, el proceso sí permite cuando menos la toma de conciencia de los extremos problemáticos ante los que hay que estar alerta. Atravesar la fantasía de omnivigencia es un proceso que permite la depuración o decantamiento de forma tal que exista mejor conciencia de los términos en los que deseos, intenciones o intereses que se propone perennizar son efectivamente aceptados (catectizados) por el sujeto. De este modo, se revisa el modelo de sociedad y de derecho encubiertos e insuficientemente revisados. La máquina social queda identificada en su mecánica de sometimiento y domesticación del deseo del sujeto. Atravesar la fantasía de la omnivigencia a través del estudio del Derecho mediante el cine renueva los términos del pacto y apela al núcleo de convicciones individuales de cada sujeto con el fin de metabolizar en el contexto del proceso de aprendizaje la experiencia visualizada, y con ello, por lo tanto, rechazando los elementos de ella que, por heterogéneos, nos resulten perniciosos y socialmente indeseables, a la vez que apropiándonos de esos otros elementos que congenian con nuestra visión y proyecto de vida en comunidad, por lo cual los homogenizamos e integramos en nuestra subjetividad con la finalidad y compromiso de transmitirlos a otros.

texto e imágenes en una secuencia cinematográfica. Pero el espectador es cómplice del simulacro en la medida en que cae y sucumbe en la fantasía no atravesada de una omnivigencia no revisada.

Esto es, la selección temática y expresiva de los individuos que definen el tema filmado, el universo reconstruido en un texto cinematográfico independientemente de quienes lo produjeron, y el contexto de la realidad que soportan y al que apelan los mensajes contenidos en el producto cinematográfico, son el material a partir del cual debe realizarse el aprendizaje del Derecho. Corresponde al estudiante que percibe el acto hermenéutico que es el *film*, a su turno, asimilar su percepción, metabolizarla dentro de su experiencia, valerse de su deseo de conocer para interpretar el goce de su experiencia como representaciones de la realidad jurídica. O (si las relaciones de la representación fílmica le suscitan los placeres de la heterogeneidad) como negación de juridicidad en la realidad que le genera *displacer*, ausencia de goce, o deseo de no tener que desear⁴⁴.

A diferencia del método regular, la experiencia de la visualización y reflexión sobre imágenes cinematográficas permite revisar de manera integral el fenómeno jurídico. Ya no se trata sólo la ley que debe comentarse ni interpretarse, sino la ley aplicada a situaciones en las que los sujetos involucrados en su aplicación exponen el universo de su subjetividad. El Derecho, de este modo, es aprehendido incorporando y no excluyendo la envoltura de subjetividad particular de quienes participan en la comprensión, en la creación o en el cumplimiento de la norma. Y el medio para llegar al saber es la envoltura visual de la que hay que dismantelar y discontinuar los fragmentos entre los que se fusiona la realidad, la pantalla y el deseo del espectador.

La pretensión es vana en el proceso de conocer el Derecho a través del cine si quienes reflexionan

sobre el tema visualizado derivan en el plano de la crítica cinematográfica o en el examen de la psique individual o colectiva de quienes recrean la realidad proyectada. El objetivo es diluir la envoltura de la ilusión lo suficiente como para practicar su disección. La técnica cinematográfica y la ideología del director sólo son incidentalmente útiles y relevantes.

El proceso de disección es un proceso necesariamente argumentativo y supone ya sea la discusión de la oferta de ilusiones generadas en cada participante en el aula, o la elaboración escrita de la visualización igualmente por quienes asistan al curso. Este modo de conocer importa algún nivel de desencanto; el hechizo que se produjo con la fusión simbiótica del espectador con la película debe romperse y cada quien se expone a que la mónada y envoltura en la que quedó atrapado se desmembre y deshílache.

Para este efecto, probablemente, en algún momento de la dilusión, la pantalla tenderá a quedar vacía y deshabitada. En lugar del agujero negro que dejan las imágenes desmontadas, sólo aparecerá el deseo y la convicción sobre los hechos y el Derecho que quede sostenido por ese mismo deseo.

Si, según se ha afirmado, el proceso de desencanto y de ruptura de la fuente envolvente –que es la percepción personal de la película– es un proceso argumentativo, el esfuerzo principal en el curso es focalizar la disección en la definición y discusión de los problemas o aspectos de relevancia jurídica y normativa. Como la temática cinematográfica es vasta, es evidente que también la índole de los problemas jurídicos sobre los que se desarrolle la valoración argumentativa variará.

Por esta razón, el marco teórico que señalo requiere una metodología de dictado flexible que depende sustancialmente de la propia materia jurídica abordada por el productor y el director, así como también de la problemática propiamente

⁴⁴ El *deseo de no tener que desear* es lo que explica, según Piera Aulagnier, la actitud de negar el *status* de representación a lo real heterogéneo no metabolizable en la realidad psíquica del sujeto. Para Aulagnier “toda puesta en representación” implica una experiencia de placer porque de no ser así estaría ausente la primera condición necesaria para que haya vida, es decir, la catectización de la actividad de representación. Es este el **placer mínimo** necesario para que existan una actividad de representación y representantes psíquicos del mundo, incluso del propio mundo psíquico” (Op. Cit. p. 28). El *displacer* niega la posibilidad de representar, lo cual genera una paradoja, puesto que no se podría representar lo que causa ausencia de goce. Aulagnier afirma que la contradicción se explica por el placer que da el deseo de no tener que desear. Si lo que causa *displacer* no puede ser objeto de representación (porque sólo se representa lo que lo genera), la constatación del *displacer* se transforma en un deseo o placer de no tener que representar lo que causa *displacer*. En este último caso, el propósito del sujeto es uno de negación o desaparición (invisibilización) de aquello que se opta por excluir del deseo. La estrategia del yo en este caso no es negar abierta ni explícitamente el objeto o situación a no representar (generador de *displacer*), sino que mucho más radicalmente, se “desea no tener que desear la representación del objeto” y se argumenta desde la inexistencia del objeto o situación que se excluye y niega con el no tener que desear su representación (Op. Cit. p. 29).

subjetiva en que se involucran los actores afectados por el Derecho. La argumentación jurídica enlaza el material jurídico con la envoltura psíquica de cada espectador. La percepción operativa o alucinatoria a la que se accede durante la visualización de la película es un requisito material ineludible sin el cual no cabe aprendizaje; sin ella, el Derecho carece de sentido. El sentido jurídico lo es porque hay quienes desde su subjetividad perciben el fenómeno jurídico de una forma u otra, y lo argumentan también valiéndose de principios subjetivamente afirmados o negados.

El objetivo específico de un curso que incluya la percepción del *film* legal es lograr que, a través de la experiencia de descorporación visual y del análisis de las películas que se proyecten, los alumnos desarrollen e integren en sus competencias y habilidades de razonamiento y argumentación jurídica el examen de productos de la cultura filmográfica en los que se proyectan problemas que exigen una toma de posición a partir de principios, valores, modelos de comportamiento jurídico o normas básicas del Derecho. El propósito es integrar y asimilar la propia subjetividad como fenómeno que construye la juridicidad de la vida. El provecho de esta estrategia supone el reconocimiento de la propia esfera personal y de la experiencia subjetiva de cada estudiante.

En cualquier caso, este es un proyecto para que en los crímenes a que la modernidad nos arroja en su proyecto de objetividad deshumanizada se exponga el *alibi*, la coartada y, vacío el Derecho de su aparato simulatorio de universalidad, facilite la asimilación de una cultura y un orden normativo en el que la ley no sea artificial, sino que derive de nuestra experiencia interior y forme parte de nuestra naturaleza. Así concebida, ésta es una alternativa para disolver la supuesta liquidez de la formación jurídica coagulándola y volviéndola mucho más sensible y permeable a la mancha de la subjetividad que impregna la psique humana. Hay sustancias sólidas que deben amputarse en la organización legal de la sociedad; también hay sustancias gaseosas, las que fantaseamos quienes queremos una sociedad jurídicamente más saludable y menos falsa, que merecen postularse y reconocerse colectivamente en la estructura social.

El cine es más que entretenimiento y alienación masiva. Es un medio, una herramienta, además de arte y disciplina por propio derecho. Recurrir a él por quienes aspiran a especializarse en la reflexión y práctica jurídica resulta ser, primero, una vía de primer orden para conocer el Derecho y, segundo, una forma crítica y potencialmente creativa de cambiar y mejorar el presente de nuestra realidad y el horizonte de nuestra existencia. Esto es, de detectar y desmontar las resistencias que impiden la rectificación del Derecho para el cumplimiento del fin comunitario que le corresponde, y a la misma vez de afianzar esas otras resistencias que aseguren una experiencia del Derecho en base a la capacidad del individuo de reflexionar y pensar autónomamente la realidad y la experiencia colectiva y personal.

El espacio que abre la discusión del Derecho en el imaginario cinematográfico es por eso parte del proceso de derribamiento de los puntos ciegos de nuestra época, de la denuncia de las falsas resistencias, del fortalecimiento de los núcleos de liberación a través del propio acto de reflexión, y de la afirmación de la autonomía del ser humano en su comunidad. Es por ello que forma parte del proyecto de quienes, dentro del Estado Constitucional de Derecho, quieren hacer de la persona el eje y sustento de la sociedad y del Estado, según reza nuestra Constitución, para hacer de los ciudadanos más conscientes de su papel y participación política; esto es, crítica y deliberadamente más alertas de su miseria y, por ello, más dueños de su destino. En otras palabras, desde el aula, más dueños también del mundo en el que asumimos la responsabilidad de desarrollar nuestro proyecto de vida, y menos víctimas de los infortunios que aquejan la condición de nuestra humanidad. Mandatos de los que tenemos que hacernos cargo mientras disfrutamos nuestras propias existencias. Finalmente, si la pantalla nos envuelve como nos envuelve nuestra propia piel, es a partir de la discusión sobre las imágenes percibidas desde la realidad psíquica experimentada que también nuestra experiencia y nuestro pensamiento quedan habilitados para envolver la existencia de la sociedad histórica de la que formamos parte con el aprendizaje reflexivo obtenido en el aula.

¿QUIÉN LE PONE EL CASCABEL A INTERNET? NET NEUTRALITY Y LA REGULACIÓN DEL CIBERESPACIO

Antonio Rodríguez Lobatón*

No cabe duda que Internet ha sido uno de las mayores innovaciones que se ha creado en los últimos años, dado el alcance al que pueden llegar las personas o las empresas, haciendo que cientos de millones de personas puedan estar conectadas y gozar de la información brindada a un costo mínimo. Sin embargo, así como el éxito que se le reconoce, algunos consideran que puede generar algunos problemas como la congestión de la red. Lo que ha conllevado a discutir respecto de la naturaleza de este bien, catalogándolo como un bien público y como bien privado en términos económicos.

El autor nos explica el proceso de evolución de este conjunto de redes, así como las discusiones de los intelectuales que llevan ahora a un cuestionamiento de regulación o no y respecto de la utilidad de la corriente denominada Net Neutrality.

* Abogado de la Dirección de Telecomunicaciones y Competencia de Telefónica del Perú S.A.A. Estudios de Maestría de Derecho y Economía de la Regulación de Servicios Públicos en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Profesor de pregrado de la Facultad de Derecho de la UPC; profesor en la Maestría de Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro investigador del Instituto Riva Agüero.

"New technologies are never as new as people imagine."

David Nord

"Sería razonable que se esperara que el director de AT&T pudiera predecir la forma en que la tecnología transformará su negocio en una década, pero no puede".

Robert Allen, director de AT&T

I. INTRODUCCIÓN¹

A menudo ocurre que la forma en que están reguladas las actividades sociales o económicas se encuentra más relacionada con el origen remoto de la institución que en un argumento sustentado sobre las reglas de la eficiencia. Es por ello que transcurrido un tiempo más o menos prolongado del evento originario casi nadie es capaz de explicar –al menos coherentemente– las razones de tal o cual ordenamiento. Este es el caso del ancho de la vía de los ferrocarriles y la tarifa plana para el acceso a Internet a través de la red telefónica en los Estados Unidos.

Una de las decisiones más importantes que tuvieron que afrontar los propulsores del ferrocarril fue cual sería el ancho de la vía². El estándar elegido en Inglaterra fue de 4 pies y 8.5 pulgadas (1.435 metros), que era la medida original del proyecto de George Stephenson, quien se basó en los tendidos de vía para las vagonetas de las minas. ¿Por qué los ingleses impusieron este formato? Porque emplearon el mismo patrón usado

para la construcción de carruajes, el cual coincidía con el área que ocupan dos caballos uno al lado del otro. La clave de esta dimensión estaba en las roderas³ de los viejos caminos ingleses que seguían el modelo romano de sus vías empedradas. Si se hubiera diseñado un carruaje con un ancho entre sus ruedas, era altamente probable que éstas se hubieran roto al no encajar en las roderas de los viejos caminos romanos⁴.

El caso de la tarifa plana tiene un origen que poco tiene que ver con un serio análisis de su idoneidad y se basó más en un problema tecnológico. La tarifa plana para el servicio telefónico local fue impuesta en los Estados Unidos en 1877 por Gardiner G. Hubbard, socio financiero y suegro de Alexander Graham Bell, dado que en aquella época no era posible implementar otro sistema de tarificación. Cuando los competidores de Bell Telephone Company entraron en el mercado al vencer el plazo de exclusividad de sus patentes a partir de 1890, introdujeron la tarifa tasada por tiempo de comunicación como una alternativa a la tarifa plana. La Compañía Bell aprovechó el momento para dejar de lado su tarifa plana e introducir también una tarifa tasada. Sin embargo, la iniciativa no prosperó en gran parte por la masiva protesta de sus abonados, los cuales obligaron finalmente a Bell a dar marcha atrás en su decisión. Cien años después la tarifa plana fue muy importante para popularizar Internet en los Estados Unidos. En la medida que inicialmente el acceso a Internet se realizaba principalmente a través del servicio telefónico vía *dial-up*, la existencia de una tarifa plana no suponía un costo incremental por tiempo de conexión a Internet para los suscriptores, lo cual incentivó poderosamente su uso⁵.

¹ Agradezco los valiosos comentarios de Ena Garland. Cualquier error es responsabilidad exclusiva del autor.

² El ancho de vía es la distancia entre las dos caras interiores de las cabezas de los carriles que forman la vía, medida 14.5 mm ($\pm$ 0.5 mm) por debajo del plano de rodadura. Ver: COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Recomendación del 21 de marzo de 2001 relativa a los parámetros fundamentales del sistema ferroviario transeuropeo de alta velocidad mencionados en la letra b) del apartado 3 del artículo 5 de la Directiva 96/48/CE. C(2001) 745.

³ Las roderas son las señales hundidas que dejan en el camino las ruedas de los vehículos.

⁴ DE LA PEÑA, José. "Historia de las Telecomunicaciones". Barcelona: Ariel. 2003. p. 203; y, SHAPIRO, Carl y Hal R. Varian. "El dominio de la información". Barcelona: Antoni Bosh Editor. 1999. pp. 198-199. Aun cuando la certeza de esta historia es puesta en duda, no resulta sorprendente que el ancho de las vías del ferrocarril sea similar a la de las calzadas diseñadas por los romanos. Como los caminos están contruidos para acomodar a quien los utiliza y antes de la invención del ferrocarril el transporte se realizaba principalmente empleando carruajes tirados por bestias de carga, es lógico que las dimensiones físicas de éstos animales sirviera para determinar las medidas técnicas de las vías. Ante la aparición de un nuevo sistema de transporte, el ferrocarril, se adaptó el ancho de la vía a los vehículos ya existentes. Ello tan es así que originalmente el ferrocarril fue conocido con el nombre de "caballo de hierro" o "camino de hierro". Ver: RODRÍGUEZ ORTIZ, Francesc. "El léxico de los caminos de hierro en el español". [en línea]. Universidad Autónoma de Barcelona, Neolcyt. Grupo de investigación en lengua de la ciencia y de la técnica (siglos XVIII-XIX). Consultada el 20 de agosto de 2007: <http://seneca.uab.es/neolcyt/Estudios/Ferrocarril/rod1996.pdf>; DE ORBEGOSO, Luís José. "Mensaje del Presidente provisorio del Perú a la Asamblea Deliberante del Norte". Huaura. 15 de julio de 1836; Perú. Decreto sobre la construcción de un camino de fierro de Lima al Callao, de 20 de marzo de 1834; y, Perú. Decreto por el que queda sin efecto la contrata celebrada con Tomás Gil para la construcción de un camino de fierro al Callao, de 26 de febrero de 1835.

⁵ DE LA PEÑA, José. Op. Cit. pp. 200-201 y SPULBER, Daniel F. y Christopher YOO. "Access to Networks: Economic and Constitutional Connections". En: Cornell Law Review 88. 2003. p. 923.

La cinta animada "Una mirada a la oscuridad" (A *Scanner Darkly*, 2006) de Richard Linklater nos presenta una historia futurista⁶. En una sociedad temporalmente no muy lejana, casi la quinta parte de la población es adicta a una droga dura muy poderosa denominada sustancia "D". No se sabe de dónde procede, ni quién la distribuye. El gobierno tiene centenares de personas que se hacen pasar por "quemados" para intentar averiguar algo, pero todo es infructuoso. Uno de ellos es Bob Actor, un agente de narcóticos infiltrado que intenta investigar el origen de la sustancia, para lo cual tiene que consumirla, hasta el punto que comienza a comportarse esquizofrénicamente y ya no es capaz de diferenciar qué es real y cuáles son sus alucinaciones.

Como veremos a continuación, el verdadero dilema de Internet está en su arquitectura de origen. Si bien este diseño inicial ha permitido una innovación prácticamente sin precedentes, también genera una serie de inconvenientes, cuya solución es en la actualidad materia de intenso debate. Esta red creada con fines militares y de investigación permite hoy la conexión de casi 700 millones de usuarios que disfrutan de una infinidad de contenidos cada vez más demandantes de ancho de banda. El resultado, la red corre el riesgo de congestionarse. La solución, más inversión y una administración eficiente de los recursos existentes. Este es el origen de la discusión. Para algunos, estas inversiones debieran ser solventadas –al menos en parte– por los proveedores de contenidos, para lo cual éstos deberían asumir el pago de un peaje que permita desarrollar accesos priorizados que alivien el problema del atasco. Sin embargo, algunos académicos han advertido del peligro que supondría que los proveedores de banda ancha se convirtieran en los guardianes de Internet, lo que les permitiría decidir qué contenidos y bajo qué condiciones podrían circular.

En resumen, lo que se discute aquí –simplificando las cosas al extremo– es si los rieles diseñados por

Stephenson son capaces de soportar al tren bala que une Tokio con Nagoya o si el sistema de tarificación que ideara Bell es un mecanismo eficiente para retribuir el uso de la Red. En otras palabras, si es posible combatir la sustancia "D" con más sustancia "D".

II. NET NEUTRALITY

Una polémica desarrollada en el seno del Congreso de los Estados Unidos (básicamente en la Comisión de Comercio, Ciencia y Transporte) hace un par de años, nos ha permitido conocer de una controversia que hasta ese momento discurría sumergida en entornos intelectuales lejos del debate público. Hoy participan de esta discusión prácticamente todos los actores de la industria de las comunicaciones electrónicas⁷. *Openistas* y *desregulacionistas*⁸, para utilizar los términos del profesor Wu⁹, centran la disputa en la validez de un principio conocido como *Net neutrality* (neutralidad de la red)¹⁰, según el cual la pretensión de los proveedores de banda ancha de colocarse entre el proveedor de contenidos y el consumidor, exigiendo un peaje para garantizar una entrega de calidad de la información es inadmisibles, dado que el tráfico que circula por Internet debe ser tratado en condiciones de igualdad, independientemente de su naturaleza y de quién es el emisor y el receptor.

De acuerdo con algunos propulsores de la *Net neutrality*, como los profesores Lawrence Lessig y Tim Wu, este principio debe extenderse a cualquier aspecto de Internet que amenace sus valores "comunes", tanto en lo que respecta al dominio de los medios de transmisión como al control de los contenidos. Esto implica no sólo que parte de los derechos de acceso se transfieren de los proveedores a los usuarios, sino también se exige que la tecnología y la arquitectura de Internet se preserven en su estado natural, como una forma de asegurar un acceso efectivo¹¹. Según algunos defensores de la *Net neutrality* permitir la priorización

⁶ La cinta, realizada bajo el método de rotoscopiado está basada en la novela del mismo nombre del célebre escritor de ciencia-ficción Philip K. Dick (Una mirada a la oscuridad, 1977). Otras dos novelas suyas –entre las muchas que se han llevado a la pantalla– inspiraron las películas míticas del cine de ficción *Blade Runner* (Ridley Scott, 1982) basada en la novela "¿Sueñan los androides con ovejas eléctricas?" (Do Androids Dream of Electric Sheep?, 1968) y *Minority Report* (Steven Spielberg, 2002), de la novela del mismo nombre publicada en 1956.

⁷ Las diversas posiciones sobre la Net neutrality fueron desarrolladas el 26 de abril de 2007 en el marco del Seminario "Nuevas Tecnologías y Protección al Consumidor: Retos y tendencias", desarrollado en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y organizado por la Asociación de Protección al Consumidor y Promoción de la Competencia (A TEMPO), con la participación de Antonio Rodríguez, José Juan Haro, Erik Iriarte y Germán Pérez Benítez.

⁸ Por openistas nos referimos a los partidarios de incorporar el criterio de la Net neutrality dentro de la regulación de Internet. Frente a ellos tenemos a los desregulacionistas, que se muestran contrarios a introducir dicho criterio.

⁹ WU, Tim. "The Broadband Debate, A User's Guide". En: *Journal of High Technology Law* 3. 2004. p. 69.

¹⁰ También conocido como "Network neutrality" o "Internet neutrality".

¹¹ FORD, George S., Thomas M. KOUTSKY y Lawrence J. SPIWAK. "Network Neutrality and Industry Structure". Phoenix Center for Advanced Legal and Economic Public Policy Studies. Documento de Trabajo 24. p. 5; FRIEDEN, Rob. "Network Neutrality or Bias? -

de determinado tráfico por parte de los proveedores de banda ancha constituye un modelo de negocio al más puro estilo "Tony Soprano", donde campeará la arbitrariedad y el despliegue de comportamientos potencialmente ilegales; por ejemplo, privilegiar los contenidos propios en perjuicio de los servicios de los competidores, lo que significaría en última instancia la destrucción de Internet tal como fue concebido y como hoy lo conocemos¹².

De esta forma, se plantea que cualquier persona debe tener el derecho de ofrecer en la Red, libre de cualquier cargo, sus contenidos y aplicaciones. Nadie, excepto el propietario de los contenidos, debe encontrarse en la potestad de impedir el acceso de los usuarios de Internet a servicios legales, ya sea directa o indirectamente, a través de estándares técnicos o mediante decisiones de precios. En este entorno los proveedores de banda ancha debieran de limitarse a transmitir los contenidos en condiciones no discriminatorias, para lo cual es necesario impedir su participación en las industrias de contenidos y aplicaciones.

Por el contrario, los opositores de la *Net neutrality* consideran que el mercado y los actuales niveles de regulación aseguran que los usuarios cuenten con un acceso libre a los distintos contenidos sin mayor limitación que sus propios gustos o la información que poseen. De acuerdo con esta postura, la imposición de la *Net neutrality* provocaría cuando menos una disminución de los niveles de inversión e innovación. Asimismo, generaría una administración ineficiente de Internet por parte de los proveedores de banda ancha, hasta el

extremo que impediría gestionar las necesidades de los usuarios de manera ágil e innovativa¹³.

Como señala con acierto el profesor Sidak, la discusión entre *openistas* y *desregulacionistas* pareciera reflejar el choque de dos culturas. Por un lado, la cultura de la alta tecnología emprendedora de Silicon Valley, frente a la cultura de los reguladores tradicionales. Desde una perspectiva tradicional, se busca mejorar el bienestar de un consumidor marginal aumentando la demanda por los servicios de banda ancha o diseñando mecanismos que permitan un incremento en la penetración y en el uso. Sin embargo, el acercamiento de Silicon Valley es distinto, ya que privilegia la innovación en los extremos de Internet. La discusión se presenta entonces en términos de si la regulación permitirá la aparición del siguiente Google, tal como ha ocurrido bajo un Internet dominado supuestamente en su estado natural por el principio de la *Net neutrality*¹⁴.

III. EL ORIGEN DE LA DISCUSIÓN

La controversia sobre la *Net neutrality* se gesta en los Estados Unidos en febrero de 2002 cuando la Comisión Federal de las Telecomunicaciones (Federal Communications Commission – FCC) propuso regular los servicios de acceso digital por línea de abonado (*Digital Subscriber Lines – DSL*)¹⁵ como servicios de información (*Information services*)¹⁶ y no como servicios de telecomunicaciones (*Telecommunications services*)¹⁷. Siguiendo esta tendencia, en marzo del mismo año, la FCC calificó los servicios de acceso a Internet vía cable módem también como servicios de infor-

Handicapping the Odds for a Tiered and Branded Internet". En: Hastings Communications and Entertainment Law Journal 29. 2007. pp. 198-200; OWEN Bruce M. y ROSSTON Gregory L. "Local Broadband Access: Primum Non Nocere or Primum Processi? A Property Rights Approach". Universidad de Stanford, Facultad de Derecho, Programa John M. Olin de Law and Economics. Documento de trabajo. 263. Julio 2003. pp. 4-5; y, SIDAK, Gregory J. "What Is the Network Neutrality Debate Really About?" En: International Journal of Communication 1. 2007. p. 379.

¹² LESSIG, Lawrence y Robert W. McCHESNEY. "No Tolls on the Internet". En: The Washington Post. Edición del 8 de junio de 2006. p. A23; SCOTT, Ben, Mark COOPER y Jeannine KENNEY. "Why Consumers Demand Internet Freedom, Network Neutrality: Fact vs. Fiction". [en línea]. Free Press, Consumer Federation of America y Consumers Union. Mayo de 2006. p. 9. Consultada el 15 de enero de 2008: http://www.freepress.net/docs/nn_fact_v_fiction_final.pdf y WU, Tim. "Why You Should Care About Network Neutrality". [en línea]. En: Slate, post del 1 de mayo de 2006. Consultada el 14 de enero de 2008: <http://www.slate.com/id/2140850/>.

¹³ ENTER. Net neutrality y el futuro de Internet. [en línea]. Análisis, 4, septiembre de 2006. pp. 20-23. Consultada el 20 de agosto de 2007: <http://www.enter.es/enter/file/espanol/texto/Analisis04.pdf>.

¹⁴ SIDAK, Gregory J. "What Is the Network Neutrality Debate Really About? Op. Cit. p. 378. Ver: TAYLOR, William E. "Freedom, Regulation, and Net Neutrality". [en línea]. Nera Economic Consulting. Setiembre de 2007. pp. 1-2. Consultada el 20 de octubre de 2007: http://www.nera.com/Publication.asp?p_ID=3264.

¹⁵ El DSL es una tecnología de módem que transforma las líneas telefónicas en líneas de alta velocidad de acceso a Internet.

¹⁶ Es la capacidad para generar, adquirir, almacenar, transformar, procesar, recuperar y utilizar información disponible vía telecomunicaciones, e incluye las publicaciones electrónicas; se encuentran exceptuadas de esta clasificación cualquier capacidad para la gestión, control, u operación de sistemas de telecomunicaciones o la gestión de un servicio de telecomunicaciones. Ver: PISAREVSKY, Alex. "Notes & Recent Development: Cope-ing with the Future: an Examination of the Potential Copyright Liability of Non-neutral Networks for Infringing Internet Content". En: Cardozo Arts & Entertainment Law Journal 24. 2007. p. 1363.

¹⁷ Es la oferta de telecomunicaciones realizada directamente al público a cambio de una contraprestación sin importar las instalaciones usadas. Ver: PISAREVSKY, Alex. Op. Cit. p. 1364.

mación. De esta forma, los servicios de banda ancha como el cable módem y el ADSL no se encontrarían sujetos a la regulación que afecta a los servicios de telefonía y televisión por cable¹⁸, y, por lo tanto, libre de las obligaciones de portador común (*common carrier*)¹⁹ que la ley impone a los denominados servicios de telecomunicaciones²⁰.

Estos hechos coinciden con la imposición de una serie de restricciones a los suscriptores de Internet vía banda ancha por parte de las empresas proveedoras, lo cual alertó a diversos agentes de la industria del entretenimiento, proveedores de contenidos y de equipos informáticos. De esta forma, promovieron una serie de medidas con relación a la conectividad, entre las cuales destacaron: (i) prohibir que los proveedores de banda ancha limiten el acceso a cualquier contenido, (ii) consentir el funcionamiento de cualquier uso legal de Internet y, (iii) permitir la conexión de cualquier dispositivo personal por parte de los usuarios. Coincidentemente, en el año 2004, el entonces presidente de la FCC, Michael Powell, invitó a la industria a aceptar voluntariamente una serie de principios de Internet, los que aseguraban la capa-

cidad de los usuarios para acceder a contenidos y utilizar aplicativos libremente²¹.

En este contexto, la decisión de la FCC de considerar al cable módem como un servicio de información fue cuestionada judicialmente por los agentes de la industria de la televisión por cable. Inicialmente, los tribunales fallaron en contra de la FCC. El Noveno Circuito, en el caso *National Cable & Telecommunications Association v. Brand X Internet Services*²², en una sentencia elaborada sobre la base de una decisión anterior, sostuvo que la FCC no podía clasificar al cable módem únicamente como un servicio de información²³. Sin embargo, en junio de 2005 la Corte Suprema de los Estados Unidos revirtió el fallo y ratificó el criterio original de la FCC²⁴. Poco después, la FCC reclasificó los servicios de DSL como servicios de información y aprobó las cuatro "libertades de Internet" de Powell, pero limitándolas en su alcance²⁵.

Como respuesta, una serie de académicos apoyados por las industrias afectadas, iniciaron una dura batalla legal y mediática para introducir el principio de la *Net neutrality* en el paquete de

¹⁸ En los Estados Unidos, el servicio de televisión por cable no ha estado sujeto a obligaciones de portador común, ello ha permitido que los operadores de cable tuvieran amplia libertad para negociar con los proveedores de contenidos y de portar las señales que consideraran conveniente alojar libremente en sus parrillas de programación. La Cable Communications Policy Act de 1984 estableció explícitamente que los operadores de cable no estaban sujetos a obligaciones de portador común, lo cual se reafirmó en la Telecommunications Act de 1996. La excepción a esta regla serían las normas de must carry. Ver: HOGENDORN, Christian. "Regulating Vertical Integration in Broadband: Open Access versus Common Carriage". En: *Review of Network Economics* 4 (1). Marzo de 2005. p. 24; y, "Broadband Internet: Net Neutrality versus Open Access". Centro de Industrias de Red e Infraestructura, Universidad de Tecnología de Berlín. Documento de Trabajo 2006-09. p. 2.

¹⁹ La idea del portador común es un antiguo concepto en el derecho anglo-norteamericano, según el cual aquellas personas que brindan servicios considerados esenciales tienen una serie de obligaciones que constituyen una inversión del modelo individualista de la propiedad privada. Entre estas obligaciones destacan el impedimento de negarse a atender a los clientes dispuestos a pagar por el precio del servicio, a ofrecer el mismo trato a todos los clientes y a cobrar precios razonables por los servicios. Ver: EPSTEIN, Richard A. "Principios para una sociedad libre". Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. 2003. pp. 339-363; CRAWFORD, Susan P. "Network Rules". En: *Law and the Contemporary Problems* 70 (2). 2007. p. 51; FRIEDEN, Rob. "Adjusting the Horizontal and Vertical in Telecommunications Regulation: a Comparison of the Traditional and a New Layered Approach". En: *Federal Communication Law Journal* 55. 2003. p. 209; HOGENDORN, Christian. "Regulating Vertical Integration in Broadband: Open Access versus Common Carriage". Op. Cit. pp. 23-24; PISAREVSKY, Alex. Op. Cit. p. 1364; y, SIGNAIGO, Amy L. "Nat'l Cable & Telecommun. Assoc. v. Brand X Internet Servs.: Resolving Irregularities in Regulation?" En: *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 5 (2). 2007. p. 386; y, SPETA, James B. "A Common Carrier Approach To Internet Interconnection". En: *Federal Communications Law Journal* 54. 2002.

²⁰ YOO, Christopher S. "Network Neutrality and the Economics of Congestion". En: *Georgetown Law Journal* 94. 2006. pp. 1855-1856.

THIERER, Adam y CREWS, Clyde Crews. "What's Yours is Mine: Open Access and the Rise of Infrastructure Socialism". Washington D.C.: Cato Institute. 2003. pp. 69-74.

²¹ Las cuatro libertades de Internet de Powell pretendían asegurar: (i) libertad el acceso a los contenidos, (ii) libertad en el uso de aplicaciones y servicios, (iii) libre conexión de dispositivos personales y, (iv) libre posibilidad de elegir entre proveedores. POWELL, Michael K. "Preserving Internet Freedom: Guiding Principles for the Industry". En: *Journal of High Technology Law* 3. 2004. pp. 11-12. Ver: CHERRY, Barbara A. "Misusing Network Neutrality to Eliminate Common Carriage Threatens Free Speech and the Postal System". En: *Northern Kentucky Law Review* 33. 2006. p. 486; YOO, Christopher S. "Network Neutrality and the Economics of Congestion". Op. Cit. pp. 1855-1857; SASHKIN, Davina. "Failure of Imagination: Why Inaction on Net Neutrality Regulation will Result in a de Facto Legal Regime Promoting Discrimination and Consumer Harm". En: *CommLaw Conspectus* 15. 2006. p. 281; y, ZHU, Kai. "Bringing Neutrality to Network Neutrality". En: *Berkeley Technology Law Journal* 22. 2006. p. 631.

²² Estados Unidos. Noveno Circuito, *Brand X Internet Services v. Federal Communications Commission*, 345 F.3d 1120 (9th Cir. 2003).

²³ Siete demandas fueron presentadas ante diversos tribunales federales contra la decisión de la FCC de considerar al cable módem como un servicio de información, todos estos casos se consolidaron en el Noveno Circuito. La Corte sobre la base de lo resuelto en el caso *AT&T v. City of Portland* determinó que el cable módem era tanto un servicio de información como un servicio de telecomunicaciones, de tal suerte que se encontraba sujeto a las reglas de portador común de la Telecommunications Act de 1996. Ver: Estados Unidos. Noveno Circuito, *AT&T v. City of Portland*, 216 F.3d 871, 878 (9th Cir. 2000); y, LAXTON, William G. "The End of Net Neutrality". En: *Duke Law & Technology Review* 15. 2006. p. 11.

²⁴ Estados Unidos. Corte Suprema, *National Cable & Telecommunications Association v. Brand X Internet Services*, 545 U.S. 967 (2005).

²⁵ Ver: COMISIÓN FEDERAL DE COMERCIO. "Broadband Connectivity Competition Policy". Junio de 2007. p. 3; SIGNAIGO, Amy L. Op. Cit. pp. 389-395; LAXTON, William G. Op. Cit. p. 1; SASHKIN, Davina. Op. Cit. pp. 278-279, 281; WELBORN, Angie A y Charles B. GOLDFARB. "Defining Cable Broadband Internet Access Service: Background and Analysis of the Supreme Court's Brand X Decision". CRS Report for Congress. Julio de 2005. p. 3; y, ZHU, Kai. Op. Cit. pp. 631-632.

modificaciones de la *Telecommunications Act* de 1996 que se venía discutiendo en el Congreso de los Estados Unidos. De esta forma se presentaron entre los meses de marzo y mayo de 2006 hasta cinco iniciativas con la finalidad de introducir la figura de la *Net neutrality* como parte de las obligaciones de los proveedores de banda ancha²⁶.

Finalmente, el 8 de junio de 2006 la Cámara de Representantes del Congreso de los Estados Unidos rechazó las enmiendas propuestas a la *Telecommunications Act* de 1996. De esta manera, los propulsores del principio de *Net neutrality* perdían la primera batalla de un enfrentamiento estratégico y comercial entre los proveedores de banda ancha y los proveedores de servicios de Internet²⁷.

IV. LA RED TUNEADA

Internet, como hoy lo conocemos, tiene como antecedente un proyecto militar desarrollado por el gobierno de los Estados Unidos para superar el desarrollo tecnológico alcanzado por la ex Unión Soviética. En septiembre de 1958 se creó dentro del Departamento de Defensa (Department of Defense – DoD) la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada (Defense Advanced Research Project Agency – DARPA). Como un programa menor de la Oficina de Técnicas de Procesamiento de Información (Information Processing Techniques Office – IPTO) dependiente de DARPA surge el proyecto ARPANet (*Advance Research Project Agency Network*). El proyecto inicial tuvo como objetivo el desarrollo de una red tolerante a los fallos de sus nodos²⁸. La idea como ha señalado Javier Cremades, no era crear un sistema de comunicación rápido, sino que funcionara durante el máximo tiempo y en las peores circunstancias imaginables, ofreciendo rutas alternativas que garan-

ticen la recepción del mensaje a pesar de la destrucción parcial de la red²⁹. ARPANet constituye el primer antecedente de lo que hoy conocemos como Internet, es decir, una red de comunicaciones que permitía conectar a una serie de computadoras pertenecientes tanto a agencias estatales como a algunas universidades³⁰.

Para operar esta red, la IPTO se basó en una revolucionaria tecnología de telecomunicaciones, la conmutación de datos por paquetes (*packet switching*)³¹. Entre 1973 y 1978 un grupo de científicos desarrolló los protocolos de Control de Transmisión (Transmission Control Protocol – TCP) y entredes (*InterNetwork Protocol*)³² ambos necesarios para permitir la conexión de ARPANet con otras redes de computadoras. En 1983 el Departamento de Defensa creó la red MILNet exclusivamente para funciones militares y ARPANet se convirtió en ARPA-INTERNET. Un año después, la Fundación Nacional para la Ciencia (National Science Foundation – NSF) empezó a utilizar la red ARPA-INTERNET como columna vertebral (*backbone*). En 1990, ARPANET fue desmontado y el Departamento de Defensa encargó la gestión de lo que sería Internet a la NSF (NSFNet). Sin embargo, su gestión duraría poco tiempo.

Para administrar la red, la NSF desarrolló una política de uso aceptable (*Acceptable Use Policy – AUP*) que prohibía su empleo para fines que no fuera el apoyo a la investigación de redes y la educación. Es decir se excluía su utilización para propósitos comerciales. De esta forma, como señala el profesor Zittrain, Internet se convirtió en un pozo de agua estancada, con un valor académico ciertamente importante pero sin mayor trascendencia económica. Sin embargo, el *backbone* de Internet empezó a congestionarse y ante la necesidad de realizar *upgrades* adicionales, tuvie-

²⁶ Ver: Free Press. "HR 5417: Internet Freedom and Nondiscrimination Act of 2006". [en línea]. Consultada el 14 de agosto de 2007: <http://freepress.net/congress/billinfo.php?id=174>, y "HR 5252: Communications Opportunity, Promotion, and Enhancement (COPE) Act of 2006". [en línea]. Consultada el 14 de agosto de 2007: <http://www.freepress.net/congress/billinfo.php?id=169>.

²⁷ ENTER. "Net neutrality y el futuro de Internet". Op. Cit. p. 1.

²⁸ Ver: QUEMADA, Juan. "Hacia una Internet de Nueva Generación". [en línea]. Cátedra de Estudios de Internet de Nueva Generación de la Universidad Politécnica de Madrid. Versión 6.2. Enero de 2004. pp. 12-13. Consultada el 18 de agosto de 2007: <http://internetng.dit.upm.es/papers/internetngv3.pdf>; y, SALAVERRY, Peter. "Telephone Companies Go to Battle Over the Internet". En: Computer Law Review and Technology Journal. Verano de 1998. pp. 53-55.

²⁹ CREMADES, Javier. "El paraíso digital". Barcelona: Plaza & Janés Editores. 2001. p. 177. Ver: GRETTEL. "Convergencia, competencia y regulación en los mercados de las telecomunicaciones el audiovisual e Internet". Volumen I. Madrid: Colegio Oficial de Ingenieros en Telecomunicaciones. 2000. pp. 509-510.

³⁰ Una versión más completa de la historia de Internet puede revisarse en: CASTELLS, Manuel. "La Galaxia Internet, reflexiones sobre Internet empresa y sociedad". Madrid: Areté. 2001. pp. 23-49.

³¹ La conmutación de datos por paquetes fue desarrollada por Paul Baran de Rand Corporation y Donald Davies del Laboratorio Nacional de Física (National Physical Laboratory) de Gran Bretaña. La conmutación de paquetes funciona de un modo similar al correo postal donde la información puede enviarse sin necesidad de esperar a que el destinatario esté preparado para recibirla. Ver: QUEMADA, Juan. Op. Cit. p. 12-13.

³² Esta red se denomina Internet debido al papel fundamental que este protocolo tiene en la nueva arquitectura. Los routers son los dispositivos encargados de encaminar paquetes entre las redes y su comportamiento se rige por el protocolo IP. Ver: QUEMADA, Juan. Op. Cit. p. 14.

ron que relajarse en 1991 las AUP para permitir conexiones comerciales³³. Esto significó en la práctica que los desarrolladores de aplicaciones tendrían acceso a una amplia audiencia impulsada esta vez por intereses comerciales³⁴.

En 1995 se desmanteló también la NSFNet, dando paso con ello a la privatización total de Internet sobre la base de la infraestructura de numerosos proveedores de servicios que habían establecido pasarelas (*gateways*) propias con fines comerciales. De esta forma, ARPANet se desarrolló a partir una serie de elementos acoplados a través de capas de protocolo independientes sin nodos de control y en la conmutación de datos por paquetes³⁵.

Uno de los puntos centrales que tuvieron en cuenta los científicos involucrados en la creación de ARPANet fue la de diseñar una arquitectura abierta y descentralizada bajo el argumento conocido como “*end to end*” o e2e (también denominado “de punta a cabo”), esto significa que la infraestructura no es capaz de discriminar entre los diferentes paquetes de datos. Este argumento se

centra en la interconexión abierta de redes y permite el desarrollo de servicios y aplicaciones desde los extremos de la red³⁶.

El argumento *end to end* fue articulado en 1981 por los profesores Jerome Saltzer, David Reed y David Clark, como un principio de diseño de red descentralizado, el cual permite distribuir funciones dentro de un sistema de computadoras, de tal forma que facilita el desarrollo de protocolos y aplicaciones³⁷. Este criterio sitúa la inteligencia de la red en la periferia, es decir, en las computadoras desde las cuales se accede al sistema y no en los *routers*, los cuales se encargan sólo de tareas sencillas como dirigir el tráfico de datos. De esta forma es posible enviar paquetes IP de una computadora a otra a través de la Red sin interferencia por parte de los proveedores de acceso³⁸. El argumento *end to end* y la creación de capas de protocolo independientes representan lo que podríamos denominar la arquitectura crítica de Internet. Finalmente, cabe mencionar que el tráfico discurre bajo los fundamentos de dos criterios de Calidad del Servicio (*Quality of Service* – QoS) denomi-

³³ El intencionado resultado de permitir el tráfico comercial en la Red tenía como objetivo estimular la aparición de redes privadas y competitivas. El proceso que derivó en un uso comercial de Internet se resolvió tras largas discusiones que empezaron en 1988 con una serie de conferencias patrocinadas por la NSF en la Escuela Kennedy de Gobierno (Kennedy School of Government) de la Universidad de Harvard, bajo el lema “La comercialización y privatización de Internet”. Ver: LEINER, Barry M., CERF, Vinton G. CLARK, David D. y otros. “Una breve historia de Internet” (Primera Parte). [en línea]. Consultada el 14 de agosto de 2007: <http://www.ati.es/DOCS/internet/histint/histint1.html>.

³⁴ FRISCHMANN, Brett. “Privatization and Commercialization of the Internet Infrastructure: Rethinking Market Intervention into Government and Government Intervention into the Market”. [en línea]. The Columbia Science and Technology Law Review 2. Junio de 2001. Consultada el 17 de agosto de 2007: <http://www.stlr.org/cite.cgi?volume=2&article=1>; y, ZITTRAIN, Jonathan. “Cómo salvar la Internet”. [en línea]. En: Harvard Business Review 85 (6). Junio de 2007. p. 2.

³⁵ Las seis capas de las que está constituida Internet son: (i) capa de contenidos; (ii) capa de aplicativos; (iii) capa de transporte; (iv) capa del Protocolo de Internet; (v) capa de interface; y, (vi) capa física. La diferencia entre las diferentes capas puede ilustrarse con el ejemplo de la aplicación de Internet más popular: el correo electrónico. La capa física consiste en las líneas físicas (telefónicas, ADSL o cable módem), servidores de correo, routers y backbone necesario para transportar el correo electrónico. La capa lógica consiste en el Protocolo Simple de Transferencia de Correo (Simple Mail Transfer Protocol – SMTP) empleado por la red para enrutarse el correo electrónico a su destino. La capa de aplicativos será el programa de correo electrónico empleado. Finalmente la capa de contenidos consiste en el mensaje de correo electrónico enviado. Ver: BENKLER, Yochai y Alan TONER. “Access to the Internet”. [en línea]. 12 de Junio de 2001, Berkman Center for Internet & Society. Consultada el 7 de septiembre de 2007: <http://cyber.law.harvard.edu/ilaw/Access>; FARRELL, Joseph y Phil WEISER. “Modularity, Vertical Integration, and Open Access Policies: Towards a Convergence of Antitrust and Regulation in the Internet Age”. En: Harvard Journal of Law and Technology 17 (1). 2003. pp. 90-91; JORDAN, Scott. “A Layered Network Approach to Net Neutrality”. En: International Journal of Communication 1. 2007. pp. 427-460; SOLUM, Lawrence B. y Minn CHUNG. “The Layers Principle: Internet Architecture and the Law”. Universidad de San Diego. Facultad de Derecho. Serie Derecho Público y Teoría Legal. Research Paper 55. Junio de 2003. pp. 14 y siguientes; y, YOO, Christopher S. “Beyond Network Neutrality”. En: Harvard Journal of Law & Technology 19 (1). 2005. p. 14.

³⁶ FRISCHMANN, Brett. Op. Cit. y, WU, Tim. “The Broadband Debate, A User’s Guide”. Op. Cit. p. 74.

³⁷ Ver: LEMLEY, Mark A. y Lawrence LESSIG. “The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era”. Universidad de Stanford. Facultad de Derecho. Programa John M. Olin de Law and Economics. Documento de trabajo 207. p. 6; MONTEZUMA, Oscar. “El futuro de los derechos de autor en entornos digitales”. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho. [Tesis para optar por el título de abogado]. pp. 82-90; SOLUM, Lawrence B. y Minn CHUNG. Op. Cit. pp. 14 y siguientes; y, SALTZER, Jerome, REED, David y David D. CLARK. “End-to-End Arguments in System Design”. [en línea]. Instituto Tecnológico de Massachusetts, Laboratorio de Ciencia Informática. Consultada el 15 de agosto de 2007: <http://mit.edu/Saltzer/www/publications/endtoend/endtoend.pdf>.

³⁸ Lawrence Lessig señala tres implicancias importantes de la arquitectura con la que se construyó Internet: (i) dado que las aplicaciones son utilizadas en las computadoras de la periferia, cualquiera que desarrolle nuevas aplicaciones necesitará solamente conectar su computadora a la red para poder hacer uso de ellas; (ii) teniendo en cuenta que el diseño no ha sido hecho para uso de ninguna aplicación en particular, la red se encuentra abierta a la innovación; y, (iii) el diseño reposa sobre una plataforma neutral, en el sentido que no es posible discriminar algunos paquetes de datos en favor de otros, la red no se encuentra diseñada para discriminar en perjuicio de ningún innovador. Ver: LESSIG, Lawrence. “The Future of Ideas: The Fate of Commons in a Connected World”. Nueva York: Random House. 2001. pp. 36-37; y “El código y otras leyes del ciberespacio”. Madrid: Taurus digital. 2001. pp. 190-194. Cfr. COMISIÓN FEDERAL DE COMERCIO. Op. Cit. n. 51; HATFIELD, Dale N. “Emerging Network Technologies”. En: MAJUMDAR, Sumit K.; VOGELSSANG, Ingo y Martin E. CAVE (editores). Handbook of Telecommunications Economics. Volumen 2. Amsterdam: Elsevier B.V. 2005. p. 52.

nados “primero llega primero sale” (*first-in-first-out* o *FIFO*)³⁹ y de “mejor esfuerzo” (*best-effort*)⁴⁰. Estos dos criterios establecidos en el diseño original por ARPA son comunes en aquellas redes que reconocen la latencia y la congestión del tráfico como un problema crítico⁴¹.

Este diseño privado y generativo⁴² estructurado por los representantes de lo que se ha denominado “ideología californiana”⁴³ ha permitido la innovación, la incorporación de nuevas redes y el desarrollo de una serie de aplicaciones que progresivamente han ido incorporándose sin mayores restricciones al conjunto de redes y servicios ya existentes. La mayoría de las innovaciones significativas de Internet fueron desarrolladas por iniciativas privadas individuales sin relación con los proveedores de acceso establecidos.

Son ejemplos de la descentralización de la red y de su desarrollo generativo algunos de los aplicativos y servicios más populares. El correo electrónico nació en 1969 cuando un ingeniero que se desempeñaba para una empresa contratada por

el gobierno americano desarrollaba el proyecto ARPANET. Ray Tomlinson, diseñó un programa que permitía transmitir mensajes entre dos computadoras. La *World Wide Web* (WWW) fue creada en 1990 como una interfaz gráfica amigable (*Graphic User Interface* – GUI), por un equipo de investigadores del CERN en Ginebra liderado por Tim Berners-Lee para que científicos de diversas partes del mundo pudieran colaborar entre ellos de forma eficaz. El impacto de la WWW fue tan grande que en poco tiempo desplazó al sistema de búsqueda de información imperante, Gopher, el cual ya nadie recuerda⁴⁴. Los programas del tipo par a par (*peer to peer* – p2p)⁴⁵ se popularizaron en 1999 cuando Shawn Fanning y Sean Parker fundaron Napster, una empresa que creó un sistema para la transmisión de ficheros musicales entre las computadoras de los usuarios de Internet⁴⁶. El programa fue muy difundido hasta que los tribunales americanos prohibieron su uso un año después⁴⁷. Unos estudiantes de College crearon Google. Un aficionado concibió la idea de eBay. Un adolescente escribió el código para el Instant Messaging⁴⁸. Así, se han sucedido una serie de iniciativas de

³⁹ Es el planificador de enlace más simple, el cual permite el envío de los paquetes información de acuerdo con su orden de llegada. Dada su facilidad de ejecución estuvo instalado inicialmente en todos los routers y es aún hoy dominante en la mayoría de los nuevos equipos. ZHU, Kai. Op. Cit. p. 620.

⁴⁰ La regla del mejor esfuerzo es una característica de la arquitectura de Internet que esencialmente consiste en que los datos se van a enviar de una computadora a otra sobre la ruta más eficiente sin ninguna garantía de que los datos serán entregados o que el usuario tendrá un nivel de calidad del servicio garantizado o una determinada prioridad de atención. En una red diseñada bajo esta regla los usuarios obtienen un nivel de satisfacción variable no específico, dependiendo de la carga de tráfico. Cfr. ATKINSON, Robert D. y Philip J. WEISER. “A “Third Way” on Network Neutrality”. [en línea]. Mayo, 2006. p. 4. The Information Technology and Innovation Foundation. Consultada el 7 de septiembre de 2007: <http://www.itif.org/files/netneutrality.pdf>; CLARK, David D. y Marjory S. BLUMENTHAL. “Rethinking the design of the Internet: The end to end arguments vs. the brave new world”. [en línea]. Consultada el 20 de agosto de 2007: <http://www.tprc.org/abstracts00/rethinking.pdf>; SIDAK J. Gregory. “A Consumer-Welfare Approach to Network Neutrality Regulation of the Internet”. *Journal of Competition Law and Economics* 2 (3). 2006. p. 363; JORDAN, Scott. Op. Cit. p. 434; OECD. “The Implications of Wimax for Competition and Regulation”. DSTI/ICCP/TISP(2005)4/FINAL. 06 de marzo de 2007. p. 24; y, SOLUM, Lawrence B. y Minn CHUNG. Op. Cit. p. 106-108.

⁴¹ COMISIÓN FEDERAL DE COMERCIO. Op. Cit. p. 6.

⁴² La generatividad es la accesibilidad que hace posible que personas de todo el mundo –sin credenciales, dinero o conexiones especiales– usen y luego compartan el poder de las tecnologías con fines no previstos por los creadores de Internet. Ver: ZITTRAIN, Jonathan. “Cómo salvar la Internet”. Op. Cit. p. 2; y, “The Generative Internet”. En: *Harvard Law Review* 119 (7). 2006. pp. 1974-2040.

⁴³ La ideología californiana es el término acuñado por R. BARBROOK y A. CAMERON para describir a la cultura que subyace a los creadores del Internet, la cual según CASTELLS se caracteriza por la siguiente estructura superpuesta: una cultura tecnocrática, la cultura del hacker, la cultura comunitaria virtual y la cultura emprendedora. Véase CASTELLS, Manuel. Op. Cit. pp. 23-49; y, BARBROOK, R. y A. CAMERON. “La Ideología Californiana”. [en línea]. Consultada el 10 de junio de 2002: <http://cci.wmin.ac.uk/HRC/ci/calif5.html>.

⁴⁴ El problema fundamental de Gopher era su falta de flexibilidad ya que no permitía el procesamiento de textos de manera interrelacional en forma de hipertexto. El diseño de BERNERS-LEE, por el contrario, era sumamente flexible ya que incluso permitía que Gopher operara dentro de ella. Ver: MONTEZUMA, Oscar. Op. Cit. pp. 82-90.

⁴⁵ Una red *peer-to-peer* es aquella donde el contenido se encuentra ofrecido no por un servidor central simple, sino por computadoras “pares” enlazadas a través de la red. Véase LESSIG, Lawrence. “The Future of Ideas: The Fate of Commons in a Connected World”. Op. Cit. p. 134.

⁴⁶ Este programa permitía a sus usuarios compartir gratuitamente archivos de música en formato MP3 directamente de sus computadoras. Las ventajas principales que ofrecía Napster respecto de otros programas de descarga musical gratuitos eran dos: (i) se evitaba que el usuario tuviera que realizar una búsqueda en los distintos servidores de archivos MP3 en Internet; y, (ii) brindaba información sobre los usuarios que tenían los archivos deseados en su disco duro, sin que Napster interviniera en la reproducción o almacenamiento del material.

⁴⁷ Ver: CHUEH-CHIN YEN, Alfred. “A Preliminary Economic Analysis of Napster: Internet Technology, Copyright Liability, and the Possibility of Coasean Bargaining”. Documento de trabajo. Universidad de Boston, Facultad de Derecho, Serie Derecho Público y Teoría Legal. 01-01. 2001. pp. 12-13; OSSA, Claudio. “El fenómeno del MP3 y el caso Napster”. [en línea]. En: *Revista Electrónica de Derecho Informático* 32. Marzo de 2001. Consultada el 15 de enero de 2004: http://vlex.com/redi/No_32_-_Marzo_del_2001/4; PEMBERTON A., Jayne. “RIAA v. Diamond Multimedia Systems - Napster and MP3.com”. En: *Richmond Journal of Law & Technology* 7 (1). 2000; y, WEBB, Stephen. “RIAA v. Diamond Multimedia Systems: The Recording Industry Attempts to Slow the MP3 Revolution, Taking Aim at the Jogger Friendly Diamond Rio”. En: *Richmond Journal of Law & Technology* 7 (1). 2000.

⁴⁸ SCOTT, Ben; COOPER, Mark y Jeannine KENNEY. Op. Cit. p. 9.

individuos o de pequeños grupos de personas para resolver sus propios problemas⁴⁹. Sin embargo, la pregunta que tendríamos que hacer es si este nivel de inventiva está realmente en riesgo si no se toman medidas del tipo *Net neutrality*.

V. ¿ES NEUTRAL LA RED?

Aun cuando los promotores de la *Net neutrality* sostienen que la arquitectura de Internet, desarrollada bajo el argumento *end to end*, no debiera permitir la discriminación de contenidos de ningún tipo, lo cierto es que en la práctica se han venido reportando diversas experiencias que parecieran cuestionar la vigencia de este argumento.

Podemos citar el caso de aquellos desarrollos diseñados con la finalidad de superar el problema de la escasez de direcciones IP. Como es conocido, el protocolo IP se diseñó originalmente de tal forma que permitía conectar hasta cuatro mil millones de computadores. Sin embargo, el crecimiento sostenido de Internet supone la posibilidad del agotamiento de estas direcciones. Una de las medidas adoptadas para paliar este inconveniente es la técnica conocida como de Traducción de Direcciones de Red (*Network Address Translator* – NAT). Una pasarela NAT cambia la dirección de origen de cada paquete de salida de una red privada para que sea única, almacenándola en una tabla que sirve para recordar qué dirección y puerto le corresponde a cada dispositivo cliente y así identificar donde deben regresar los paquetes de respuesta. Si un paquete ingresa en la red interna sin un registro en la tabla de traducciones, simplemente es descartado. De esta forma una pasarela

NAT sólo necesitará de una dirección IP para conectar una red privada con Internet, lo que genera un considerable ahorro de direcciones IP. Sin embargo, una pasarela NAT restringe el argumento *end to end*, en la medida que constituye un mecanismo situado en medio de los extremos de la Red, de tal forma que entorpece las comunicaciones entre las computadoras situadas en dos redes privadas distintas. Muchas aplicaciones como aquellas del tipo *peer to peer*, videoconferencia y videojuegos en línea no funcionan en un entorno NAT⁵⁰.

No es el único caso. Otros desarrollos recientes permiten priorizar ciertos contenidos de forma tal que se presentan como una de las innovaciones más importantes para resolver el problema de la congestión de Internet. Una creativa solución a este inconveniente lo constituyen las llamadas Redes de Distribución de Contenidos (*Content Delivery Networks* – CDN). Una red del tipo CDN almacena dinámicamente contenidos y aplicaciones en múltiples sitios de Internet. Cuando recibe un requerimiento para acceder a un *site* alojado en una red CDN, en lugar de enviar la propuesta al URL solicitado, la redirige al servidor más próximo o al menos congestionado⁵¹. De esta forma, las redes del tipo CDN reducen considerablemente los costos de transmisión, congestión y latencia⁵². El inconveniente es que esta solución también viola el criterio de *Net neutrality*. No sólo el cambio de dirección URL contradice el argumento *end to end* introduciendo inteligencia en el centro de la Red, sino que al ser las redes CDN gestionadas por organizaciones comerciales privadas sus ventajas están disponibles únicamente para aquellos que están

⁴⁹ Ver: ZITTRAIN, Jonathan. "Cómo salvar la Internet". Op. Cit. p. 4.

⁵⁰ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. "La Internet de nueva generación – actuaciones prioritarias en la migración al nuevo Protocolo Internet IPv6". Bruselas. 2002. pp. 7-8; HERLITZ GATICA, Heinz Waldemar. "Transversabilidad en NAT/Firewall". Temuco: Pontificia Universidad Católica de Temuco. Facultad de Ciencias. [Tesis para optar por el título de ingeniero en informática]. pp. 6-12; y, QUEMADA, Juan. Op. Cit. pp. 22-26.

⁵¹ Si un navegante ubicado en China deseara acceder a la URL de un servidor peruano cliente de una red CDN, la respuesta será descargada directamente desde un servidor geográficamente más cercano ubicado probablemente en la propia China, Japón o Corea, optimizándose de esta forma el tiempo respuesta y descarga del contenido solicitado. Ver: YOO, Christopher S. "Network Neutrality and the Economics of Congestion". Op. Cit. pp. 1862-1863; DAVE, Clark, LEHR, Bill; BAUER, Steve; FARATIN, Peyman; SAMI, Rahul y John WROCLAWSKI. "The Growth of Internet Overlay Networks: Implications for Architecture, Industry Structure and Policy". [en línea]. Ponencia presentada en la 33 Conferencia de Comunicaciones, Información y Regulación de Internet, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad George Mason, Washington D.C., 8 de septiembre de 2005. Consultada el 5 de septiembre de 2007: http://web.si.umich.edu/tprc/papers/2005/466/TPRC_Overlays_9_8_05.pdf; HAHN, Robert W. y Robert E. LITAN. "Portioning Bit by Bit, The Myth of Network Neutrality and the Threat to Internet Innovation". En: Milken Institute Review 9 (2). p. 32; y, McTAGGART, Craig. "Was the Internet Ever Neutral?" [en línea]. Ponencia presentada en la 34 Conferencia de Comunicaciones, Información y Regulación de Internet, organizada por la Facultad de Derecho de la Universidad George Mason, Arlington. 30 de septiembre de 2006. pp. 7-8. Consultada el 5 de septiembre de 2007: <http://web.si.umich.edu/tprc/papers/2006/593/mctaggart-tprc06rev.pdf>.

⁵² La red CDN líder, conocida como Akamai, posee más de veinte mil servidores en casi mil redes en 71 países y maneja cerca del quince por ciento del contenido mundial de páginas web. Akamai fue fundada en 1998 por el estudiante del MIT Daniel Lewin y su profesor de Matemáticas Aplicadas Tom Leighton, sobre la base de unos algoritmos para optimizar el tráfico de Internet. Lewin murió en el vuelo de American Airlines durante los ataques del 11 de septiembre de 2001 contra el World Trade Center de la ciudad de Nueva York. Entre los clientes más importantes de Akamai se encuentran: Adobe, Airbus, Amazon, Apple, American Express, Yahoo!, AOL Radio, ESPN, Symantec, Match.com, Google, Microsoft, FedEx, BBC News, Xerox, iVillage, Apple, MTV Networks, la Casa Blanca y Reuters. Ver: AKAMAI. Consultada el 6 de septiembre de 2007: http://www.akamai.com/html/about/management_dl.html.

dispuestos a pagar por obtener esta priorización de su tráfico.

También algunos proveedores de acceso y empresas de telecomunicaciones han sido acusados de violar la *Net neutrality* y de desarrollar prácticas potencialmente anticompetitivas. En el año 2004 Madison River Communications, un pequeño proveedor de servicios de Internet de Carolina del Norte, bloqueó el acceso de sus suscriptores al servicio de voz sobre IP de Vonage. La FCC intervino, ordenando la restitución del servicio y sancionando a Madison River con US\$ 15 000 dólares. Casos similares se han reportado en Chile, Perú y Corea.

En Chile, Voissnet, una empresa de telefonía IP, demandó al operador local de telefonía (Telefónica CTC), por actos contrarios a la libre competencia⁵³. Voissnet consideró que Telefónica CTC violaba la libre competencia en la medida que prohibía la provisión a sus abonados de servicios de telefonía IP. El Tribunal de Defensa de la Competencia de Chile estimó que el marco contractual diseñado por Telefónica CTC restringía la libertad de los ISPs para acceder a proveedores de servicios de aplicaciones (*Application Service Providers* – ASPs) que prestaran servicios de telefonía IP. Por otro lado, en el Perú, Telefónica denunció en marzo de 1999 a la Red Científica Peruana ante OSIPTEL por supuestos actos de competencia desleal al considerar que ésta obtenía una ventaja competitiva ilícita al comercializar un dispositivo, denominado Aplio⁵⁴, que permitía realizar llamadas de larga distancia a través de Internet. La demanda no prosperó al considerar OSIPTEL que los usuarios de Telefónica tenían amplia libertad para decidir el uso más conveniente de su conexión a Internet, lo cual incluía adquirir un dispositivo y efectuar una comunicación de voz sin la participación del proveedor de acceso⁵⁵.

Más recientemente, en el año 2006, el segundo ISP de Corea, Hanaro Telecom, se quejó de que una serie de proveedores de acceso y de contenidos

competidores estaban bloqueando su servicio *streaming* de televisión, HanaTV. El proveedor de banda ancha LG Powercomm también había bloqueado el servicio. A fines de ese año la Comisión de las Comunicaciones de Corea (Korea Communications Commission – KCC) ordenó a LG Powercomm que permitiera el acceso al servicio, aunque también señaló que Hanaro había violado el contrato que tenía con Powercomm al no realizar las debidas consultas antes de ofrecer el servicio de *streaming* de televisión⁵⁶.

Restricciones de este tipo no son extrañas para los servicios de banda ancha a nivel de usuario. Un estudio realizado en el año 2002 por el profesor Tim Wu de la Universidad de Virginia entre las diez más importantes empresas proveedoras del servicio de cable módem y los seis mayores proveedores de servicios DSL de los Estados Unidos, reveló la existencia de una serie de limitaciones impuestas a los suscriptores residenciales para evitar que congestionen la Red⁵⁷. De acuerdo con Wu las operadoras de banda ancha no permiten una serie de aplicaciones del tipo *peer to peer*, *home telecommuting*, conexiones a consolas de videojuegos, telefonía IP y routers WiFi. Entre las restricciones más importantes, el diez por ciento de las empresas de cable módem prohibía la conexión a una red privada virtual (*Virtual Private Network*), la conexión de equipos Wi Fi o enlaces a un punto final de red (*Network End Point*). El 40 por ciento limitaba la implementación de redes caseras (*Home Networking*). Asimismo, la totalidad de las empresas de cable módem y la tercera parte de las de DSL no permitían que las conexiones domiciliarias se utilizaran para usos comerciales limitando operaciones del tipo proveedor público de información, reventa de servicios, operaciones del tipo ISP o que se sobre explotarán los servicios de banda ancha contratados⁵⁸.

VI. EL CRECIMIENTO DE INTERNET

Son múltiples las razones que han hecho que Internet tenga el dinamismo y la importancia social

⁵³ Ver: Chile. Tribunal de Defensa de la Competencia. Voissnet S.A. y Fiscalía Nacional Económica contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., 60/2005.

⁵⁴ El Aplio/Phone, fue la primera aplicación que permitía realizar comunicaciones de voz a través de Internet sin la necesidad de usar un computador.

⁵⁵ OSIPTEL. Cuerpo Colegiado Ordinario. Telefónica del Perú S.A.A. contra Red Científica Peruana. 2-99.

⁵⁶ OECD. "Internet Traffic Prioritization: An Overview". DST/ICCP/TISP(2006)4/FINAL. 06 de abril de 2007. p. 20.

⁵⁷ WU, Tim. "Network Neutrality, Broadband Discrimination". En: Journal of High Technology Law 2. 2003. pp. 141-178.

⁵⁸ Cfr. YOO, Christopher S. "Network Neutrality and the Economics of Congestion". Op. Cit. pp. 1877-1878. Ver: WU, Tim. "Wireless Carterfone". En: International Journal of Communication, 1, 2007. pp. 389-426. Limitaciones de esta naturaleza se han reportado también en otras latitudes. En marzo de 2006, se reportó que British Telecom había enviado más de 3 mil cartas a sus suscriptores de banda ancha que habían bajado entre 100 y 200 GB de data al mes, informándoles que en adelante se tendrían que pagar más por el servicio o se daría por resuelto su contrato. Ver: OECD. "Internet Traffic Prioritization: An Overview". Op. Cit. pp. 18 y 25; y, TUDELA, Ana. "La alianza de Jazztel y Varsavsky se ve atrapada en los contratos de ADSL". En: El Economista. Sección Empresas & finanzas. Edición del 19 de abril de 2006. p. 13.

que hoy le conocemos, entre las cuales podemos destacar: la posibilidad de utilizar Internet para propósitos comerciales, el incremento de contenidos apetecibles para los usuarios, la caída en los costos de los equipos de acceso⁵⁹, el aumento considerable de la potencia de las computadoras personales, la reducción de su complejidad con la introducción de la web⁶⁰, el aumento del ancho de banda y el menor costo de su provisión⁶¹.

Estos avances han generado un aumento constante en el número de usuarios. Hoy Internet conecta a cientos de millones de usuarios y organizaciones en una autopista que permite una comunicación instantánea a través de computadoras, dispositivos móviles y otras redes⁶². Esta masa crítica de suscriptores presiona para que se produzcan nuevos contenidos, servicios y aplicaciones, los cuales a su vez promueven la conexión de más usuarios, en un ciclo donde estas dos variables –contenidos y usuarios– se retroalimentan mutuamente⁶³. Los usuarios finales interactúan con otros usuarios a través de contenidos cada vez más complejos y demandantes de ancho de banda, como *sites* comerciales para la venta de bienes y servicios, redes sociales, bitácoras (*blogs*), *sites* de música y vídeo, foros, voz sobre IP (VoIP), *streaming* de aplicaciones de video y videojuegos. Estudios realizados para el Reino Unido, concluyen

en 23 Mbps de bajada y 14 Mbps de subida como los requisitos mínimos de ancho de banda para un hogar de uso intensivo en el año 2012⁶⁴.

Esta expansión constante de usuarios y aplicaciones genera una serie de problemas cada vez más agudos. Inicialmente, Internet estuvo dominada por aplicaciones que exigían una modesta demanda de recursos como el correo electrónico. Contribuía a ello las restricciones al uso comercial impuestas por la NSF. Sin embargo, su uso comercial produjo una serie de cambios que derivaron en una mayor demanda de recursos lo que genera problemas de administración considerablemente complejos. Por ejemplo, la aparición de *sites* de transferencia de música y vídeo de calidad, implica la transmisión de imágenes y elementos multimedia con mayores requerimientos de ancho de banda; asimismo, los programas de *filesharing*⁶⁵, el *streaming* de archivos de video, aplicaciones ofimáticas por Internet y otras similares generan también un aumento considerable en el tamaño de los archivos intercambiados. Por otro lado, los usuarios vienen utilizando con mayor frecuencia aplicaciones en tiempo real muy sensibles a la calidad del servicio, tales como *streaming* media, televisión sobre IP (*Internet Protocol Television – IPTV*), redes de video-juegos multiusuario (*Mono MultiPlayer Game – MOMPG*)⁶⁶ y voz sobre

⁵⁹ El valor de un módem ADSL ha disminuido constantemente en los últimos años. En 1992 su costo era aproximadamente de diez mil dólares, nueve años después se situaba alrededor de cien dólares, hoy se puede adquirir a la mitad de este precio. Ver: CRANDALL, Robert W. "Broadband Communications". En: MAJUMDAR, Sumit K.; VOGELSSANG, Ingo y Martin E. CAVE (editores). *Handbook of Telecommunications Economics*. Volumen 2. Amsterdam: Elsevier B.V. 2005. p. 159.

⁶⁰ Inicialmente para navegar por Internet era necesario poseer conocimientos de informática y de sistemas operativos relativamente importantes. Debido a ello su grado de penetración era relativamente pequeño, reduciéndose su uso a aquellas comunidades que poseían dichos conocimientos. Con el desarrollo de aplicativos que facilitaron su uso, tal pericia ya no fue necesaria, lo que permitió que usuarios sin estos entendimientos navegaran de forma mucho más amigable por Internet. CREMADES, Javier. Op. Cit. p. 179.

⁶¹ De acuerdo con la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos el precio de una conexión de banda ancha vía ADSL ha caído rápidamente en los últimos años, en un contexto de agresiva competencia con los proveedores de cable módem. El costo mensual del servicio DSL se ha reducido en los Estados Unidos de 40 dólares en el 2002 hasta alcanzar los 31 dólares en el 2006. De mayo de 2005 a abril 2006, AT&T redujo el precio mensual de su servicio DSL de 3.0 Mbps de 29.95 dólares a 17.99 dólares. Verizon hizo lo propio para su conexión de 1.5 Mbps de 80 dólares a 15 dólares entre mayo de 2001 a mayo de 2007. Similares experiencias se registran en la mayoría de los países incluyendo el Perú. Ver: COMISIÓN FEDERAL DE COMERCIO. Op. Cit. p. 3; y, SIDAK, Gregory J. "What Is the Network Neutrality Debate Really About?". Op. Cit. p. 381.

⁶² Según un informe realizado por la consultora comScore Networks en mayo de 2006 existían casi 700 millones de internautas y el 14 por ciento de la población menor de quince años utilizaba Internet regularmente. Ver: "El mayor muestreo global de internet eleva a 694 millones los navegantes en todo el mundo". En: ABC. Sección Sociedad, edición del 9 de mayo de 2006.

⁶³ CREMADES, Javier. Op. Cit. p. 179.

⁶⁴ GAPTEL. "Oportunidades y desafíos de la banda ancha". Madrid, 2007. p. 20.

⁶⁵ Los programas de *filesharing* permiten el intercambio de archivos de forma rápida y sencilla. Estos programas para ser eficaces requieren de tres elementos. Primero, es necesario que el programa se pueda instalar en las computadoras y que permita localizar archivos situados en las computadoras de los demás usuarios, creando de esta forma de una red de pares. En segundo lugar, debe permitir que cada usuario busque en la red el contenido disponible de los demás usuarios. Tercero, requiere de un mecanismo para que los usuarios intercambien archivos una vez que se han encontrado los archivos deseados. Ver: WU, Tim. "When Code Isn't Law". En: Virginia Law Review 89. 2003. pp. 138-139.

⁶⁶ Los MOMPG se diferencian de los tradicionales juegos de consola en que se participa a través de Internet y para acceder a los servidores donde se almacena la continuidad de la historia es necesario contar con una suscripción mensual. No se juega contra un computador, ni se conoce la identidad de los adversarios, en principio infinitos, el juego no acaba nunca y, en la práctica, sigue su curso aunque el usuario esté temporalmente desconectado. En julio de 2006, World of Warcraft contaba con más de seis millones de usuarios que habían pagado unos 60 dólares por pertenecer a la comunidad y desembolsaban otros 20 mensualmente. Ver: COMISIÓN FEDERAL DE COMERCIO. Op. Cit. p. 19; GALLEGO, Norberto. "Avatares y mundos persistentes". En: La Vanguardia. Suplemento Dinero. edición del 18 de mayo de 2006. p. 6.

IP⁶⁷. La aparición de estas aplicaciones es uno de los aspectos que distinguen el Internet de hoy del original, dado que estos usos son sensibles a la latencia de la red; es decir, sólo toleran un breve tiempo de respuesta luego del cual la demora en el envío de un paquete equivale a su pérdida. La pérdida de una pequeña fracción de paquetes degrada la calidad de la comunicación hasta el punto de hacer inútil el servicio. De esta forma, la calidad en el rendimiento de la red es un elemento crítico en un momento en el que el aumento del tráfico hace que ésta sea difícil de mantener⁶⁸.

En la medida que aumentan los suscriptores y los contenidos rivalizan en sofisticación y en consumo de ancho de banda surgen una serie de externalidades, materializadas sobre todo en la congestión de la Red, que ha pasado de ser un problema teórico para convertirse en una contrariedad real⁶⁹. Como respuesta a este problema, se han desarrollado diversas técnicas que permiten priorizar los diversos tipos de tráfico. Una forma consiste en limitar el ancho de banda usado por cierto tráfico. Esta técnica llamada *traffic shaping* (también conocida como *packet shaping* o *traffic structuring*), se utiliza cuando ciertos contenidos no prioritarios demandan una gran capacidad de ancho de banda. Otro mecanismo consiste en el etiquetado del tráfico de Internet con niveles de prioridad distintos. En cada router, el tráfico con una prioridad más elevada tendrá un mejor desempeño que el tráfico con menores niveles de prioridad. Finalmente, un tercer tipo de servicio diferenciado consiste en reservar capacidad de red para ciertos contenidos. El tráfico seleccionado progresa a través

de una porción de ancho de banda disponible de forma que se puede garantizar la velocidad de este tráfico en tránsito por la Red⁷⁰.

Es por ello que no es casual que en el momento en el que los proveedores de banda ancha vienen desarrollando una serie de técnicas para priorizar cierto tipo de tráfico, algunos activistas y académicos exijan un regreso a los orígenes y el respeto de una arquitectura y tecnología que a la luz de su actual evolución parece obsoleta para atender las necesidades que los usuarios están exigiendo hoy a la Red⁷¹.

VII. LA ECONOMÍA DE INTERNET

De manera simplificada podemos distinguir cuatro participantes en el mercado de Internet: (i) proveedores de contenidos, (ii) proveedores de banda ancha, (iii) proveedores de acceso, y, (iv) los suscriptores o usuarios finales.

Tradicionalmente para acceder a Internet los usuarios finales han necesitado tanto de una conexión de última milla (*last mile*) como de un Proveedor de Acceso a Internet (*Internet Access Provider* – IAP). A su vez, los proveedores de acceso y de contenidos ofrecían sus servicios a los usuarios finales a través de operadores de red, que brindaban conectividad y transporte a través de Internet. Hasta hace poco los usuarios finales se conectaban mayoritariamente a través de líneas telefónicas de banda estrecha (*narrowband*)⁷² vía *dial-up* sobre redes de cobre tradicionales⁷³. Sin embargo, desde hace unos años se han desarrollado conexiones de banda ancha (*broadband*)⁷⁴, principalmente a

⁶⁷ Las conclusiones de estudios realizados en el Reino Unido fijan en 23 Mbps de bajada y 14 Mbps de subida como requisitos mínimos de ancho de banda para un hogar de uso intensivo para el año 2012. Ver: GAPTEL. "Oportunidades y desafíos de la banda ancha". Madrid, 2007. pp. 19-21.

⁶⁸ CLARK, David D. y Marjory S. BLUMENTHAL. Op. Cit. p. 3; HAHN, Robert W. y Robert E. LITAN. Op. Cit. p. 33; JORDAN, Scott. Op. Cit. pp. 434; y, ZHU, Kai. Op. Cit. pp. 618-619.

⁶⁹ BOTE, Valentín. "La economía de la Net neutrality". [en línea]. Nota Enter, 25, julio de 2006. p. 2. Consultada el 20 de agosto de 2007: http://www.enter.es/enter/file/espanol/texto/Nota_25.pdf.

⁷⁰ JORDAN, Scott. Op. Cit. p. 435; y OECD. "Internet Traffic Prioritisation: An Overview". Op. Cit. pp. 8-15.

⁷¹ BOTE, Valentín. Op. Cit. p. 2; y, YOO S., Christopher. "Network Neutrality and the Economics of Congestion". Op. Cit. pp. 1862-1863.

⁷² El término "ancho de banda" fue utilizado inicialmente para las comunicaciones inalámbricas. Como se sabe, el espectro radioeléctrico se encuentra dividido en una serie de canales o bandas de radiofrecuencias. Así, cuando el Estado concede el derecho de explotar bandas determinadas, a mayor amplitud de frecuencias mayor es el ancho de banda y mayor la capacidad de transmisión. De allí se recoge la idea de que las conexiones de mayor capacidad son de banda ancha (*broadband*). Ver: PEREZ MARTÍNEZ, Jorge (Coordinador). "GRETEL 2002, Nuevo diseño europeo de las telecomunicaciones, el audiovisual e Internet". Madrid: Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicaciones. 2002. p. 911.

⁷³ La tecnología de acceso a Internet por dial-up a través de conexiones telefónicas se realizaban típicamente a una tasa de 56 kilobits por segundo ("Kbps").

⁷⁴ La FCC ha definido "banda ancha" como aquel servicio que provee velocidades de transmisión unidireccionales de 200 Kbps o superiores. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD) establece este límite para capacidades en el tramo descendente de al menos 256 Kbps. La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) califica como banda ancha a aquel servicio o sistema que requiere canales de transmisión capaces de soportar velocidades superiores a la velocidad primaria de la red digital de servicios integrados (RDSI) a 1,5 ó 2,0 Mbps. Ver: CASTRO, Francisco C. "Implicaciones del desarrollo de la banda ancha". [Presentación]. Lima: OSIPTEL. 2005. Lámina 2; COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación "Connecting Europe at High Speed: National Broadband Strategies". COM (2004) 369. Bruselas. Mayo de 2004. p. 5; COMISIÓN FEDERAL DE COMERCIO. Op. Cit. 54; GAPTEL. "Banda ancha". Madrid, Julio de 2004. p. 9; y UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES. "Recomendación UIT-T I.113: Vocabulario de términos relativos a los aspectos de banda ancha de las redes digitales de servicios integrados". Julio de 1997. p. 1.

través de la reutilización de las redes tradicionales telefónicas de cobre mediante líneas DSL o sobre cables coaxiales mediante servicios de cable módem⁷⁵.

La aparición de estas tecnologías de banda ancha ha ocasionado algunos cambios fundamentales en la arquitectura de Internet. A diferencia de lo que ocurría en el mundo de banda estrecha, los proveedores de banda ancha poseen una red conmutada que les permite enrutar los paquetes de datos después de haberlos separado de los demás tipos de comunicación. Así, la arquitectura de una red de banda ancha, no es sólo un mecanismo de paso pues realiza las mismas funciones efectuadas por los proveedores de acceso tradicionales. De tal suerte que los proveedores de banda ancha ofrecen a sus suscriptores además de la conexión, el acceso a Internet, lo cual tiene el efecto inevitable de reducir la viabilidad de los proveedores de acceso independientes y de animar a los proveedores de banda ancha a empaquetar sus ofertas con servicios de acceso y contenidos⁷⁶.

Por otro lado, las industrias de red como Internet, generan lo que los economistas denominan economías de escala en el consumo o externalidades de red. Esto implica que la disposición de pago de los consumidores por cada unidad adicional vendida o producida es mayor. El idioma, por ejemplo, se caracteriza por tener externalidades de red, dado que el beneficio derivado de comunicarse en un determinado lenguaje aumenta significativamente cuanto a más personas un idioma les es familiar⁷⁷. En el caso de Internet su

valor aumenta cuando ingresa un nuevo suscriptor, como cuando un usuario decide publicar un nuevo blog o si se visita un *site*⁷⁸.

Los economistas distinguen dos tipos de externalidades de red. Nos encontramos ante una externalidad directa cuando los consumidores se identifican como parte de la red; en este caso, el aumento en el número de consumidores incide directamente sobre la percepción del valor de la red, como ocurre en el servicio telefónico⁷⁹. Se identifican efectos de red indirectos cuando el incremento en su valor es el resultado de una mayor disponibilidad de bienes complementarios, es el caso de las denominadas redes unidireccionales o redes virtuales organizadas alrededor de un estándar tecnológico. En este caso, el valor de la red aumenta cuando se está en capacidad de atraer a más bienes complementarios. Por ejemplo, si más personas usan una determinada tarjeta de crédito mayor número de comerciantes estarán dispuestos a afiliarse, haciendo que ésta tenga más valor para sus tenedores⁸⁰.

De esta forma, el mayor número de suscriptores a Internet genera los incentivos suficientes para atraer un catálogo cada vez más amplio de servicios y contenidos, ello en la medida que los proveedores de contenidos responden positivamente a esta abundancia de suscriptores. Es decir, los usuarios de Internet y los proveedores de servicios forman parte de lo que se denomina un mercado de dos caras (*two-sided market*) o demandas ligadas⁸¹, donde la demanda que tiene un agente por un determinado servicio es complementaria a la demanda que tiene otra parte⁸².

⁷⁵ COMISIÓN FEDERAL DE COMERCIO. Op. Cit. p. 19; FOLEY, Paula W. "Untangling the Third Wire: Broadband Over Power Lines, Open Access, and Net Neutrality". En: *Journal of High Technology Law* 6. 2006. pp. 196-200.

⁷⁶ FUENMAYOR FERNÁNDEZ, Amadeo e HIGÓN TAMARIT, Francisco. "Internet desde el punto de vista de la economía pública". Ponencia presentada en el IX encuentro de economía pública. Vigo. 7 y 8 de febrero de 2002. p. 13; y, YOO, Christopher S. "Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition? A Comment on the End-to-End Debate". En: *Journal on Telecommunications and High Technology Law* 3. 2004. pp. 32-34.

⁷⁷ AVIRAM, Amitai. "Regulation by Networks". Universidad de Chicago, Facultad de Derecho, Programa John M. Olin de Law and Economics. Documento de trabajo 181. p. 12.

⁷⁸ AVIRAM, Amitai. Op. Cit. p. 13-15; ECONOMIDES, Nicholas. "Competition Policy in Networks Industries: An Introduction". Universidad de Nueva York. Centro de Derecho de los Negocios. Documento de trabajo CLB 03-10. p. 5; FUENMAYOR FERNÁNDEZ, Amadeo y Francisco HIGÓN TAMARIT. Op. Cit. p. 4; y, SHAPIRO, Carl. "Antitrust in Network Industries". Ponencia presentada en el seminario Antitrust & Intellectual Property Claims in High Technology Markets, San Francisco. 7 de marzo de 1996. Consultada el 5 de noviembre de 2003: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/shapiro.htm>.

⁷⁹ ECONOMIDES, Nicholas. Op. Cit. p. 6.

⁸⁰ AVIRAM, Amitai. Op. Cit. p. 13; BALTO, David y Ronald PITOFKY. "Antitrust and High-tech Industries: The New Challenge". En: *The Antitrust Bulletin* 43 (3). 1998. pp. 587-588; BORÉS HUGUET, Cristina. "Aspectos económicos de las tecnologías de la información, comunicación y entretenimiento". Gerona: Universidad de Gerona. [Tesis doctoral]. pp. 37-381; ECONOMIDES, Nicholas. Op. Cit. p. 7; PICKER, Randal C. "Regulating Network Industries: A Look at Intel". Universidad de Chicago. Facultad de Derecho. Programa John M. Olin de Law and Economics. Documento de trabajo 84. pp. 5-6; y VAN SCHEWICK, Barbara. "Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation". En: *Journal on Telecommunications and High Technology Law* 3. 2004. pp. 351-352.

⁸¹ Los mercados de dos caras fueron identificados por ROCHET y TIROLE, para referirse a aquellas situaciones en donde a través de una actividad se satisface a dos grupos diferentes de consumidores. Ver: EVANS S. David y Richard SCHMALENSEE. "The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms". En: *Competition Policy International* 3 (1). 2007. p. 152; y, SIDAK, Gregory J. "What Is the Network Neutrality Debate Really About?" Op. Cit. pp. 377-388.

⁸² SIDAK J. Gregory. "A Consumer-Welfare Approach to Network Neutrality Regulation of the Internet". Op. Cit. pp. 361-362.

Para que el negocio de acceso a Internet sea exitoso, es necesario disponer de suficientes contenidos que atraigan a los suscriptores y, simultáneamente, de un número importante de suscriptores para atraer contenidos⁸³. Tal como señalan Atkinson y Weiser, sin los Googles del mundo –que hacen las redes de banda ancha más valiosas– los AT&T del planeta tendrían que cobrar menos por el acceso a Internet⁸⁴. Los mismos fenómenos de interrelación se producen en otros contextos. Las búsquedas de Google son gratuitas para los usuarios de Internet porque Google vende espacios visibles en cada requerimiento de búsqueda que hacen sus usuarios. Los programas de televisión abierta no cobran precio alguno a los espectadores porque los anunciantes pagan a los productores para que generen las audiencias que reciban los anuncios⁸⁵.

Sin embargo, a diferencia del mercado televisivo, en el que el costo marginal de un espectador adicional disfrutando de un programa de televisión es igual a cero, no ocurre lo mismo en Internet. Sólo es posible acceder a los contenidos, si antes se han desarrollado las redes que permiten el acceso y el transporte de las señales de los suscriptores. El inconveniente surge en la medida que la incorporación de un suscriptor puede tener costos positivos para los demás abonados, lo cual se traduce en una serie de retrasos en el tránsito de la información⁸⁶.

El que las infraestructuras de Internet puedan congestionarse nos lleva a identificarlas como un bien de club, en el sentido señalado por el premio Nóbel de economía James Buchanan⁸⁷. Internet responde a esta tipicidad en gran medida por la

forma en que se ha diseñado y porque su arquitectura es permeable al cambio⁸⁸. Desde este punto de vista, Internet presenta en determinadas circunstancias altos costos de exclusión y consumo no-rival, lo que lo asimila a la idea de un bien público⁸⁹.

Tiene altos costos de exclusión debido a la posibilidad de interconexión libre y abierta de redes y usuarios producto del principio *end to end*. Las redes interconectadas no tienen ningún control sobre los usuarios y los proveedores de contenidos que operan en Internet, de la misma forma que los usuarios finales y los proveedores de contenidos no son capaces de limitar el número de redes interconectadas que transportarán sus paquetes de datos.⁹⁰ Por otro lado, el consumo es no-rival durante las horas valle, período en el cual los usuarios que utilizan Internet no imponen costos positivos a los demás usuarios conectados⁹¹. Debido a la naturaleza transitoria de la rivalidad, la infraestructura de Internet puede también caracterizarse como un recurso renovable. Como en el caso de la congestión de una carretera o de un aeropuerto el paso del tiempo permitirá que el tráfico se despeje⁹².

Así, cuando la infraestructura se congestiona, se parece más a un bien común, con evidencias de sobreexplotación. La tragedia de los bienes comunes es un clásico desde la aparición del artículo de Harding⁹³. Si muchas personas utilizan un recurso escaso al mismo tiempo terminarán degradándolo, pues cada individuo tiene un incentivo a explotar en su beneficio la mayor parte posible de dicho recurso⁹⁴. Esto ocurre en Internet en la medida que los proveedores de servicios y contenidos no tienen ningún incentivo para limitar

⁸³ BOTE, Valentín. Op. Cit. p. 2; ver también: YOO, Christopher S. "Network Neutrality and the Economics of Congestion". Op. Cit. pp. 1862-1863.

⁸⁴ ATKINSON, Robert D. y WEISER, Philip J. Op. Cit. p. 7.

⁸⁵ SIDAK, J. Gregory. "A Consumer-Welfare Approach to Network Neutrality Regulation of the Internet". Op. Cit. p. 361-362.

⁸⁶ AVIRAM, Amitai. Op. Cit. p. 15; también: FUENMAYOR FERNÁNDEZ, Amadeo e HIGÓN TAMARIT, Francisco. Op. Cit. p. 13.

⁸⁷ Los bienes club son aquellos que a determinados niveles de consumo no tienen rivalidad simultánea. Sin embargo, el consumo de una persona adicional puede originar costos de congestión que causan el deterioro en la calidad de los servicios proporcionados. El ejemplo paradigmático de un bien club es el de una piscina. Otros economistas han aplicado la teoría de los bienes club a una amplia gama de instalaciones, incluyendo campos de golf, teatros, lavanderías, restaurantes, y caminos. Ver: FUENMAYOR FERNÁNDEZ, Amadeo y Francisco HIGÓN TAMARIT, Francisco. Op. Cit. p. 13; y, YOO, Christopher S. "Network Neutrality and the Economics of Congestion". Op. Cit. pp. 1863-1864.

⁸⁸ FRISCHMANN, Brett. Op. Cit.

⁸⁹ Un bien se considera público cuando su consumo por parte de un individuo no reduce el nivel de consumo de otras personas. Véase COOTER, Robert y ULEN, Thomas. "Derecho y Economía". México: Fondo de Cultura Económica. 1998. p. 147; DAM, Kenneth W. "La propiedad intelectual en la era del software y la biotecnología". En: Law & Economics, El Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago, Lecturas en honor de Ronald Coase. Eric A. Posner (Compilador). Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. 2002. p. 179; SECHREST, Larry J. "Private Provision of Public Goods: Theoretical Issues and Some Examples from Maritime History". Documento de Trabajo Marzo de 2003; STIGLITZ, Joseph E. "La economía del sector público". Barcelona: Antoni Bosh Editor. 1988. p. 107. VELJANOVSKI, Cento. "Network Effects and Two-Sided Markets". Londres: Universidad de Londres. 2007.

⁹⁰ FRISCHMANN, Brett. Op. Cit.

⁹¹ FUENMAYOR FERNÁNDEZ, Amadeo y Francisco HIGÓN TAMARIT. Op. Cit. p. 13.

⁹² SIDAK J. Gregory. "A Consumer-Welfare Approach to Network Neutrality Regulation of the Internet". Op. Cit. p. 358- 361.

⁹³ HARDIN, Garrett. "The Tragedy of the Commons". En: Science 162. 1968. pp. 1243-1248.

⁹⁴ OSTROM, Elinor. "El gobierno de los bienes comunes, La evolución de las instituciones de acción colectiva". México: Fondo de Cultura Económica, Centro Regional de Investigaciones Interdisciplinarias y Universidad Autónoma de México. 2000. pp. 23-28.

el consumo de ancho de banda de sus clientes o para desarrollar técnicas de transferencia de ficheros de información más eficientes. De la misma forma, los sistemas de pago por accesos de banda ancha no sensibles al tráfico, eliminan los incentivos para que los suscriptores disciplinen su consumo, de tal suerte que en la práctica los usuarios con un mayor nivel de tráfico están siendo subvencionados por quienes realizan un consumo estándar⁹⁵.

Tomando en cuenta estas últimas consideraciones, es posible cuestionar si debemos seguir considerando a Internet como un bien público, es decir, sin rivalidad en su consumo y altos costos de exclusión. Posición en la que se encuentran los partidarios de la *Net neutrality*. Frente a lo cual, podemos también considerar a Internet como un bien escaso, es decir tenemos rivalidad en el consumo. Consideramos que el hecho que Internet sea un espacio pasible de congestionarse hace posible diseñar alguna forma de asignar derechos de propiedad y utilizar mecanismos de mercado para asegurar tanto la expansión de la red como su uso eficiente. Basta traer el ejemplo de uno de los MOMPAG más populares, *World of Warcraft*, y la siguiente interrogante: si los proveedores de este juego obtienen un importante ingreso por cada suscriptor, ¿no parece razonable que parte de estos ingresos se deriven a quienes mantiene los medios de comunicación que hacen viable el modelo de negocio? Como veremos a continuación la teoría económica parece dar respuesta positiva a este cuestionamiento.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

El desarrollo de Internet enfrenta hoy tres grandes retos: seguir expandiendo la red, proteger la innovación y evitar la congestión. En este contexto, planteamientos del tipo *Net neutrality* parecen más una construcción romántica que un mecanismo válido para proteger el desarrollo de Internet. Contrariamente a lo argumentado por sus defensores, la proliferación de aplicaciones y de contenidos cada vez más exigentes en cuanto al

consumo de ancho de banda retan seriamente la validez de este criterio y por el contrario pareciera que su introducción como una regla regulatoria podría generar más inconvenientes que ventajas.

Los partidarios de la *Net neutrality* alegan que la introducción de criterios de priorización de tráfico por parte de los proveedores de banda ancha permitirá la aparición de comportamientos anti-competitivos en perjuicio de los proveedores de contenidos y de servicios no vinculados. Sin embargo, la realidad parece contradecir abiertamente esta aseveración. Más allá de las prácticas que se realizan para privilegiar cierto tráfico, lo cierto es que hasta el momento este escenario pesimista no se ha producido.

En principio el trato diferenciado entre distintos tipos de consumidores constituye una práctica justificada. Existen diversas razones que explican por qué cierto grado de diferenciación entre consumidores resulta beneficioso. En mercados heterogéneos como Internet, con diversos niveles de consumo y distinta disposición de pago, un esquema de pago único podría resultar perjudicial para el bienestar de los consumidores en la medida que se atenderían únicamente aquellos suscriptores con una mayor disposición de pago. Por otro lado, si el consumo que realizan los usuarios de Internet genera congestión, los precios debieran constituir una señal destinada a disciplinar a aquellos abonados que generan mayor tráfico. Por el contrario, si se dispusiere el mismo precio para todos los usuarios de la red, sin importar la cantidad de congestión que ocasionan, los de menor consumo estarían subvencionando el uso de aquellos abonados con un patrón más intensivo⁹⁶. Este problema ya se estaría presentando en la actualidad si consideramos que, según algunas fuentes, el 80 por ciento del tráfico de Internet es generado sólo por el 15 por ciento de los usuarios⁹⁷.

Desde un punto de vista de los proveedores de contenidos, el análisis no debiera ser muy diferente al que hemos desarrollado para los consumidores finales. De acuerdo con el profesor

⁹⁵ Esta afirmación está cambiando, en la medida que en algunos países se están introduciendo tarifas para servicios de banda ancha sensibles al tráfico de los suscriptores. En Australia, los usuarios seleccionan un plan de banda ancha mensual sobre la base de la cantidad de tráfico que planean usar por la velocidad de conexión. Por ejemplo, los suscriptores de Bigpond de Telstra pagan 29.95 dólares australianos por 200 MB de tráfico al mes o el doble del precio para tráfico de datos ilimitado. OECD. "Internet Traffic Prioritization: An Overview". Op. Cit. p. 25.

⁹⁶ Ver: FUENMAYOR FERNÁNDEZ, Amadeo y Francisco HIGÓN TAMARIT. Op. Cit. p. 14; también: SIDAK, J. Gregory. "A Consumer-Welfare Approach to Network Neutrality Regulation of the Internet". Op. Cit. pp. 358-361.

⁹⁷ "Las 'telecos' vuelven a la Red", Las operadoras consideran de nuevo Internet como principal foco de negocio, y esta vez quieren cobrar por su uso. En: El País. Edición del 10 de setiembre de 2006.

Sidak no existe un argumento válido en la teoría económica que nos permita deducir que es socialmente óptimo que únicamente los proveedores de banda ancha y los usuarios finales sean quienes asuman los costos de mantener y expandir la red, mientras que los proveedores de contenidos no los internalicen⁹⁸. Es por ello que en opinión de los opositores de la *Net neutrality*, la calidad media de los servicios en Internet se incrementaría con el establecimiento de accesos priorizados, pudiendo desarrollarse servicios de alto valor añadido pero con un nivel de servicio superior al actualmente vigente.

En este contexto, si existen servicios en los que el ancho de banda y el problema de la latencia resultan críticos, es lógico que los proveedores de estos servicios paguen para mantener unos accesos priorizados que les permita asegurar un nivel de calidad estable. Sin embargo, hay que tener cuidado. Desde un punto de vista estrictamente económico, la priorización podría plantear efectos potenciales no deseados, ya que si los proveedores de banda ancha cobraran a todos los proveedores de contenidos, aquellos con un uso intensivo de la red podrían verse subsidiados por los aquellos que realizan un uso menor. En este contexto existe el riesgo de que un peaje único sea demasiado elevado para algunos proveedores de servicios y contenidos y terminen retirándose del mercado. Sólo aquellos proveedores con un uso intensivo de la red estarían dispuestos a asumir el pago, lo cual en la práctica constituiría una pérdida de valor de toda la red.

Otro de los riesgos que ven los propulsores de la *Net neutrality* es que los proveedores de banda ancha podrían verse tentados a desarrollar una serie de prácticas tendientes a expulsar a los proveedores de contenidos que signifiquen una real competencia para su modelo de negocio. Tal como ocurrió con Madison River Telephone cuando bloqueó el servicio de VoIP de Vonage. Para evitar este estímulo, proponen que se limite la integración vertical de los proveedores de banda ancha de tal forma que no puedan organizarse también como proveedores de servicios. Sin

embargo, aun cuando este tipo de remedio estructural se ha empleado muchas veces por las autoridades de competencia, creemos que en el caso de los mercados de Internet no nos encontramos ante una medida plausible. Cabe recordar que dado que los mercados de Internet son del tipo de dos caras, el bloqueo de algunos contenidos por parte de los proveedores de banda ancha reducirá los incentivos para pertenecer a Internet⁹⁹.

Por otro lado, aun cuando este tipo de restricción estructural ha sido común no suele mantenerse por mucho tiempo. Podemos citar como ejemplo el caso de la escisión de AT&T y la limitación impuesta a las compañías telefónicas en los Estados Unidos para que participaran en el mercado de televisión por cable. Como se sabe en 1984, se obligó a AT&T a fragmentarse en ocho empresas distintas y se prohibió que una empresa pudiera brindar servicios de telefonía fija y de larga distancia conjuntamente. Así, mientras AT&T se dedicó a prestar servicios de larga distancia, las siete nuevas empresas, conocidas como *Baby Bells*, heredaron los servicios de comunicaciones locales en sus respectivas áreas geográficas. Unos años después la *Telecommunications Act* de 1996, permitió que las *Baby Bells* entraran en el negocio de larga distancia y facultó a las empresas de larga distancia a competir en el segmento de llamadas locales. Luego de un largo proceso de concentraciones que afectó al mercado norteamericano de telefonía en la última década de las ocho empresas originales sólo quedaron tres, con lo que en la práctica más de veinte años después tenemos a la gran *Ma Bell* de regreso¹⁰⁰.

Otro ejemplo con un derrotero similar fue la prohibición para que las compañías de teléfonos prestasen servicios de televisión en sus áreas de concesión. Esta limitación fue impuesta por la FCC en 1970 al considerar que la competencia de las compañías telefónicas era desventajosa para los operadores de televisión por cable¹⁰¹. Sin embargo, los tribunales cuestionaron la constitucionalidad de estas limitaciones¹⁰² y consideraron que las mismas perjudicaban a los consumidores al reducir la

⁹⁸ SIDAK J. Gregory. "A Consumer-Welfare Approach to Network Neutrality Regulation of the Internet". Op. Cit. pp. 361-362.

⁹⁹ Ver: BRITO, Jerry y Jerry ELLIG. "A Tale of Two Commissions: Net Neutrality and Regulatory Analysis". En: *CommLaw Conspectus*. 2007. p. 30.

¹⁰⁰ BOTE, Valentín y Sebastián CÁCERES. "Regreso al futuro, El renacimiento de Ma Bell". (en línea). Nota Enter. Nueve de marzo de 2006. pp. 2- 4. Consultada el 25 de agosto de 2007 en: http://www.enter.es/enter/file/espanol/texto/Nota_09.pdf.

¹⁰¹ Esta prohibición se sustentó en el temor de que un monopolio de ámbito local, como el servicio telefónico, controlara también la televisión por cable. También, que era altamente probable que las empresas telefónicas impidieran el acceso a sus redes (pole attachment) de las conexiones domiciliarias de las empresas de televisión por cable, pues ello suponía favorecer su propia competencia.

¹⁰² Esta limitación fue considerada como una restricción a la libertad de expresión de las compañías telefónicas. Ver: *Chesapeake and Potomac Telephone Company v. United States*, F. Supp., 1993-2 Tarde Cas. (CCH), 70,339 (ED Va), on appeal (4th Cir. 1993).

oferta de servicios de televisión por cable disponibles. Finalmente, la *Telecommunications Act* de 1996 abrió el mercado de la televisión por cable a las compañías telefónicas¹⁰³. Igualmente, podemos recordar los casos seguidos contra Microsoft tanto en los Estados Unidos como en la Unión Europea, en los cuales a pesar de las alegaciones de que la empresa domiciliada en Virginia utilizaba de su poder de dominio en el mercado de sistemas operativos para apalancar sus programas MS Internet Explorer (en el mercado de navegadores) y el *Windows Media Player* (en el mercado de reproductores de archivos multimedia) se desestimó la idea de tomar remedios estructurales¹⁰⁴.

En lo que nos toca, si bien se señala recurrentemente que la discusión respecto de la *Net neutrality* es muy norteamericana, casi como la hamburguesa y la Coca-Cola, creemos que las implicancias de optar por un enfoque privado o uno público de Internet va más allá de una mera disquisición intelectual local, ello en la medida que el derrotero que se termine adoptando –ganaron los *desre-*

gulacionistas el primer combate no lo olvidemos– podría tener repercusiones en una serie de tópicos que hasta el momento vienen discurriendo por cuerdas separadas. Recordemos el ejemplo de la discusión con relación a la financiación de las redes de acceso a Internet, de la que se han mantenido prudentemente alejados los proveedores de contenidos. Esta situación podría variar en el corto plazo si los *desregulacionistas* siguen avanzando y se les permite cobrar un peaje a los proveedores de contenidos más demandantes de ancho de banda. Aun sin comprar en su conjunto la idea de un posible *Gigalapo* de Internet –recordemos el fiasco del Y2K– creemos que es necesario partir de algunas premisas que eviten que la Red camine indefectiblemente hacia una plaza atascada y que al mismo tiempo no limite la innovación de los extremos. Es por ello que no debemos perder de vista que cada vez que hablamos de Internet nos estamos refiriendo a un espacio muy frágil, prueba de ello es que el peso del ciberespacio es sólo de unos 50 gramos; es decir casi como una pastilla de la sustancia D¹⁰⁵.

¹⁰³ CALVO CHARRO, María. "La televisión por cable". Madrid: Marcial Pons. 1997. pp. 144-152.

¹⁰⁴ ECONOMIDES Nicholas. "The Microsoft Antitrust Case". En: *Journal of Industry, Competition and Trade: From Theory to Policy*. Agosto de 2001. pp. 7-39; ver también: HERRERO SUAREZ, Carmen. "Los contratos vinculados en el Derecho de la Competencia". Madrid: La Ley-Actualidad. pp. 299-305.

¹⁰⁵ KUKSO, Federico. "Se viene...". En: Sección Futuro. Edición del sábado 16 de junio de 2007. p. 12. Consultada el 17 de agosto de 2007. En: <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/futuro/13-1727-2007-06-16.html>.

**EL NUEVO DISEÑO DEL CONTROL DE CONDUCTAS PARA LA DEFENSA
DE LA LIBRE COMPETENCIA: APUNTES SOBRE EL DECRETO
LEGISLATIVO 1034 – LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS
ANTICOMPETITIVAS (LRCA)***

Pierino Stucchi López Raygada**

El actual posicionamiento del Perú en el mercado mundial y las dinámicas que este hecho supone empiezan a reflejarse en el Derecho Interno. Así, cada vez existen mayores requisitos que nuestros compromisos internacionales exigen. Entre ellos, recientemente ha destacado la protección de la libre competencia.

En el presente artículo, veremos la realidad de la institucionalidad de la defensa de la libre competencia, y nos aproximaremos a los medios empleados y los fines que se buscan.

* Este artículo tiene como base una contribución presentada por el autor para el Noveno Período de Sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, realizado en Ginebra del 16 al 18 de julio de 2008. El autor señala que toda opinión vertida en el presente artículo le es atribuible a título personal y que de ningún modo involucra parecer alguno de las instituciones en las que participa como profesional. Agradece especialmente a los señores Gianfranco Iparraguirre Romero, Martín Talavera Díaz y Carlos Rojas Klauer.

** Secretario Técnico de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI. Profesor de los cursos Derecho Empresarial e Integración Económica en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Profesor del curso Derecho Económico Internacional en la Maestría de Relaciones Internacionales y Comercio Internacional en el Instituto de Gobierno de la Universidad San Martín de Porres. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios concluidos de Maestría en Derecho de la Empresa en la UPC y de segunda Maestría en Derecho Internacional Económico en la PUCP.

I. INTRODUCCIÓN: LA LRCA Y EL ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL CON EE.UU.

El Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos (en adelante, "APC con EE.UU."), cuya finalidad es establecer un área de libre comercio entre estos Estados, es un instrumento internacional dirigido, entre otros, a asegurar la libre circulación de bienes y servicios, a proteger las inversiones colocadas en uno de estos Estados por un agente económico del otro Estado y a garantizar la protección de la propiedad intelectual como estímulo a la innovación en un mercado ampliado.

La suscripción de este tratado ha generado que nuestro país tenga la obligación de implementar, en vía normativa, diversos compromisos asumidos en el contexto de la conjunta y recíproca apertura de mercados y que, en general, tenga la necesidad de mejorar su marco regulatorio para aprovechar los beneficios derivados del libre comercio y del estímulo a las inversiones. Debe considerarse que el APC con EE.UU. nos permite institucionalizar un mercado ampliado con nuestro principal socio comercial y procurar reformas sobre la mejora del marco regulatorio de nuestro mercado. El objetivo es permitir el mejor aprovechamiento del libre comercio que instaura el APC con EE.UU. y los demás acuerdos comerciales que se vienen negociando y suscribiendo con otros Estados.

En este contexto, el Congreso de la República, mediante la Ley 29157, delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, entre otras materias, precisamente, sobre la mejora del marco regulatorio. Dicha delegación permitió al INDECOPI reactivar la reflexión acerca de la necesidad de lograr una reforma del sistema de defensa de la libre competencia conformado por: i) el Decreto Legislativo 701 –Ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, y, ii) la Ley 26876 –Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. Esta reflexión, en la que participaron funcionarios de la institución especializados en la materia y que fue enriquecida por la contribución de diversos académicos nacionales y extranjeros, así como por privados con experiencia en estas materias, permitió que el INDECOPI sometiera a consideración de la Presidencia del Consejo de Ministros un proyecto de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, LRCA), cuyo contenido, salvo mínimas adiciones, definió la sustitución del Decreto Legislativo 701 - Ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y res-

trictivas de la libre competencia (en adelante, la "ley antecesora").

La lógica de la LRCA, como nueva ley que controla las conductas contrarias a la libre competencia, se encuentra en sintonía con el Capítulo Trece del APC con EE.UU. sobre Política de Competencia que reconoce que cualquier conducta anticompetitiva "tiene el potencial de restringir el comercio e inversión bilateral" y que, en consecuencia, "proscribir dicha conducta, implementar políticas de competencia económicamente consistentes y cooperar (...) ayudarán a asegurar los beneficios de este Acuerdo" (artículo 13.1).

Esta sintonía afianza la conciencia acerca de que el libre comercio y el estímulo de las inversiones tienen por efecto intensificar el proceso competitivo en los mercados de los Estados que celebran un acuerdo comercial. A mayor flujo comercial, se produce mayor competencia por eficiencia, lo que, a su vez, aumenta el excedente de los consumidores, quienes pueden elegir entre bienes o servicios que pugnan por ofrecerles las mejores combinaciones de precio y calidad. Por ello, cualquier agente económico que restrinja, limite o impida la libre competencia, estará afectando el bienestar que el libre comercio es capaz de generar en beneficio de los consumidores y de la sociedad en general.

II. LA COMPETENCIA PERFECTA Y LA PROCURA DE LA MÁXIMA COMPETENCIA POSIBLE

La LRCA, como cualquier instrumento normativo cuyo objetivo es la defensa del proceso competitivo, procura que la realidad de este proceso se acerque lo máximo posible a la competencia perfecta. Para tal fin, prohíbe y sanciona toda conducta contraria al deber de no afectar el proceso competitivo y al deber de competir, que corresponden a todo agente económico que concurre en el mercado.

Debe recordarse que el modelo teórico de competencia perfecta asume que los agentes que participan en el mercado: i) son racionales; ii) tienen por finalidad maximizar sus beneficios al menor costo posible; iii) gozan de información absoluta (transparente) sobre todas las ofertas disponibles y su calidad, lo que les permite asignarle un valor a los bienes o servicios en el mercado; iv) poseen preferencias constantes, y, v) tienen a su disposición en el mercado bienes homogéneos que son sustitutos entre sí. Este modelo supone, en su definición teórica, que no

existen barreras de entrada o de salida para que un agente ingrese a cualquier actividad o se coloque en posición de oferente o demandante. Así, cualquier agente que procura realizar transacciones, intentando e insistiendo en alejarse de una posición de equilibrio, sea por distanciarse de los precios (al subirlos) o de la calidad (al disminuir el nivel) que exige el mercado, tiende a ser expulsado por la dinámica misma de la interacción entre la oferta y la demanda, siendo su posición cubierta inmediatamente¹.

La experiencia permite apreciar, con evidencia, que el modelo teórico de competencia perfecta no existe ni se materializa en la realidad. Lo propio es considerar que todo sector posee un grado de imperfección, mayor o menor, respecto a las premisas que el modelo teórico de competencia perfecta asume y que se han detallado previamente. Sin embargo, queda claro que, mientras mayor sea el acercamiento que la realidad tenga respecto a dicho modelo teórico, los agentes económicos competirán con otros por vender sus productos y/o por adquirir los insumos, las materias primas y los servicios necesarios para su actividad.

Así, mientras más se acerque la realidad al modelo teórico de competencia perfecta en determinado sector, los agentes económicos concurrentes en el mismo se verán obligados a procurar la mejora de los elementos de su oferta –sea aumentando la calidad o disminuyendo los precios– para lograr la preferencia de los demandantes de bienes y servicios; y/o, a procurar la mejora de las condiciones de su demanda –por el aumento de los precios que están dispuestos a pagar– para lograr la adquisición de determinados insumos, materias primas y servicios necesarios para su actividad y que no gozan de una condición de abundancia en determinado mercado.

Desde una economía social de mercado, el proceso competitivo real se desarrolla bajo reglas de

eficiencia, siempre a cierta distancia –lejos o cerca– del modelo teórico de competencia perfecta. En este proceso, el éxito es logrado por el agente económico que ofrece o demanda bienes o servicios con mejores combinaciones de precio y calidad que otros concurrentes que sean sus competidores. Desde el ángulo del consumo, esta circunstancia genera que los demandantes (consumidores intermedios o finales) se vean beneficiados, tanto individualmente como en conjunto, pues logran mayores niveles de bienestar a menor costo, aumentando su excedente.

En consecuencia, conociendo la distancia entre la competencia perfecta como modelo teórico y la realidad de los mercados, el objetivo de la actividad pública en una economía social de mercado es lograr que en el proceso competitivo exista la máxima competencia posible o una competencia efectiva, funcional o practicable (*workable competition*)², en beneficio del interés general. Uno de los instrumentos que persigue dicha finalidad son las leyes que prohíben y sancionan las conductas anticompetitivas, como es el caso de la LRCA bajo comentario.

III. LA ACTIVIDAD DE POLICÍA Y EL ORDEN DEL MERCADO

En nuestro país, como en la generalidad de las actuales sociedades democráticas, la actuación de los agentes privados tiene como referente el principio básico de libertad en el actuar. Ello significa que ninguna persona se encuentra obligada a hacer lo que la ley no manda ni impedida de hacer lo que la ley no prohíbe³.

En nuestro sistema jurídico, esta libertad general de actuar es el fundamento del ejercicio de la libre iniciativa privada que garantiza nuestra Constitución Política de 1993 en el escenario de una economía social de mercado⁴. En este escenario, los agentes económicos tienen derecho a la libre producción de bienes y a la libre prestación de

¹ Desde otro ángulo, respecto al modelo de competencia perfecta, Robert H. Frank considera que “son cuatro las condiciones que definen la existencia de un mercado perfectamente competitivo (...) 1. Las empresas venden un producto estandarizado. (...) 2. Las empresas son precio aceptantes. (...) 3. Los factores de producción son perfectamente móviles a largo plazo. (...) 4. Las empresas y los consumidores tienen información perfecta”. Cita textual tomada de: FRANK, Robert H. *Microeconomía y Conducta*. Madrid: McGraw-Hill/Interamerica de España. 1992. pp. 378 y 379.

² VELAZCO SAN PEDRO, Luis Antonio. “El Derecho Europeo de la competencia”. En: “Derecho Europeo de la Competencia. Antitruste intervenciones públicas”. Valladolid: Lex Nova. 2005. pp. 42 y 43. (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (...).”.
³ La Constitución Política del Perú indica textualmente:

“Artículo 2. Toda persona tiene derecho: (...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (...).”.

⁴ La Constitución Política del Perú indica textualmente: “Artículo 58. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado (...).”.

servicios, así como, consecuentemente, a la libre contratación⁵ y al libre comercio interno y externo, lo cual también es garantizado constitucionalmente⁶.

En este contexto, la actividad pública, desde la función administrativa, procura evitar que se presenten distorsiones en el proceso competitivo que generen un alejamiento de la máxima competencia posible. Esta actividad aplicada a la defensa de la libre competencia consiste en la limitación del ejercicio de derechos privados con el objetivo de asegurar el orden público económico en el mercado. Al respecto, la doctrina reconoce, en lo que respecta a la labor de ordenamiento del mercado, que la actividad de policía del Estado “condiciona, corrige o altera los parámetros naturales y espontáneos del mercado, imponiendo determinadas exigencias o requisitos a la actuación de los agentes económicos”⁷.

Desde la perspectiva del orden del mercado, la actividad administrativa de policía se dirige a evitar que la libre iniciativa privada de los agentes económicos desborde el eficaz funcionamiento de un mercado, alejándolo del modelo teórico de competencia perfecta. Asimismo, en la labor de ordenamiento del mercado se reconoce que, sobre la actividad de los privados, a la administración “le ha correspondido asumir (...) un papel de control e inspección (...) sancionando administrativamente a estos sujetos cuando se apartan de la ley, de la regulación, o desconocen las reglas y principios del mercado, a través de actos de

competencia desleal o abusando de la posición dentro del mismo”⁸.

Se reconoce, en consecuencia, como dimensión de la actividad de policía del Estado la vigilancia sobre la actuación privada y su evaluación, a efectos de detectar posibles incumplimientos sobre los límites que se imponen a la libertad, con el objetivo de asegurar que el proceso competitivo se acerque lo máximo posible al modelo teórico de competencia perfecta. Ésta es la técnica de supervisión que es la esencia de un sistema de control de conductas anticompetitivas. Indudablemente, la técnica de punición, cuyas expresiones son el castigo o la sanción⁹, la coerción y la coacción, es necesaria en la actividad de policía del Estado, haciéndose concreta sobre sujetos de derecho que desarrollan conductas que restringen, limitan o dificultan el proceso competitivo.

IV. EL CONTROL DE ESTRUCTURAS Y EL CONTROL DE CONDUCTAS EN EL PERÚ

La defensa de la libre competencia, tradicionalmente, se viabiliza a través de dos ejes: i) el control de conductas, en el que se despliegan sanciones y medidas correctivas, *ex post*, contra el abuso de posición de dominio o las prácticas monopólicas –dependiendo de la tradición jurídica de que se trate–¹⁰ y contra las colusiones anticompetitivas, y, ii) el control de estructuras, *ex ante*, que involucra el análisis y el eventual condicionamiento o prohibición de las concentraciones que, por su envergadura y circunstancias del

⁵ Al respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado: “En reiterada y uniforme jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993 - libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras (...). En el caso peruano, (...) las controversias que surjan en torno a estas libertades, deban encontrar soluciones con base a una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 43 de la Constitución) y la Economía Social de Mercado (artículo 58 de la Constitución). (...) En coherencia con tales imperativos, se justifica la existencia de una legislación antimonopólica y de desarrollo de los marcos regulatorios que permitan mayores niveles de competencia, para cuyo efectivo cumplimiento los organismos reguladores y el INDECOPI juegan un rol preponderante, tanto en la promoción y defensa de la competencia como en la protección a los consumidores y usuarios” (Expediente 1963-2006-PA/TC, iniciado por recurso de agravio constitucional interpuesto por Ferretería Salvador S.R.L. y Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. contra la Resolución de la Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura).

⁶ La Constitución Política del Perú indica textualmente: “Artículo 63. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres (...)”.

⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Principios de Derecho Público Económico”. Lima: Ara. 2004. pp. 332, 336 y 337.

⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Julio Orlando. “Tratado de Derecho Administrativo – Introducción”. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003. p. 43. Coincidiendo con el profesor Santofimio, consideramos que dentro de la actividad de policía “se recogen el conjunto de medidas coactivas utilizadas por la administración para que el asociado dirija su actuación dentro de los senderos que garanticen el interés general”, explicándose por ello que se identifiquen “como fenómenos típicos de esta actividad los de limitación de derechos y libertades, ejercicio de la fuerza y la coacción, (...) justificadas bajo el principio de legalidad dentro de un Estado social de derecho y con el único propósito de ofrecer soluciones efectivas a la comunidad”. Ibid. pp. 40 y 41.

⁹ “Por sanción entendemos un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin afflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de multa (...)”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. “Curso de Derecho de Administrativo”. Tomo II. Cuarta edición. Madrid: Civitas. 1993. p. 163.

¹⁰ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. “Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia”. Segunda edición. Volumen 1. Buenos Aires: Heliasta. 2005. pp. 177-178.

mercado relevante o de referencia, pudieran afectar el proceso competitivo¹¹.

En el Perú, la Ley 26876 –Ley Antimonopolio y Antiloligopolio del Sector Eléctrico– establece el diseño del control de estructuras que nuestro país tiene, para realizar un control *ex ante*, únicamente en el indicado sector. La finalidad de esta ley es, como esta misma indica, someter a un procedimiento de autorización previa a “[l]as concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica (...), con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados” (artículo 1). Esta clara finalidad, en el objetivo de acercar el proceso competitivo a la máxima competencia posible, de modo tal que se aumente el bienestar social e individual, bien podría ser extendida a todos los demás sectores de la economía, por lo que debemos considerar que aún queda como tarea pendiente establecer un sistema general de control de estructuras en el país¹².

Por su parte, la LRCA es el instrumento que diseña el nuevo esquema de control de conductas anticompetitivas para la defensa la libre competencia en el país y que será objeto de análisis en los siguientes puntos de esta entrega.

V. EL NUEVO DISEÑO DEL CONTROL DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A. Finalidad

La LRCA tiene por finalidad dotar a los órganos competentes del INDECOPI de las facultades necesarias para que, desde la actividad de policía, aseguren el proceso competitivo, reprimiendo conductas de los agentes del mercado que sean capaces de evitar que se produzca la máxima competencia posible. Debe considerarse que el

término “represión” alude a un “[a]cto, o conjunto de actos, ordinariamente desde el poder, para contener, detener o castigar (...) actuaciones políticas o sociales”¹³; en consecuencia, la LRCA se dirige a enfatizar la labor de contención, disuasión y/o castigo sobre conductas cuyo impacto en el mercado es contrario al proceso competitivo.

En la LRCA queda más claro que en la ley antecesora que la finalidad de la represión de conductas anticompetitivas es asegurar que el proceso competitivo por eficiencia no se vea afectado, restringido o limitado en el mercado. Ello, en el pleno entendimiento de que la contienda de las empresas por la preferencia del consumidor, en términos de eficiencia, genera que éstas tiendan a ofrecerle las mejores combinaciones de precio y calidad para que satisfaga sus necesidades, lo que, a su vez, progresivamente proyecta un aumento en su excedente, permitiéndole comprar más a un menor precio, o, por el mismo precio, obtener una mayor calidad, lo que aumenta su bienestar individual y, consecuentemente, el bienestar social.

La LRCA indica expresamente que “prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores” (artículo 1), por lo que es evidente que esta ley se encuentra en plena sintonía con el APC con EE.UU., en cuanto éste establece como compromiso que “[c]ada Parte adoptará o mantendrá legislación nacional en materia de competencia que proscriba las prácticas de negocios anticompetitivas y que promueva la eficiencia económica y el bienestar del consumidor” (artículo 13.2).

Desde otro ángulo de ampliación de mercados e integración, debe recordarse que Perú es miembro pleno de la Comunidad Andina junto con Bolivia, Colombia y Ecuador, por lo que es parte del Sistema Comunitario Andino de Defensa de la Libre Competencia instaurado por la Decisión 608 –Normas para la protección y promoción de la

¹¹ En el mismo sentido, reconoce la doctrina que “[e]xisten dos modos generales de llevar a cabo la defensa de la competencia (...) [l]a política de comportamiento es la forma más tradicional, y consiste en una serie de procedimientos de tipo jurisdiccional por los cuales se sancionan acciones pasadas o presentes llevadas a cabo por algún agente económico en violación de ciertas normas (...) [l]a política estructural, en cambio, es un modo de hacer defensa de la competencia antes de que se produzcan las acciones consideradas nocivas, y consiste en (...) procedimientos de autorización y control de las operaciones de fusión y adquisición de empresas que buscan influir en la concentración de los mercados (...)”. COLOMA, Germán. “Defensa de la Competencia – Análisis económico comparado”. Buenos Aires: Ciudad Argentina. 2003. p. 14.

¹² Debe recordarse que, en el año 2005, el INDECOPI propuso un diseño de control de estructuras como parte de un proyecto de ley. Si bien este proyecto no prosperó, podría ser la base de una futura reflexión.

¹³ Real Academia Española. “Vigésimo segunda edición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española”. En: www.rae.es.

libre competencia en la Comunidad Andina. Al respecto, esta decisión establece como su finalidad “la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores” (artículo 2), lo que también guarda plena consonancia con la finalidad de la LRCA. Veremos más adelante cómo dicha decisión puede ser aplicada sobre conductas anticompetitivas con efecto en nuestro país.

B. Ámbito de aplicación

La LRCA se aplica sobre las conductas contrarias a la libre competencia, desde un enfoque de primacía de la realidad, exigiendo, para su evaluación, la atención sobre los efectos económicos que éstas produzcan y no sobre la forma o denominación de los actos que las provocan o sustentan (artículo 5).

1. Alcance territorial: teoría de los efectos y cooperación con otros Estados

Las conductas anticompetitivas bajo el ámbito de prohibición y sanción de la LRCA son conductas que generan efectos contrarios a la competencia en el territorio nacional, sin necesidad de que se originen en nuestro territorio (artículo 4). Esta determinación permite apreciar que la LRCA adhiere a la *teoría de los efectos* como principio habilitante para que la autoridad actúe sobre las conductas que afectan el proceso competitivo, lo cual constituye también un avance significativo frente a la ley antecesora. Ello permite al INDECOPI, por ejemplo, sancionar y contrarrestar cárteles de exportación, tal como ocurriría en el caso de una fijación concertada de precios por parte de exportadores extranjeros que tuviera efectos en el Perú, lo cual es perfectamente posible en un contexto de ampliación de mercados e integración económica. De otro lado, considerando dicho contexto, la LRCA determina como posible que, en ejecución de un acuerdo comercial o de cualquier otra índole, la autoridad nacional de competencia proceda a investigar una conducta desarrollada en nuestro país pero con efectos fuera del territorio nacional, lo que deberá producirse con el alcance y consecuencias que especifique el acuerdo correspondiente y siempre en

reflejo de prácticas recíprocas (Disposición Complementaria Final Tercera).

2. Distribución de competencias entre autoridades nacionales y comunitarias andinas

Si bien, conforme al numeral anterior, queda claro que el INDECOPI es la autoridad nacional competente para conocer conductas cuyo efecto sea capaz de afectar el proceso competitivo en nuestro país, debe recordarse que, como hemos anticipado, en algunos casos, la Secretaría General de la Comunidad Andina podrá ser competente para conocer una conducta con efectos en nuestro país. Ello, conforme lo dispone la Decisión 608 – Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina.

Esta decisión, cuyo contenido es de aplicación inmediata y efecto directo sobre nuestro país, así como preeminente respecto de la legislación nacional¹⁴, indica que la Secretaría General de la Comunidad Andina es competente para conocer una conducta estimada como anticompetitiva cuando dicha conducta se desarrolla en: i) “[e]l territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país”, y, ii) “[e]l territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros” (artículo 5). De otro lado, esta decisión indica expresamente que conductas distintas a las anteriores se remiten a lo dispuesto por la legislación nacional de cada Estado miembro y, en consecuencia, a la competencia de sus autoridades.

Lo anterior significa, en síntesis, que una conducta anticompetitiva con efectos en nuestro país será investigada, analizada y, eventualmente, sancionada bajo la competencia administrativa del INDECOPI siempre que dicha conducta no produzca también efectos concurrentes en otro País Miembro de la Comunidad Andina y siempre que no se desarrolle desde otro País Miembro, pues en estos casos será competente la Secretaría General comunitaria. Si bien estas consideraciones no se desprenden del propio texto de la LRCA,

¹⁴ STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino. “La integración económica en la Comunidad Andina y su Sistema de Protección y Promoción de la Libre Competencia: Aspectos institucionales y procesales”. En: Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual 2. 2006, y STUCCHI, LÓPEZ RAYGADA, Pierino y GONZALEZ DELGADO, Gabriel. “Una introducción al Sistema Comunitario de Defensa de la Libre Competencia – La Decisión 608 en el mercado ampliado andino”. En: Themis – Revista de Derecho 51. 2005.

fluyen de una interpretación sistemática de ésta y de la Decisión 608, considerando la irrevocable preeminencia de esta última al ser Perú miembro de la Comunidad Andina.

3. Sujetos bajo el ámbito de aplicación

En principio, corresponde a todo sujeto de derecho cumplir las prohibiciones establecidas por la LRCA, en cuanto se configure como agente económico o sea parte de uno, por ser oferente o demandante de bienes o servicios en el mercado.

Al respecto, la LRCA mejora la definición de la ley antecesora en esta materia, indicando expresamente que “se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad” (artículo 2). Debe considerarse que la imputación de una conducta sobre un sujeto de derecho, distinto a una persona natural, que incumpla una de las prohibiciones de la LRCA puede sustentarse en la actuación de personas que tengan o no la calidad de representantes para vincular civilmente a dicho sujeto de derecho, siempre que actúen en nombre de tal sujeto y por su encargo.

De modo complementario, las prohibiciones y sanciones que establece la LRCA, con el objetivo de aumentar su poder disuasivo, podrían aplicarse no solamente sobre los sujetos de derecho que desarrollen conductas contrarias al proceso competitivo como agentes económicos, sino sobre cualquiera que ejerza la dirección, el gerenciamiento o la representación de dichos sujetos, siempre que haya participado en el “planeamiento, realización o ejecución” de dicha conducta (artículo 2).

4. Conductas exceptuadas

Debe tenerse en cuenta que la LRCA exceptúa de reproche y sanción a una conducta que, siendo contraria al proceso competitivo, es consecuencia de lo dispuesto en una norma con rango de ley. Una conducta como ésta no podrá ser sancionada ni detenida por la LRCA. Sin embargo, sí podrá ser objeto de análisis por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI (en adelante, la Comisión) para determinar sus efectos contra el proceso competitivo y/o el bienestar de los consumidores. En casos como estos, la Comisión podrá emitir informes que presenten una evaluación al respecto, desarrollando propiamente

lo que se entiende por abogacía o promoción de la competencia, los que podrían incluir la emisión de recomendaciones que sugieran la derogación de la norma legal de que se trate si afectara el proceso competitivo (artículo 3).

En todo caso, si una norma legal pudiera ser considerada contraria a la Constitución Política por generar conductas contrarias al proceso competitivo si fuera el caso, podrá presentarse una demanda ante el Tribunal Constitucional con la finalidad de lograr su eliminación y, consecuentemente, que la conducta que dicha norma generaba pierda la condición de exceptuada (artículo 3).

C. Diseño de prohibiciones y sanciones

Las conductas contrarias al proceso competitivo son proscritas por la LRCA en dos niveles de prohibición. Uno que corresponde a prohibiciones absolutas y otro que corresponde a prohibiciones relativas.

1. Prohibiciones absolutas

Este nivel de prohibición proscribire determinadas conductas sin excepción alguna. La LRCA indica expresamente que “[e]n los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta” (artículo 8). Una vez que se acredita la conducta, se considerada acreditada la infracción.

Estas prohibiciones se encuentran reservadas para las conductas que se considera que siempre acarrearán efectos nocivos contra el proceso competitivo y, en consecuencia, adversas al bienestar de los consumidores. La LRCA aplica estas prohibiciones sobre las conductas consideradas como inherentemente contrarias a la competencia o *hard core cartels* y que son las colusiones horizontales más graves y evidentes en sus efectos anticompetitivos, por ser colusiones entre competidores directos, que tienen por efecto no cumplir con su deber de competir entre sí, y cuyo único contenido, al ser acuerdos desnudos (*naked cartels*) es: i) la fijación concertada de precios o de cualquier otra condición comercial o de servicio; ii) la limitación de producción o ventas, en especial mediante cuotas; iii) el reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas, y, iv) la concertación o coordinación de ofertas, posturas o propuestas o la abstención de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en

subastas públicas y remates (artículo 11, ver cuadro 1).

La prohibición absoluta que recae sobre las conductas antes referidas procura ser una regla clara y cerrada que permita al agente económico conocer indubitablemente qué conducta merecerá el reproche y la sanción del Estado en ejecución de la actividad de policía que le corresponde.

2. Prohibiciones relativas

Este segundo nivel de prohibición proscribire una conducta en tanto sea capaz de generar o genere efectos perjudiciales sobre el proceso competitivo y, en consecuencia, sobre el bienestar de los consumidores. Dice expresamente la LRCA que “[e]n los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores” (artículo 9).

Las prohibiciones relativas que la LRCA determina recaen sobre todas las demás conductas, distintas a las referidas en el literal precedente, que puedan ser sancionadas bajo su ámbito de aplicación. Es decir, se aplican sobre las colusiones horizontales que no se encuentran bajo prohibición absoluta, las conductas que configuran un abuso de posición de dominio y las colusiones verticales, conforme se apreciará más adelante en cuadros de síntesis.

Debe resaltarse que la regla que se aplica a conductas sobre las que recae una prohibición relativa es flexible y menos cerrada, colocando en manos del agente económico el análisis profundo acerca de si su propia conducta tiene o podría tener efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores y, en consecuencia, si merecerá o no el reproche y la sanción del Estado en ejecución de la actividad de policía que le corresponde.

Resulta oportuno precisar que la sanción que se aplica sobre una conducta bajo una prohibición

relativa se dirige tanto contra ilícitos de peligro como contra ilícitos de resultado, conforme a la formulación de la prohibición relativa en la LRCA. Ello, debido a que se marca en esta ley tanto la posibilidad de sancionar conductas con efectos reales como conductas con efectos potenciales, contrarios al proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.

En todo caso, debe considerarse que la LRCA exige una conjunción de efectos reales o potenciales contrarios al proceso competitivo y al excedente de los consumidores, por lo que no bastará acreditar uno u otro, sino ambos efectos a la vez, pues la consideración de efectos indicada es conjuntiva y no disyuntiva.

3. ¿Se materializan la regla *per se* y la regla de la razón?

Aun cuando se pudiera desear una asimilación de las prohibiciones absolutas con la regla *per se* y de las prohibiciones relativas con la regla de la razón, consideramos que no debe caerse en la tentación de establecer una imprecisa correspondencia de los dos niveles de prohibición que presenta la LRCA con la regla *per se* y con la regla de la razón, pues éstas no solamente provienen de una tradición jurídica distinta a la nuestra en la que se privilegian las consideraciones jurisprudenciales, sino que derivan en una aplicación diferente. Debe recordarse, como indicó el Tribunal del INDECOPI, en su oportunidad, que “la distinción entre la regla *per se* y la regla de la razón no es que bajo la primera regla no deban demostrarse los efectos de la conducta, mientras que en el caso de la segunda sí. (...) en ninguno de los casos es necesario demostrar los efectos de la práctica restrictiva, sino que, en el caso de la segunda, si se demuestran efectos beneficiosos puede contemplarse una exoneración de sanción”¹⁵.

No debe olvidarse que la utilización de las referidas reglas tiene una naturaleza y finalidad distinta que las prohibiciones establecidas en la LRCA. Así, las prohibiciones que esta ley establece definen la determinación de una conducta anticompetitiva infractora, diferenciando en qué casos es necesario

¹⁵ Cita textual tomada de la Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI, emitida en el proceso tramitado bajo expediente 004-2002-CLC en el que se investigó la conducta de Asociación Peruana de Empresas de Seguros, El Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros, Generali Perú Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., Interseguro Compañía de Seguros de Vida S.A., La Positiva Seguros y Reaseguros S.A., Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros, Rimac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, Royal & Sunalliance Seguros Fénix, Sul América Compañía de Seguros S.A. y Wiese Aetna Compañía de Seguros, que establece además un precedente de observancia obligatoria sobre la materia.

probar, además de la conducta misma, sus efectos, reales o potenciales, contra el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores. De otro lado, según la experiencia jurisprudencial en EE.UU., se considera que determinadas conductas prohibidas son siempre perjudiciales para el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores, no siendo posible probar efectos positivos que permitan una exoneración de la sanción que les corresponde, por lo que se les aplica la regla *per se*. La regla de la razón, desde esta experiencia jurisprudencial, permite considerar que determinadas conductas sí producen efectos de beneficio agregado, principalmente para los consumidores, lo que podría permitir una exoneración de la sanción.

Dicho lo anterior, las prohibiciones absolutas que establece la LRCA que podrían pretenderse, imperfectamente, asimilar a una regla *per se*, tienen la virtud de acabar con un intenso debate nacional acerca de si se podía o no aplicar válidamente esta regla a una fijación concertada de precios. La materia de debate era determinar la interpretación correcta de la ley antecesora, teniendo en consideración que su texto establecía una prohibición general sobre “los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional” (artículo 3, subrayado añadido).

Hoy, con la vigencia de la LRCA este debate no tiene mayor utilidad. Sin embargo, es necesario indicar que, con independencia de la preferencia que se posea acerca de si la fijación concertada de precios debe tener o no una prohibición absoluta sobre sí, quedaba claro, desde la perspectiva del principio de legalidad administrativo –de cumplimiento indispensable en un esquema sancionador– que la ley antecesora presentaba una prohibición relativa general. Por tanto, en nuestra opinión, toda conducta que se pretendiera considerar anticompetitiva –incluidas la más graves– debía estar sujeta no solamente a la verificación de la conducta misma, sino, además, a la verificación de un efecto lesivo sobre el bienestar

general, lo que impedía considerar una fórmula de prohibición absoluta o una forma de regla *per se*, incluso en los casos en los que la probabilidad de perjuicio para el interés económico general fuera altísima, tal como ocurre en los casos de fijación concertada de precios entre competidores. Actualmente, la LRCA ha zanjado este debate.

D. Categorías necesarias para el análisis de las conductas prohibidas

Existen dos categorías necesarias y complementarias entre sí para el análisis de las conductas anticompetitivas prohibidas por la LRCA. Estas son el mercado relevante o mercado de referencia y la posición de dominio. De hecho, si bien la LRCA directamente indica su utilización al analizar las conductas de abuso de posición de dominio y las conductas de colusión vertical, son categorías de especial referencia, a nuestro juicio, para evaluar también los efectos de las conductas de colusión horizontal que se encuentran bajo una prohibición relativa, como referiremos más adelante.

1. Mercado relevante o mercado de referencia

La LRCA indica que el mercado relevante “está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico”, siendo el primero “el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos”, mientras que el segundo “es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante” (artículo 6).

Debe tenerse en cuenta que la definición del mercado relevante dependerá de las condiciones de cada realidad y de cada mercado, desde una perspectiva dinámica que se construye mediante una síntesis de la definición del bien o servicio materia de análisis y de aquéllos que pueden ser una alternativa real para el adquirente de los mismos; así como del ámbito geográfico en el que la oferta y la demanda bajo análisis interactúan¹⁶.

Es innegable que las categorías que la LRCA presenta en esta materia combinan la experiencia europea y la experiencia en EE.UU. en definición y

¹⁶ Cabe considerar que en el proceso de integración europeo, el mercado relevante o de referencia “se determina combinando el mercado de producto y el mercado geográfico”. Comisión de las Comunidades Europeas. “Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03)”. 1997.

análisis del mercado relevante o de referencia. Desde la perspectiva europea, se ha decantado la consideración de que el mercado relevante o de referencia sobre el producto se configura por “la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”¹⁷. Por su parte, los lineamientos de EE.UU. en esta materia construyen el mercado de producto bajo un modelo de suposición –que podría admitir algunos niveles de constatación empírica– imaginando cómo se comportaría el mercado si un monopolista, *maximizador* de beneficios, fuera el único oferente de los productos que se proponen como base del análisis y éste aumenta “mínima pero significativamente” –y no transitoriamente– el precio de dichos productos. Si con dicho aumento hipotético, digamos en un cinco por ciento, los demandantes de dicho producto no migran al consumo de otros productos, se cierra la determinación del mercado de producto, pero si migraran al consumo de otros productos, estos se incorporan en el mercado relevante del producto y se repite nuevamente el ejercicio hasta que no se produzca migración de consumo alguna¹⁸.

De otro lado, es importante indicar, como complemento de lo anterior, que en el proceso de integración europeo se considera como mercado geográfico relevante o de referencia “la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas, debido a que las condiciones de competencia en ella prevalentes son sensiblemente distintas a aquéllas”¹⁹.

La LRCA, recogiendo la destacada experiencia en otras latitudes, indica que, para definir y evaluar el mercado de producto, se deberá analizar “entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución”; mientras que para determinar las alternativas de aprovisionamiento que condicionan el alcance del mercado geográfico, se deberá analizar “entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes” (artículo 6).

2. Posición de dominio o posición dominante

La posición de dominio o posición dominante de un agente económico siempre se vincula a determinado mercado relevante o de referencia. No es posible afirmar la existencia de una posición de dominio que no se encuentre predicada sobre determinado mercado claramente definido.

Un agente económico ostenta una posición de dominio en un mercado relevante cuando, en los hechos, no sufre una competencia efectiva por parte de otros agentes económicos. Por dicha razón, quien ostenta una posición dominante puede alejarse del equilibrio que sugiere el mercado, pues podría subir el precio de su producto o disminuir la calidad sin ser “contestado” inmediatamente. Es decir, sin que otro agente económico pueda tomar su lugar con una oferta de menor precio o de mayor calidad, o sin que sus proveedores, clientes o consumidores puedan abandonarlo en el corto plazo. En otras palabras, quien ostenta una posición de dominio en determinado mercado, de alguna manera, no ve afectada ni condicionada su conducta por la

¹⁷ Comisión de las Comunidades Europeas. Op. Cit.

¹⁸ Así, en el Horizontal Merger Guidelines, se señalan como lineamientos para determinar el mercado de producto, cuando el oferente no diferencia precio entre los demandantes del producto, los siguientes: “Absent price discrimination, the Agency will delineate the product market to be a product or group of products such that a hypothetical profit-maximizing firm that was the only present and future seller of those products (“monopolist”) likely would impose at least a “small but significant and nontransitory” increase in price. That is, assuming that buyers likely would respond to an increase in price for a tentatively identified product group only by shifting to other products, what would happen? If the alternatives were, in the aggregate, sufficiently attractive at their existing terms of sale, an attempt to raise prices would result in a reduction of sales large enough that the price increase would not prove profitable, and the tentatively identified product group would prove to be too narrow.” U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission. “Horizontal Merger Guidelines”. 1997. Sin embargo, cuando para el oferente es eficiente diferenciar los precios a sus demandantes y puede hacerlo: “The analysis of product market definition to this point has assumed that price discrimination – charging different buyers different prices for the same product, for example– would not be profitable for a hypothetical monopolist. A different analysis applies where price discrimination would be profitable for a hypothetical monopolist.(...)The Agency will consider additional relevant product markets consisting of a particular use or uses by groups of buyers of the product for which a hypothetical monopolist would profitably and separately impose at least a “small but significant and nontransitory” increase in price.” U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission. Op. Cit.

¹⁹ Comisión de las Comunidades Europeas. Op. Cit.

interacción con otros agentes económicos en el proceso competitivo. La existencia de un agente económico que ostenta una posición de dominio implica un cierto alejamiento, en mayor o menor grado, del modelo teórico de competencia perfecta en el que ningún agente económico puede actuar con prescindencia de la actuación de los otros en el mercado.

Al respecto, la LRCA establece que un agente en el mercado ostenta una posición de dominio en determinado mercado relevante o de referencia “cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o la demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad” (artículo 7).

Así, quien ostenta posición de dominio no tiene que bajar necesariamente sus precios si sus competidores lo hacen²⁰ y tampoco tiene necesariamente que pagar más por los insumos que adquiere aún cuando sus competidores decidieran pagar mayores precios por dichos insumos. En realidad, ocurre que la conducta de un agente económico que ostenta una posición de dominio en determinado mercado no es disciplinada por el resto de agentes económicos, pues éste no es impactado completamente por la dinámica que genera la interacción entre la oferta y la demanda, a las cuales puede influenciar, de algún modo, unilateralmente. Como veremos en puntos siguientes, cuando un agente económico ostenta una posición de dominio, su comportamiento tiene algunas restricciones adicionales a las que corresponde a todo agente económico, para evitar que pueda afectar, dificultar o restringir el proceso competitivo.

¿Qué circunstancias permiten que un agente posea una posición de dominio en el mercado? La LRCA es especialmente clara al indicar que dicha posición puede deberse, entre otros: i) a factores propios de la dinámica del mercado relevante, tal como sería una participación significativa en el mismo por parte de dicho agente, las características de la oferta y la demanda –incluido el

desarrollo tecnológico– o el poder de negociación de otros agentes económicos que interactúan en dicho mercado, tales como competidores, proveedores y/o clientes, o, ii) a factores que condicionan o dificultan el acceso al mercado relevante a otros agentes competidores, tal como sería alguna dificultad en el acceso de estos al financiamiento, al suministro de insumos, a materias primas o a servicios necesarios, o como son las barreras de entrada o de salida, de cualquier índole (artículo 7).

Debemos enfatizar que no era necesario indicar, como lo hace expresamente la LRCA, que el hecho de gozar de una posición de dominio en el mercado es una infracción. Queda claro que ostentar una posición dominante, incluso si se tratase de un monopolio, no es una conducta en sí misma sino, tan sólo, una situación. Lo prohibido y, en consecuencia, sancionado es abusar de dicha posición mediante una conducta que afecte el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.

E. El abuso de posición de dominio

Cabe precisar que la posición de dominio se puede lograr y mantener por diversos medios, tales como: i) la concentración empresarial, horizontal o vertical²¹; ii) la elevación de los costos de los competidores, existentes o potenciales, pagando altos precios por los insumos, las materias primas y los servicios escasos y necesarios para su actividad; iii) el aumento cualitativo y cuantitativo de la eficiencia en la producción, y/o, iv) la aplicación de estrategias de mercadotecnia, tales como la diferenciación de productos utilizando marcas y/o comunicaciones que establezcan posicionamientos singulares, así como desarrollando promociones de beneficio hacia los demandantes de los bienes o servicios que conformen el mercado relevante de producto²².

Debe considerarse que el mantenimiento o el incremento de la posición de dominio, por causas distintas a la eficiencia económica, pueden configurar un abuso de dicha posición si ésta excluye del mercado a concurrentes en otros

²⁰ De hecho, la doctrina reconoce que “el poder de mercado puede también expresarse como la diferencia entre el precio que una empresa percibe en un mercado y el precio que existiría en tal mercado en condiciones de competencia perfecta (...)”. Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. Op. Cit. p. 165.

²¹ La integración horizontal redundaría en una mayor participación del mercado, mientras que la integración vertical podría: a) mejorar el acceso a los insumos en una integración con quien los produce si la integración es hacia atrás, o, b) mejorar el acceso a los clientes o consumidores en una integración con quien administra canales de distribución si la integración es hacia adelante.

²² FERNÁNDEZ - BACA, Jorge. “Organización Industrial”. Lima: Universidad del Pacífico. 2006. pp. 151 y 152.

niveles de la cadena productiva, o, excluye a competidores, actuales o potenciales, o dificulta su permanencia o acceso al mercado. Asimismo, el abuso de una posición de dominio puede explotar o reducir el excedente de quienes transen con quien ostenta dicha posición, al aceptar condiciones que no se podrían exigir bajo un escenario competitivo. Estos son los conocidos efectos *excluserios* y *explotativos* que puede generar un abuso de posición de dominio.

Pese a que el agente económico que ostenta una posición de dominio en determinado mercado relevante puede actuar con prescindencia de sus competidores, la prohibición de abusar de dicha posición exige implícitamente a dicho agente que se comporte como si estuviera bajo la influencia de la dinámica del proceso competitivo, exigién-

dole actuar como lo haría si tuviera competidores que amenazaran su posición de concurrencia.

Al prohibir el abuso de posición de dominio, la LRCA no valora como justificación la causa de dicha posición, pues el abuso será sancionado “inclusive cuando la posición de dominio derive de una ley u ordenanza, o de un acto, contrato o reglamento administrativo” (artículo 10). Aún cuando un acto público genere una posición de dominio, el abuso desde tal posición, en ningún caso, se encuentra permitido.

A continuación, se presenta un cuadro de síntesis con las conductas que la LRCA define bajo cláusula general y que ejemplifica como prohibidas bajo la tipificación general del abuso de posición de dominio.

Cuadro 1
Expresión legislativa de la prohibición de abusar de una posición de dominio

Prohibiciones	Cita textual de la disposición legal	Nivel de prohibición
Cláusula general	“Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.- 10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto <i>excluserio</i> tales como:	Relativa: en los casos no ejemplificados.
Listado enunciativo de conductas prohibidas	Cita textual de la disposición legal	
Prohibición de negarse a transar.	(a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de discriminar en términos comerciales a agentes que compiten entre sí.	(b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;	Relativa: en todos los casos.

Prohibición de aplicar contratación atada.	(c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de aplicar barreras de acceso contra competidores.	(d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de limitar la distribución o venta.	(e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de indebido ataque procesal.	(f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de boicot.	(g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,	Relativa: en todos los casos.
Disposición de cierre del listado enunciativo que complementa la prohibición general (cláusula general).	(h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.	Relativa: en los casos no ejemplificados.

Elaboración: propia.
Fuente: Artículo 10 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas – Decreto Legislativo 1034.

Queda claro que la LRCA procura proyectar como prohibido y sancionado el abuso de posición de dominio a condición de que tenga un efecto *exclusorio*. Ello se hace evidente cuando ésta indica que “el abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto *exclusorio*” tales como las ejemplificadas que se han mostrado en el cuadro precedente, indicándose además que “[n]o constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales” (artículo 10.2 y 10.5).

Debe considerarse que el abuso de la posición de dominio es una conducta que se encuentra sujeta a prohibición relativa, en todos los casos. Por ello, además de la conducta misma se deberá acreditar “que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores” (artículo 9). Esta exigencia que marca la prohibición relativa en la LRCA parece exigir la acreditación conjunta de efectos, reales o potenciales, contra la competencia, es decir de índole *exclusorio*, y de efectos contra el bienestar del consumidor, es decir de índole *explotativo*.

Esta exigencia conjunta nos puede llevar a suponer que las conductas que afectan el proceso competitivo siempre tienen un impacto, mayor o menor, sobre el bienestar del consumidor. Este sería, por ejemplo, el caso de la prohibición de aplicar contrataciones atadas. Así, si una empresa que tiene posición de dominio en la comercialización de equipos de cómputo, ata la venta de dichos equipos a la venta de materiales de oficina y no vende tales equipos a quien no le compra dichos materiales, estará afectando a los competidores que concurren ofreciendo materiales de oficina, pues estará limitando sus posibilidades de competir en términos de eficiencia. Asimismo, se encontrará explotando el excedente del consumidor de útiles de oficina pues éste perderá la posibilidad de elegir la oferta que le presente una mayor satisfacción de necesidades en términos de su combinación de precio y calidad, pues no puede evitar comprarle ambos productos al dominante. En otros casos menos claros, podemos suponer lógicamente que toda restricción afecta, en mayor o menor medida, el excedente del consumidor. Quedará a la aplicación jurisprudencial desarrollar su enfoque al respecto.

Asimismo, debe considerarse que cuando la LRCA se refiere a “competidores” en la determinación de conductas que configuran un abuso de posición de dominio, puede referirse, dependiendo del caso, a competidores de quien ostenta dicha posición como en el caso de la aplicación de barreras de acceso por obstaculizar a otros agentes del mercado, de manera injustificada, la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación, o a concurrentes en otros puntos de la cadena, como en el caso de las negativas a transar, pues aquí la afectación se produce sobre quienes contratan o desean contratar con el dominante y no sobre quienes compiten con éste. En este último caso, podríamos estar frente a una conducta *exclusoria – explotativa*, pues los concurrentes en otro punto de la cadena de producción o comercialización pueden ser clientes del dominante y/o sus consumidores intermedios o finales. Quedará también en la aplicación jurisprudencial el desarrollo de estas consideraciones.

F. La colusión horizontal

La prohibición de conductas de este tipo determina que la relación entre los concurrentes en el mercado debe mantener una tensión competitiva, en cuanto éstos deben luchar por la preferencia de los demandantes –con otros concurrentes que ofrecen bienes o servicios similares o sustitutos– ofreciéndoles mejores condiciones de calidad y precio para satisfacer sus necesidades, y/o por lograr transacciones con quienes les ofrecen los insumos, las materias primas y los servicios que requiere su actividad económica.

Los agentes económicos no solamente tienen derecho a competir, sino que, esencialmente, tienen el deber de hacerlo y de no restringir o eliminar la competencia entre sí. A continuación, se presenta un cuadro de síntesis con las conductas que la LRCA define bajo cláusula general y que ejemplifica como prohibidas bajo la tipificación general de la colusión horizontal.

Cuadro 2
Expresión legislativa de la prohibición de colusiones horizontales anticompetitivas

Prohibiciones	Cita textual de la disposición legal	Nivel de prohibición
Cláusula general ²³	“Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.- 11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:	Relativa: en los casos no ejemplificados.
Listado enunciativo de conductas prohibidas	Cita textual de la disposición legal	
Prohibición de concertar precios u otras condiciones.	(a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;	Absoluta: siempre que sea producto de un acuerdo horizontal inter marca que no sea complementario o accesorio a otros acuerdos lícitos. Relativa: en los demás casos.
Prohibición de limitar o controlar la oferta.	(b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;	Absoluta: en el caso de limitación de producción o ventas; en particular mediante cuotas, siempre que sea producto de un acuerdo horizontal inter marca que no sea complementario o accesorio a otros acuerdos lícitos. Relativa: en los demás casos.

²³ Como indica la exposición de motivos que acompañó a la LRCA, “[e]n el numeral 11.1 (...) se define qué se entiende por prácticas colusorias horizontales. Dichas conductas pueden ser de distintos tipos, a saber, acuerdos (convenios demostrados mediante pruebas directas), decisiones (directivas con carácter vinculante al interior de una asociación o similar), recomendaciones (directivas con carácter orientativo al interior de una asociación o similar) o prácticas concertadas (convenios demostrados mediante indicios y presunciones)”.

Prohibición de dividirse el mercado.	(c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;	Absoluta: siempre que sea producto de un acuerdo horizontal inter marca que no sea complementario o accesorio a otros acuerdos lícitos. Relativa: en los demás casos.
Prohibición de concertar niveles de calidad.	(d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de discriminar en términos comerciales a agentes que compiten entre sí.	(e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de concertar contratación atada.	(f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de concertar negativas a transar.	(g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de concertar barreras de acceso contra competidores.	(h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación.	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de limitar la distribución o venta.	(i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de concertar posiciones en procesos públicos de adquisición ²⁴ .	(j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,	Absoluta: siempre que sea producto de un acuerdo horizontal inter marca que no sea complementario o accesorio a otros acuerdos lícitos. Relativa: en los demás casos.
Disposición de cierre del listado enunciativo que complementa la prohibición general (cláusula general).	(k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica”.	Relativa: en los casos no ejemplificados.

Elaboración: propia.

Fuente: Artículo 11 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas –Decreto Legislativo 1034.

²⁴ Respecto de este supuesto ejemplificado por la LRCA, debe considerarse que ésta establece expresamente una previsión por si se produce una conducta anticompetitiva bajo esta modalidad u otra en el escenario de la contratación del Estado. Indica la LRCA, en su disposición complementaria final segunda que “[d]e conformidad con lo dispuesto en el Artículo 11° del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, cuando el Tribunal de Contrataciones del Estado identifique alguna conducta que pudiera constituir una práctica anticompetitiva (...) comunicará tal hecho al INDECOPI para que éste, a través de sus órganos competentes, y de ser el caso, inicie el procedimiento sancionador correspondiente y determine la responsabilidad que pudiere existir”.

Sostener, de modo general, que las reglas de defensa de la libre competencia únicamente sancionan conductas que tengan efecto *exclusorio* no es preciso, pues el contra ejemplo de dicho señalamiento se encuentra en la prohibición absoluta que se aplica a determinadas colusiones horizontales cuyos efectos son esencialmente perjudiciales contra el consumidor intermedio –que bien puede ser concurrente en otro punto de la cadena– o contra el consumidor final que adquiere productos a precios concertados entre competidores que no pugnan entre sí, lo que configura un efecto indudablemente *explotativo*. Ocurre lo propio cuando determinados competidores forman monopolios artificiales al dividirse geográficamente determinados mercados o cuando acuerdan indebidamente estandarizar niveles de calidad.

En todo caso, debemos dejar sentado que, desde nuestra perspectiva, aún cuando la LRCA no lo exige ni indica, en todas las colusiones horizontales que se encuentran bajo una prohibición relativa debe analizarse de algún modo la posición de dominio conjunta que puedan lograr quienes desarrollan una colusión de este tipo en un mercado relevante o de referencia. Ello debido a que, si no logran una posición de dominio conjunta, será sumamente difícil acreditar un perjuicio para los consumidores puesto que ante una elevación de precio o una disminución de calidad concertadas entre competidores, si estos no ostentan posición de dominio conjunta, el consumidor podrá acudir sin dificultad a elegir otras ofertas disponibles en el mercado. Si bien dicha práctica podría tener efectos negativos para la

competencia, podría no acreditarse efecto perjudicial alguno sobre el bienestar de los consumidores, por lo que, bajo una prohibición relativa, no existiría infracción alguna.

De hecho, un análisis como el indicado en el párrafo precedente sería deseable también sobre las colusiones horizontales bajo prohibición absoluta, aún cuando la sola acreditación de la conducta baste para determinar la infracción. En todo caso, dicho análisis podría ser utilizado para efectos de determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción aplicable.

G. La colusión vertical

La figura de la colusión vertical definida expresamente por la LRCA es una novedad en nuestro sistema de defensa de la libre competencia. Esta ley exige, como es razonable, que al menos uno de los agentes económicos que desarrollan la colusión vertical ostente una posición de dominio. Caso contrario, dicha conducta no tendría, de modo verosímil, efecto negativo alguno sobre la competencia o el bienestar de los consumidores, al tener estos últimos otras alternativas para escoger en el mercado.

A continuación, se presenta un cuadro de síntesis con las conductas que la LRCA define bajo cláusula general y que determina como prohibidas bajo la tipificación general de la colusión vertical, en remisión a las conductas ejemplificadas como abuso de posición de dominio o colusión vertical en lo que corresponda.

Cuadro 3
Expresión legislativa de la prohibición de colusiones verticales anticompetitivas

Prohibiciones	Cita textual de la disposición legal	Nivel de prohibición
Cláusula general ²⁵	“Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales.- 12.1. Se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.12.2. Las conductas ilícitas verticales podrán consistir en (...)	Relativa: en los casos no ejemplificados. Condición necesaria: al menos uno de los agentes económicos involucrados debe contar, con anterioridad al desarrollo de la conducta, con posición de dominio en el mercado relevante de que se trate.

²⁵ Al respecto de la aplicación de esta cláusula general, debe considerarse lo indicado en la exposición de motivos que acompañó a la LRCA: “Lo que se requerirá para que se aplique la prohibición contenida en el artículo 12 es que la conducta investigada sea producto de una colusión entre dos agentes económicos pertenecientes a distintos niveles de la cadena de producción o comercialización y que, por ende, esté diseñada para reportar beneficios a ambos integrantes de aquella. Si, por el contrario, la restricción vertical es producto de una imposición unilateral de una empresa dominante procurando su beneficio, la conducta deberá analizarse bajo la prohibición de abusos de posición de dominio”.

Listado enunciativo de conductas prohibidas	Cita textual de la disposición legal	
Disposición de remisión a los listados enunciativos previos, a efectos de complementar la prohibición general (cláusula general).	(...) los supuestos tipificados a modo de ejemplo en los numerales 10.2 del Artículo 10 y 11.1 del Artículo 11 de la presente Ley, según corresponda”.	Relativa: en todos los casos. Condición necesaria: al menos uno de los agentes económicos involucrados debe contar, con anterioridad al desarrollo de la conducta, con posición de dominio en el mercado relevante de que se trate.

Elaboración: propia.
Fuente: Artículo 12 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas – Decreto Legislativo 1034.

Esta definición de las conductas verticales termina por zanjar una discusión teórica que se había producido respecto de cómo debía sancionarse una colusión vertical bajo la aplicación de la ley antecesora: si por abuso de posición de dominio o por práctica colusoria. La dificultad teórica consistía en que una colusión vertical requiere, para tener un efecto contrario al proceso competitivo, que alguno de los coludidos tenga posición de dominio. El problema que se generaba con la ley antecesora era que bajo la figura del abuso de la posición de dominio no se podía sancionar al coludido que no la tuviera; mientras que bajo la figura de las colusiones anticompetitivas –debido a que su descripción era genérica– no se refería la necesidad de verificar una posición de dominio en uno de los coludidos para determinar como anticompetitiva a la colusión vertical, por lo que bajo esta tipificación no se podía sancionar al dominante. La definición clara de las características de las colusiones verticales prohibidas que establece la LRCA elimina este problema.

H. Apuntes sobre el procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo que define la LRCA para la determinación y sanción de conductas anticompetitivas es un procedimiento sancionador de un diseño más garantista que el contemplado por la ley antecesora. El procedimiento administrativo actual presenta una mejora significativa en la distribución de funciones instructoras y resolutivas a diferentes órganos, correspondiendo las primeras a la Secretaría Técnica y las segundas a la Comisión que se encuentra conformada por cuatro miembros.

Esta separación de funciones permite que el órgano instructor a quien corresponde imputar

los cargos de oficio –sea por propia iniciativa o por denuncia de parte–, investigar y actuar medios probatorios, no sea el mismo órgano que decide el caso. Esta separación asegura que la Comisión no se vea involucrada ni condicionada por las actuaciones, presunciones o constataciones que propone la Secretaría Técnica, asegurando los niveles máximos de imparcialidad que garantiza un esquema acusatorio y no inquisitivo. Este esquema ve afianzada la garantía que ofrece a los administrados al contemplar la posibilidad de apelar las decisiones más importantes de la primera instancia ante el Tribunal del INDECOPI como segunda instancia revisora. Este Tribunal, en sintonía con el principio de verdad material, cuenta con la facultad de actuar medios probatorios dirigidos a esclarecer los hechos acusados como infracción, de estimarlo necesario.

La LRCA define a este procedimiento como un procedimiento esencialmente sancionador, reconociéndose que los procedimientos iniciados por pedido de parte poseen naturaleza trilateral, lo que no afecta que la titularidad de imputación se mantenga a cargo de la Secretaría Técnica (artículo 18), manteniendo quien presenta la denuncia su habilitación para ofrecer medios probatorios y argumentar en procura de lograr la determinación de la infracción.

Debe destacarse que las reglas de este procedimiento y autoridades no se aplican ni corresponden, respectivamente, a los casos vinculados al mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. Dichos casos se tramitarán bajo las reglas que conforman el marco normativo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones –OSIPTel–, actualmente definido por la Ley 27336 – Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTel (artículo

17), siendo competentes las autoridades que definan dicho marco.

El procedimiento administrativo diseñado por la LRCA para la determinación y sanción de conductas anticompetitivas es un procedimiento detallado que rescata y mejora las instituciones diseñadas por el procedimiento especial de la ley antecesora y por el procedimiento único del Decreto Legislativo 807 – Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.

No siendo posible en esta entrega presentar todas las reglas que conforman el procedimiento sancionador que la LRCA establece, deseamos hacer énfasis en las de mayor importancia.

1. El compromiso de cese

La LRCA permite a los agentes económicos procesados por una posible infracción colaborar con la autoridad para lograr que la conducta anticompetitiva que se viene desarrollando sea detenida voluntariamente, permitiendo dichos procesados que ofrezcan el compromiso de detener tal conducta antes de que transcurran cuarenta y cinco días hábiles desde iniciado el procedimiento sancionador. Éste es un plazo razonable para que los imputados decidan la necesidad de presentar dicho compromiso y puedan formularlo, lo que no ocurría con la ley predecesora que establecía un plazo mínimo.

En estos casos, la autoridad no se encuentra obligada a aceptar dicho compromiso y antes de hacerlo, debe evaluar que: i) los agentes económicos reconozcan algunos o todos los cargos imputados, lo cuáles deben concordar con las pruebas aportadas en el procedimiento; ii) la conducta anticompetitiva materia de reconocimiento no haya generado grave daño al bienestar de los consumidores, y, iii) las medidas propuestas para detener dicha conducta sean eficaces. Luego de dicha evaluación, que es realizada por la Secretaría Técnica, ésta puede proponer a la Comisión que suspenda el proceso. La decisión de aceptar o no dicha propuesta es discrecional y no puede ser impugnada, por ser el resultado de una negociación entre los imputados y la autoridad titular del interés general. Sin embargo, corresponderá a la autoridad supervisar que, efectivamente, se haya cumplido con el cese de la conducta anticompetitiva reconocida. En caso de verificarse que dicho cese no se ha realizado o que la conducta se desarrolla nuevamente, se configura una infracción grave, con las consecuencias punitivas que se detallarán más adelante (artículo 25). Debe

indicarse, asimismo, que de no aceptarse el compromiso de cese, las pruebas que se hayan acompañado a dicha solicitud no podrán ser utilizadas contra los agentes económicos que ofrecieron dicho compromiso ni contra otros procesados (artículo 25).

Finalmente, debe indicarse que la responsabilidad civil por una conducta anticompetitiva que ha sido materia de un compromiso de cese no desaparece, pudiendo ser exigida por quienes se reputen dañados por causa de tal conducta (artículo 25).

2. La solicitud de exoneración de sanción

La solicitud de exoneración de la sanción es lo que podríamos entender como una solicitud de colaboración eficaz que, de ser aceptada, permite al agente económico procesado que colabora en la aportación de pruebas para acreditar la existencia de conductas anticompetitivas, exceptuarse de la sanción que le corresponde por su responsabilidad en los hechos infractores.

El diseño de los efectos de esta colaboración ha tenido muy en cuenta el esquema que la teoría de juegos le da al denominado *dilema del prisionero*. Así, la LRCA contempla expresamente que “[s]i son varios los agentes económicos que solicitan la exoneración de sanción, sólo el primero que haya aportado pruebas de la existencia de la conducta anticompetitiva y de la identidad de los infractores, será beneficiado con la exoneración”, mientras que los demás “podrán ser beneficiados con la reducción de la multa, si dicha información es distinta a la que posee la autoridad de competencia, ya sea por propias investigaciones o por la solicitud de exoneración presentada con anterioridad” (artículo 26). De esta manera, se establecen incentivos para que cada agente económico procesado procure ser el primero en confesar y para que procure entregar la mayor cantidad de evidencias posibles sobre la conducta anticompetitiva investigada.

En este caso, también la evaluación de la solicitud es realizada por la Secretaría Técnica. Como en el caso del compromiso de cese, ésta puede proponer a la Comisión que se exonere al solicitante que prestó una colaboración eficaz de la sanción que le correspondería al finalizar el trámite del procedimiento. En este caso, la responsabilidad civil por una conducta anticompetitiva que ha sido materia de un compromiso de cese tampoco se ve eliminada, pudiendo ser exigida por quienes se reputen dañados por causa de ésta (artículo 26).

3. Medidas cautelares y medidas correctivas

Ambas medidas, dictadas por la autoridad, tienen por finalidad evitar que continúe el daño sobre el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores que se deriva de una conducta anticompetitiva.

En el caso de las medidas cautelares, la regulación de la LRCA es significativamente mejor que la regulación de la ley antecesora. Pueden dictarse antes de que se inicie el procedimiento administrativo –caducando a los quince días si éste no llegara a iniciarse– tanto a solicitud de la Secretaría Técnica como instructor, como por el pedido de la parte denunciante o de un tercero legitimado y apersonado al procedimiento. Queda expresamente señalado que la finalidad de una medida cautelar es asegurar el pronunciamiento final, en particular, en lo concerniente a las medidas correctivas que se pudieran dictar (artículo 23).

Mejorando la técnica de la ley antecesora, la LRCA atribuye a la Comisión, expresa y detalladamente, la facultad de dictar medidas cautelares, señalando expresamente que se podrá ordenar la “medida cautelar innovativa o no innovativa, genérica o específica, que considere pertinente, en especial la orden de cesación de actividades, la obligación de contratar, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos, la adopción de comportamientos positivos y cualesquiera otras que contribuyan a preservar la competencia afectada y evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el procedimiento se refiere”, siempre que, como corresponde, exista verosimilitud acerca de la existencia de una conducta anticompetitiva y peligro en la espera que involucre la emisión de la decisión final, además de otros requisitos de forma. La LRCA mejora la dimensión garantista a favor del administrado cuando indica que la medida cautelar de que se trate deberá “ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar” (artículo 23).

Por su parte, las medidas correctivas proyectan un enfoque de avanzada en cuanto se afirma que, en con objetivo de evitar que continúe produciéndose

la conducta anticompetitiva y sus efectos nocivos para el proceso competitivo y el bienestar del consumidor, éstas podrán consistir no solamente en el orden de cese de determinadas conductas, sino además, dependiendo del caso, en una orden que consista en una “obligación de contratar, inclusive bajo determinadas condiciones” o en la “inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos”, lo cual es plenamente necesario y consistente si se detecta y sanciona una conducta anticompetitiva materializada en una negativa a transar o contratar o si se materializa en una contratación atada, respectivamente. Una de las mejoras más significativas de la LRCA respecto a la ley antecesora es la referencia expresa acerca de las facultades que posee la autoridad para determinar medidas correctivas, superando el silencio del pasado que fue remediado por el Tribunal Constitucional²⁶.

4. Sanciones

Al declararse la existencia de una conducta anticompetitiva conforme lo establecido por la LRCA, las sanciones que se aplican a los agentes económicos infractores tienen dos ejes para su determinación. El primero son los topes de multa indicados expresamente en Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT) según la gravedad de la conducta. El segundo son los reguladores individuales de multa indicados como topes sobre las ventas o ingresos brutos del infractor, los que tienen la finalidad de evitar que una multa resulte desproporcionada o de una magnitud tal que sea capaz de eliminar a los agentes económicos del mercado.

Las sanciones sobre conductas anticompetitivas se mantienen fundamentalmente en los niveles establecidos por la ley antecesora. Sin embargo, se ajusta el tope para infracciones leves con una multa de hasta quinientas UIT y se mantiene el tope para infracciones graves con una multa de hasta mil UIT, así como la posibilidad de ordenar multas por encima de dicho tope en el caso de infracciones muy graves. Por su parte, los reguladores individuales de multa se escalonan, a diferencia del esquema de la ley antecesora que impedía colocar una multa que superara el diez por ciento de las ventas o ingresos brutos del agente infractor en el ejercicio anual previo a

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el proceso tramitado bajo Expediente 1963-2006-PA/TC, iniciado por recurso de agravio constitucional interpuesto por Ferreteria Salvador S.R.L. y Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. contra la Resolución de la Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura.

la decisión de la autoridad. Con la LRCA los reguladores individuales de multa se establecen en ocho, diez y doce por ciento en el caso de infracciones leves, graves y muy graves, respectivamente (artículo 43).

Como se indicó en un punto previo, las sanciones que establece la LRCA, con el objetivo de aumentar su poder disuasivo, podrían aplicarse no solamente sobre los sujetos de derecho que desarrollan conductas contrarias al proceso competitivo como agentes económicos, sino sobre cualquiera que ejerza la dirección, el gerenciamiento o la representación de dichos sujetos, siempre que hayan provocado o ejecutado dicha conducta, pudiendo recibir una sanción de hasta cien UIT.

Como criterios para determinar la gravedad de una conducta anticompetitiva y, en consecuencia, graduar la multa, la LRCA ha establecido consideraciones acerca del impacto de la conducta en el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores. Dichos criterios son: "i) "[e]l beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción"; ii) "[l]a probabilidad de detección de la infracción"; iii) "[l]a modalidad y el alcance de la restricción de la competencia"; iv) "[l]a dimensión del mercado afectado"; v) "[l]a cuota de mercado del infractor"; vi) "[e]l efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores"; vii) "[l]a duración de la restricción de la competencia"; viii) "[l]a reincidencia de las conductas prohibidas", y, ix) "[l]a actuación procesal de la parte" (artículo 43). Queda claro que a una conducta que posee un mayor beneficio esperado y una menor posibilidad de detección, deberá recibir una multa mayor que otra conducta de similar naturaleza que posee un menor beneficio esperado y una mayor posibilidad de detección, conforme lo sugiere la disciplina del análisis económico del derecho, a efectos de que la sanción cumpla con su finalidad disuasiva. El objetivo de las sanciones en un sistema competitivo no es propiamente aplicarlas, sino que marquen un efecto disuasivo sobre los agentes económicos que proyectan desarrollar una conducta contra el proceso competitivo.

5. Multas coercitivas

En el caso de las multas que no tienen finalidad sancionadora, es decir multas coercitivas, la LRCA presenta un esquema novedoso y también de efecto disuasivo que no solamente incorpora esta técnica en el control de conductas anticom-

petitivas, sino que además clarifica que su función no es castigar sino impulsar al administrado a cumplir con un mandato de la autoridad de competencia, diferenciando la aplicación de multas coercitivas por incumplimiento de medidas cautelares de la aplicación de multas coercitivas por el incumplimiento de medidas correctivas ordenadas. Por tanto, una multa coercitiva no impide, adelanta, ni restringe la aplicación de una multa como sanción de la infracción que sea declarada.

En el primer caso, la LRCA indica que la primera multa que se aplica por no cumplir un mandato de medida cautelar tiene un piso de veinticinco UIT y un tope inicial de ciento veinticinco UIT, luego de lo cual, de persistir el incumplimiento, dicha multa se duplicará cada vez, sin exceder mil UIT.

En el segundo caso, ante el incumplimiento de una medida correctiva que se dictó como parte de la decisión final de la autoridad junto con la multa como sanción, se toma como base ésta para aplicar la multa coercitiva en un orden de su veinticinco por ciento, luego de lo cual, de persistir el no cumplimiento, dicha multa se duplicará respetando cada vez, sin exceder dieciséis veces el monto de la multa coercitiva colocada por primera vez. Por ejemplo, si la multa por la infracción es de doscientas UIT, la primera multa coercitiva será de cincuenta UIT, por lo que de persistir el incumplimiento y producirse una duplicación sucesiva de dicha multa coercitiva, ésta no podrá superar las ochocientas UIT.

J. ¿Tuvo un espacio la promoción de la competencia en la LRCA?

Sí y significativo, pues la LRCA además de la facultad que le atribuye a la Comisión de informar sobre las normas con rango de ley que generan conductas exceptuadas del ámbito de aplicación de la ley, ésta establece expresamente que es función de la Comisión tanto "[e]xpeditar Lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas de la presente Ley", como "[s]ugerir a la Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI, emitir opinión, exhortar o recomendar a las autoridades legislativas, políticas o administrativas sobre la implementación de medidas que establezcan o promuevan la libre competencia, tales como la eliminación de barreras a la entrada, la aplicación de regulación económica a un mercado donde la competencia no es posible" (artículo 14).

Debe considerarse que, en materia de orden del mercado, la promoción de la competencia se viabiliza a través de la actividad de fomento del Estado y ésta se desarrolla bajo técnicas de información, formación y estímulo a los agentes económicos para que contribuyan con su actuación en el eficaz funcionamiento del proceso competitivo. En este estímulo, se encuentra la *abogacía de la competencia* que desarrolla la autoridad al sugerir modificaciones legales o institucionales que, desde el Estado, permitan una mayor dinámica a la competencia por eficiencia, y se encuentra la labor de formación y difusión de cultura de mercado que corresponde a la Secretaría Técnica, conforme indica la LRCA.

Debe recordarse que un proceso legislativo bajo facultades delegadas es dinámico, en el que intervienen diversos actores desde el Poder Ejecutivo. En este contexto, el proyecto de LRCA que, en su momento, fue presentado a consideración de la Presidencia del Consejo de Ministros fue objeto de intenso análisis antes de convertirse en ley en el seno del Consejo de Ministros. Debe recordarse que el texto de la LRCA conforma un todo único que debe interpretarse siempre en sintonía con la finalidad de la ley y en clave constitucional, desde la aplicación de leyes en un sistema de economía social de mercado, promoviendo la competencia.

Desde esta perspectiva, por ejemplo, cuando la LRCA señala que “[e]l Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores”, debemos entender que ésta es una habilitación a las autoridades competentes, definidas por ley, para que, fundamental y esencialmente, emprendan tareas de promoción de la competencia, tales como normalización y estandarización de los bienes y servicios originados en nuestro país para acometer mercados externos, el estímulo para una mayor transparencia en la información disponible para el consumidor y la disminución de costos de transacción en el mercado, en procura de afianzar e intensificar el proceso competitivo y, de ningún modo, como una habilitación para desarrollar intervenciones en el mercado que pudieran afectar o distorsionar la libre interacción entre oferta y demanda.

VI. IDEAS FINALES Y MATERIAS PENDIENTES

Como indicamos al inicio de la presente entrega, nuestro sistema de defensa de la libre competencia solamente posee un control de estructuras

para el sector eléctrico. Consideramos necesario iniciar un proceso dirigido a definir, en el corto plazo, cuáles deberían ser las características de un mecanismo de control de estructuras para nuestro país. Al respecto, debe considerarse como motivador de esta necesidad que nuestro sistema de defensa de la libre competencia no está completo. Piénsese, por ejemplo, en dos empresas competidoras que desearan fijar precios o repartirse el mercado. Para eludir la prohibición absoluta que la LRCA ha definido sobre esta conducta, únicamente requerirían concentrarse y, por fusión, proyectarse como una sola persona jurídica. Otro motivador es la constatación del dinámico proceso de ampliación de mercados que el Perú ha emprendido, materializado en la celebración progresiva de tratados de libre comercio y acuerdos de promoción comercial, que exige que los beneficios que permite el libre comercio no se vean menoscabados por la concentración de poder de mercado, pues ello es capaz de amenguar el proceso competitivo.

Desde otro ángulo, no debe olvidarse la actual y plena vigencia de la Decisión 608, pues ésta permite que, a una colusión horizontal para fijar precios u otras condiciones de comercialización con efecto en el Perú, no siempre se le aplique la prohibición absoluta que marca la LRCA, puesto que si esta conducta, por ejemplo, afecta también al mercado de otro País Miembro de la Comunidad Andina, se aplicará una modalidad de prohibición relativa a dicha colusión horizontal. Debe considerarse que la concertación de precios, bajo esta decisión, se presume como restrictiva de la competencia (artículo 7), lo que admite prueba en contrario. En consecuencia, en el escenario comunitario andino se deberá acreditar el efecto restrictivo sobre la competencia que exige la Decisión 608 para determinar la existencia de una infracción.

Otro tema de especial importancia que la LRCA introduce es el pleno carácter administrativo del sistema de defensa de la libre competencia. Ello, por cuanto el control de las conductas anticompetitivas se encuentra bajo la definición de competencia primaria, es decir “[n]o podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas” correspondientes (disposición complementaria final primera). Por lo que agotada la vía administrativa, quien considere que ha recibido un daño por causa de la conducta anticompetitiva declarada podrá demandar indemnización por daños y perjuicios ante el Poder Judicial (artículo 49). Esta definición absoluta de esquema administrativo para el sistema de defensa de la libre competencia provocó la derogación de

los tipos penales definidos en el Código Penal como abuso de poder económico, acaparamiento y fraude colusorio en remates, licitaciones y concursos públicos (artículos 232, 233 y 241, numeral 3), que habían sido de nula aplicación y que se mantenían como un peligro en el trámite de los procedimientos administrativos en estas materias bajo la ley antecesora, pues su actuación ante el Poder Judicial podía suspender los procedimientos

administrativos y permitir al imputado lograr una pena mínima o suspendida en sede judicial.

Finalmente, queda pendiente esperar que, en el futuro, toda disposición de la LRCA sea interpretada en sede administrativa y judicial, así como observada por toda entidad del Estado, bajo la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

EDUCACIÓN LEGAL: “LA ÚNICA MANERA DE PROTEGER LA LIBERTAD INTELECTUAL DE LOS ESTUDIANTES ES MANIFESTAR RESPETO POR AQUELLOS COLEGAS NUESTROS QUE MANTIENEN POSICIONES MUY DISTINTAS A LAS NUESTRAS”

Entrevista a Martha Nussbaum^{***}

La labor de los abogados encuentra sus raíces más allá de la práctica profesional: en la educación que recibimos en las facultades.

¿Qué es lo que hace falta, entonces, para que en nuestro país se logren desarrollar las potencialidades humanas de los estudiantes de Derecho? La profesora Martha Nussbaum visitó nuestra casa de estudios hace poco, ofreciendo alternativas basadas en la educación humanista y el autocuestionamiento.

THEMIS aprovechó la oportunidad para plantear, en una breve entrevista, la discusión alrededor de esta propuesta y la educación filosófica para abogados.

^{*} Graduada en Filosofía por la Universidad de Harvard. PhD en Filosofía por la Universidad de Harvard. Ernst Freund Distinguished Service Professor of Law and Ethics en la Universidad de Chicago.

^{**} La entrevista fue realizada por Monica Nuñez, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS. Las preguntas fueron elaboradas por la Comisión de Contenido de THEMIS.

1. **En un mundo filosófico como el nuestro (donde las ideas y conceptos filosóficos son comprendidos o incomprensibles, para bien o para mal, y la acción se emprende como resultado de este entendimiento), ¿cuáles son las consecuencias que puede tener ignorar la enseñanza de la Filosofía del Derecho en la Universidad?**

En los Estados Unidos, mediante la expresión "Filosofía del Derecho" nos referimos a la naturaleza de la ley; ello es usualmente conocido como "jurisprudencia analítica" y se entiende relacionada con el trabajo de pensadores como Hart y Raz. Considero que este análisis es útil pero poco esencial para los abogados en formación. Sin embargo, la Filosofía y la Ley coinciden en muchos otros temas: la igualdad, autonomía, privacidad, libertad de credo y tolerancia, la naturaleza del género y la raza; son todos temas que han sido investigados también por filósofos, y considero que exponer esta reflexión filosófica a las clases de Derecho es muy importante.

Si no fuera por la contribución que hace la filosofía, peligraría que muchas áreas del Derecho sean enseñadas sin suficiente claridad reflexiva. Existe también la influencia de la Economía, que se difunde a lo largo de toda la currícula de la enseñanza del Derecho, muchas veces oscureciendo debates normativos importantes. Si yo tuviera que elegir un curso de Filosofía que todos los estudiantes de Derecho deberían seguir, creo que sería uno sobre teorías de la justicia social y la igualdad.

Por supuesto que en los Estados Unidos muchos estudiantes de Derecho siguen estos cursos como parte de sus estudios de pregrado, ello dado a que seguimos un sistema liberal de artes y el Derecho constituye nuestro segundo grado. Aun así, el aprendizaje aprehendido en años anteriores necesita ser reforzado dentro de la currícula profesional.

2. **En "Use and Abuse of Philosophy in Legal Education", usted sugiere que "la enseñanza de la Filosofía en las facultades de Derecho, si es que debe desarrollarse, debería estar a cargo de filósofos profesionales"; de acuerdo con dicha afirmación, ¿considera que un filósofo profesional sería la mejor opción para dar lecciones de Filosofía en una facultad de Derecho o cree, por el contrario, que un abogado podría ser la mejor opción para enseñar dicha materia? ¿No sería**

lo mismo afirmar que un abogado no puede enseñar Filosofía del Derecho por su reducido conocimiento de la materia filosófica que afirmar que un filósofo tampoco podría hacerlo por su falta de conocimiento acerca de los temas y problemática legal? ¿Considera que la contratación de filósofos profesionales, sin importar qué tan cercana es su formación al ámbito legal, constituiría una reducción de la materia legal en Filosofía del Derecho?

Los filósofos profesionales que enseñan Derecho necesariamente deben saber mucho del tema, e invertir mucho tiempo en la interacción con sus colegas abogados. Esa es la manera en que yo intento hacerlo, e incluso tengo a mi cargo cursos regulares de Derecho, como el curso de Religión y la Primera Enmienda. También es importante tener filósofos graduados en áreas del Derecho. El segundo filósofo profesional que fue contratado en nuestra facultad es Brian Leiter, quien de hecho tiene un título en Derecho. Así que estoy de acuerdo con ustedes en que no es deseable una separación entre los filósofos y los abogados. Una opción interesante es la de tener cátedras compartidas. He dictado clases con una variedad de colegas en Derecho y siempre he logrado aprender mucho de ellos, así como los estudiantes aprenden mucho de nuestra interacción.

3. **En "Cultivating Humanity in Legal Education", usted menciona que una de las tres capacidades que prepararán a un estudiante para un mundo entrelazado es la Autoevaluación Socrática: "...los estudiantes necesitan pensar de modo reflexivo acerca de los valores de su sociedad, aprendiendo a defender los valores acertados y a criticar los que no pasen el test de deliberación". ¿Cómo cree usted que esta capacidad se relaciona con la tolerancia? ¿Cree usted que se podrían reconocer valores distintos a los de su sociedad? ¿Llevaría eso a lo que usted llama "ciudadanía global"?**

No considero que la "tolerancia" sea el valor en que debemos enfocarnos. Ello sugeriría un reticente "vive y deja vivir", cuando aquello que necesitamos es un concepto más positivo; concretamente, un respeto a la igualdad entre personas. En los primeros días de la república estadounidense, los personajes líderes como Washington y Madison ya compartían esta idea, asociando la "tolerancia" con jerárquicas y anticuadas formas de pensar (las clases sociales

altas se resistían a permitir que las clases más bajas vivieran como querían), cuando lo que en realidad necesitaban era un entendimiento sobre la igualdad de derechos y respeto basado en dichos derechos.

Un respeto en igualdad significa conceder a las personas suficiente espacio para perseguir sus propios conceptos acerca de la vida, sean religiosos o seculares, siempre y cuando no infrinjan los derechos concedidos a otros. Considero que ello incluso requiere conceder a algunas personas concesiones sobre la ley imperativa, si es que dichas leyes vulneran su libertad de conciencia (por ejemplo, las normas sobre servicio militar, el uso de drogas u obligatoriedad de días laborales).

4. ¿Cómo podría una facultad de Derecho transmitir exitosamente los objetivos de sinceridad y justicia social al interior de sus aulas cuando muchos de los abogados más “exitosos” y reconocidos del país son conocidos por su falta de honestidad y valores? ¿Cómo puede combatirse el ideal profesional que equivocadamente mantiene la sociedad desde el interior de las facultades y clases de Derecho?

Considero que la deshonestidad en la profesión legal es amplia y fuertemente condenada. Luego de los escándalos de Enron y Worldcom, por ejemplo, muchos criticaron a los abogados implicados por no defender los estándares más altos de honestidad. Lo que no es condenado de la misma manera es la codicia en sí. Nuestros estudios de abogados se han convertido, y siguen haciéndolo, en máquinas productoras de dinero. Ellos contratan jóvenes asociados a los que pagan sueldos exorbitantes, para luego exigirles extremadamente extensos horarios de trabajo. El resultado es que estos jóvenes no tienen tiempo para meditar ni cambiar las cosas, así que el incremento en la escala de la codicia continúa. Nosotros, los académicos, no nos preocupamos mucho sobre ello; entrenamos a las personas para ser reflexivas y críticas, luego salen al mundo y nunca encuentran la oportunidad de poner en práctica lo aprendido; todo su tiempo deberá ser cobrado a algún cliente.

5. En el contexto de un país en desarrollo, como el Perú, los estudiantes no son exclu-

sivamente formados al interior de las aulas, sino que muchas veces se ven expuestos a graves condiciones de trabajo altamente especializado en una única área del Derecho, una situación en la que logran poco o nulo contacto con otras áreas del Derecho o profesiones distintas. ¿De qué manera afecta esto, positiva o negativamente, la calidad de vida a la que deberían aspirar? ¿Cómo contribuye esta situación al desarrollo de capacidades como el autoconocimiento, autogobierno, compasión y respeto por la diversidad?

De la misma manera que todas las facultades de Derecho de Estados Unidos; a través de una clínica legal que involucra a los estudiantes en proyectos de gran valor social como parte de su educación. Considero que se trata de una experiencia muy valiosa, sea que finalmente se dediquen al Derecho Público o no. Las facultades de Derecho en Estados Unidos también han empezado a conceder becas a aquellos estudiantes interesados en especializarse en el Derecho Público, de manera que puedan asumir el menor salario que recibirán. Pienso que deberíamos difundir estas iniciativas para incentivar a los estudiantes y evitar que consideren como única opción el trabajar para grandes firmas.

6. ¿Considera, al igual que Duncan Kennedy, que el positivismo constituye un obstáculo para el desarrollo del Derecho?

No estoy segura de qué fue lo que quiso decir al afirmar esto; imagino que podría ser algo similar a que si uno ignora las consecuencias políticas de la ley, se vuelva cada vez más difícil criticarlas. Estaría de acuerdo con esta afirmación hasta cierto punto: considero que esto significa que deberíamos estudiar las teorías normativas de la justicia social y acostumbrarnos a pensar cómo se encuentran vinculadas a ellas las distintas áreas del Derecho. No creo, sin embargo, que Duncan estaría de acuerdo con esto, dado que no es muy fanático de las teorías normativistas.

7. En una entrevista publicada en THEMIS – Revista de Derecho 50, Duncan Kennedy dijo que la controversia jurídica es parte del razonamiento jurídico¹. En ese sentido, intenta explicar que la Política no

¹ KENNEDY, Duncan. “La Controversia jurídica es parte del razonamiento jurídico”. Entrevista publicada en: THEMIS-Revista de Derecho 50. 2005. p. 327.

debe ser confinada a una pequeña fracción de nuestra carrera. Por el contrario, las facultades y profesores de Derecho deberían ser sinceros y admitir que la educación legal no es neutral, sino muy política. ¿Considera que esta sería una buena idea? ¿Constituiría un riesgo para la educación legal, dado que las facultades de Derecho podrían ser transformadas en espacios políticos en desmedro de su naturaleza educativa?

Estoy de acuerdo con Duncan en el hecho que no deberíamos ocultar la Política cuando se encuentra presente; por el contrario, deberíamos señalar dónde y de qué manera se manifiesta. Sin embargo, y tal vez a pesar de Duncan, considero que el argumento racional es posible entre personas que sostienen distintas posturas políticas, y que deberíamos mostrar nuestros argumentos, no sólo nuestra posición personal. En algunos casos, resulta útil esconder nuestra posición, de manera que nuestra autoridad no se imponga de manera radical sobre los estudiantes. En mi caso, eso no es posible, dado que he escrito mucho bajo una iluminación comprensiva y logrado que los estudiantes estén al tanto de los

argumentos que apoyan mi postura. En nuestra facultad de Derecho, al contrario de lo que sucede en muchas otras facultades del país, realmente existe un intercambio racional y respetuoso entre posturas políticas, grupos de trabajo y equipos docentes. Yo logro aprender mucho de las críticas de colegas de derecha como Richard Epstein y Richard Posner, y suelo dictar cátedra junto con el segundo. Una vez, en un cuestionario estudiantil, pregunte qué era lo que les gustaba de la clase; un estudiante respondió “el maravilloso espectáculo de presenciar a los profesores pelear”. Claro que esto no es solamente un espectáculo, sino una forma de vida. Desde mi punto de vista, es así como justificamos nuestra posición política: al confrontarla repetidamente con los más sólidos argumentos de posiciones alternativas.

Considero que es muy pernicioso que existan facciones políticas en una facultad de Derecho que no se comunican entre sí, e igualmente dañino que exista una ortodoxia política dominante que silencie estas posiciones. La única manera de proteger la libertad intelectual de los estudiantes es manifestar respeto por aquellos colegas nuestros que mantienen posiciones muy distintas a las nuestras.

“LA CONVICCIÓN DE QUE LA EMPRESA PÚBLICA NO ES LA SOLUCIÓN SE IRÁ EXTENDIENDO”*

Entrevista a Gaspar Ariño Ortiz** y Juan Miguel de la Cuétara Martínez***

El Derecho Regulatorio enfrenta nuevos retos en función a los cambios socio-políticos que se viven en todo el mundo, desde la integración europea, hasta el fraccionamiento social de los países en América Latina.

En el marco de los cambios vividos a nivel mundial, los autores comentan distintas materias relacionadas con el Derecho Regulatorio, tales como la “pretendida” flexibilización del principio de subsidiariedad en la actuación estatal, la técnica de la privatización, las condiciones para favorecer y dar seguridad a las empresas para la realización de sus actividades, entre otros, temas todos estos de gran actualidad y relevancia jurídica.

* La entrevista fue realizada sobre la base de preguntas preparadas por la comisión de Contenido de THEMIS, Alejandro Manayalle, ex director de la comisión de Contenido de THEMIS, José Goyburu, ex director de la comisión de Marketing de THEMIS y Willy Pedreschi, asociado del Estudio Benites, Forno & Ugaz. Agradecemos a los doctores Eloy Espinosa-Saldaña y Diego Zegarra, sin cuya colaboración hubiera sido imposible realizar la presente entrevista.

** Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Presidente de la Fundación de Estudios de Regulación. Ex Diputado del Congreso en la IV Legislatura y de la Comisión de Privatizaciones de España. Premio Luca de Tena y Premio de la Energía del Club Español de la Energía. Socio Principal del Estudio Ariño y Asociados.

*** Catedrático de Derecho Administrativo. Director de la Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructura en Red. Ex director del instituto de Desarrollo Regional de Canarias. Socio del Estudio Ariño y Asociados.

1. En términos generales, ¿cuándo es necesaria la regulación de infraestructura y servicios públicos?

La regulación es necesaria allí donde la falta de competencia impide el libre ajuste de la oferta y la demanda de bienes o servicios, y siempre que no se trate de “bienes públicos”, en el sentido económico del término. El libre uso de una playa para bañarse, por ejemplo, no hay que regularlo, pero los espacios para instalar hamacas o bares de playa sí, puesto que no hay sitio para todos los que desearían hacerlo. Del mismo modo, un servicio como el de abastecimiento domiciliario de agua o electricidad requiere regulación, al suministrarse de una única red, mientras que una librería no la requiere, puesto que se suministra de muchas editoriales y la oferta y demanda de libros funciona eficientemente.

2. Los sistemas regulatorios en muchas ocasiones no sólo formulan soluciones simulando la actuación del mercado sino que, además, están dirigidos a lograr determinadas políticas público-sociales. En este contexto, la regulación puede ser utilizada para defender intereses privados y fomentar la inversión, proteger intereses públicos y generar acceso universal o procurar el desarrollo de intereses mixtos. Para usted, ¿cuál de estos sistemas debe aplicarse en países en vía de desarrollo?

No existe un antagonismo esencial, inevitable, entre los intereses privados, públicos o mixtos. En un sector concreto, la inversión en infraestructuras, por ejemplo, puede fomentarse en defensa de los usuarios del futuro, lo cual es un interés público, aunque aparentemente ello beneficie el interés –privado– de los inversores de hoy. Lo importante de la regulación sectorial es que equilibre el sector y permita su desarrollo sostenible. Esto significa extender la base de usuarios y prestar servicio a todas las capas de la población; las políticas sociales, en cuanto colaboran a ello, deben ser bienvenidas. Si, en cambio y como muchas veces pasa, degradan la base económico-industrial de los servicios, desequilibrando el sector en favor de determinados colectivos, estas políticas deben reconocerse como lo que son: una interferencia en el correcto desenvolvimiento del sector, producida desde fuera, que sólo es admisible con una compensación económica destinada a reequilibrar sus parámetros básicos y, esencialmente, la cobertura de los costes de la prestación de los servicios. Esto es igualmente válido para los países en desarrollo y los desarrollados, e incluso diría-

mos que la descapitalización de los servicios esenciales (agua, energía, transportes, comunicaciones) derivada de políticas sociales mal aplicadas perjudica más a los países en desarrollo, que los necesitan más, que a los ya desarrollados, los cuales pueden permitirse reducir durante un tiempo su ritmo de inversiones en ellos.

3. ¿Cuáles son las principales herramientas que debe incorporar la regulación de actividades económicas y servicios públicos para promover la competencia y el ingreso de nuevos operadores al mercado?

A nuestro juicio, son todas aquellas que den certeza y previsibilidad a los agentes económicos que actúan en el sector, incluyendo en este concepto a los usuarios. La regulación debe procurar disminuir los costes de transacción que ella misma genera, los que inversores y operadores consideran parte del “riesgo regulatorio” que han de afrontar. La disminución de este riesgo es el mejor estímulo que cabe generar para la entrada de nuevos operadores y para la ampliación del número de usuarios, todo lo cual incrementa rápidamente la competencia. La estabilidad de la regulación, la seguridad de los títulos habilitantes y la adecuada motivación de las decisiones del regulador son algunas de estas herramientas.

4. ¿Cómo se puede conciliar el interés público en la actividad económica con la finalidad lucrativa de las empresas privadas? ¿Es justificable la tendencia de la responsabilidad social de la empresa o, más bien, ésta podría ahuyentar a las posibles inversiones?

El afán de lucro no tiene nada de malo; es, simplemente, un estímulo muy poderoso para la acción individual y colectiva, cuya degeneración en codicia o avaricia es lo realmente pernicioso para las sociedades en que se instala. Dicho de otro modo: en tanto el afán de lucro no conduzca al uso de medios delictivos o fraudulentos, debe verse como algo socialmente positivo, puesto que conduce a la acción y facilita la movilidad social. Su alternativa, la sociedad de clases inamovibles, en las que el paria o el aristócrata serán toda su vida aquello para lo que están predestinados, es inaceptable. La responsabilidad social de las empresas y sus parientes modernos, la responsabilidad ambiental o cultural, son una buena vacuna contra un exceso de ambición en sus directivos y, en este sentido, resultan muy positivas y no ahuyentan la inversión, sino que la hacen estable y duradera. Únicamente las empresas

especulativas o con claro afán de expolio pueden rechazarlas, pero éstas no son las empresas deseables para una economía sana.

5. **En países como Inglaterra y Estados Unidos, desde hace algún tiempo, se ha privatizado la administración de los centros penitenciarios. En la realidad latinoamericana encontramos un alto déficit en la prestación de este servicio. Por poner un ejemplo: el Penal de Lurigancho, una de las cárceles más antiguas del Perú, cuenta actualmente con más de 8,500 internos cuando fue concebida para albergar sólo 1,500. En estas circunstancias, ¿cuáles son los beneficios de la privatización? ¿Considera usted que la privatización de los centros penitenciarios es la mejor decisión para realidades como la nuestra?**

En los centros penitenciarios la privatización soluciona problemas tales como la financiación y construcción del edificio, el mantenimiento y limpieza de las instalaciones o la alimentación de los internos. Pero no los soluciona todos, ni pueden privatizarse potestades públicas irrenunciables, como son todas las vinculadas al uso de la fuerza para el control de la conducta de los presos. El derecho privado es el reino de la autonomía de la voluntad y de las relaciones entre iguales: carece de utilidad allí donde la voluntad está limitada o predeterminada (en las cárceles lo está, tanto para internos como para guardianes) y las relaciones son entre desiguales. La externalización de determinados servicios a empresas hosteleras, por ejemplo, puede traer capital y capacidad de gestión a los establecimientos penitenciarios, pero no los convierte en hoteles; esto debe quedar muy claro. En Latinoamérica, las cárceles mejorarán cuando mejore la justicia en general, cuando se la valore como se debe y se le den los medios necesarios a su función, no necesariamente con su privatización.

6. **¿Cuál es la diferencia esencial entre el modelo europeo de servicios públicos y el modelo norteamericano de *public utility regulation*?**

En lo esencial, los europeos contemplamos los servicios públicos como parte de nuestro "Estado del Bienestar", mientras que los norteamericanos regulan sus *public utilities* como parte de su sistema productivo. Hay otras diferencias, pero este cambio de perspectiva es lo más notable. En Europa, por ejemplo, el Derecho de la Competencia se aplica a los servicios públicos "en la

medida en que sea compatible con la misión de interés general" que sus gestores tienen encomendada por el Gobierno; en los Estados Unidos, lo importante no es tanto la "misión" gubernamentalmente establecida, cuanto el servicio que una "*public utility*" presta a otras actividades productivas y, por supuesto, a todos sus usuarios. Aunque el resultado sea parecido, es decir, aunque en ambos casos se excepcione o pueda excepcionarse el Derecho de la Competencia, que se sustituye por regulación, el acento es bien distinto.

7. **En nuestro país ha venido discutiéndose la posibilidad de la aplicación por la Administración Pública del control difuso. ¿Cuál es su opinión al respecto?**

Esta pregunta resulta complicada de responder. El problema del control difuso o concentrado de la constitucionalidad de las normas es un tema procesal, que afecta al modo en que los tribunales ordinarios se relacionan entre sí y con el Tribunal Constitucional. Es, en consecuencia, una cuestión propia del Poder Judicial, no del Ejecutivo, al que pertenece la Administración, por lo que, en principio, no debería afectarle. Ahora bien, un funcionario que estime inconstitucional una norma que está llamado a aplicar podría optar por inaplicarla, ante el deber de orden superior de respetar y aplicar la Constitución. En este caso, necesitaría el refrendo de sus superiores jerárquicos (puesto que de lo contrario serían estos quienes aplicarían la norma inicialmente bloqueada por este funcionario), cuya decisión sería recurrible ante los tribunales. Si se quiere llamar a esto "control difuso" puede hacerse, pero admitir con generalidad la inaplicación de las leyes por los funcionarios a causa de su pretendida inconstitucionalidad es un camino muy peligroso. En España se ha planteado la cuestión con la negativa de Alcaldes, e incluso Jueces, a celebrar bodas de homosexuales una vez admitidas por la ley. En cuanto esta negativa vulnera el "imperio de la ley", la cual no puede reputarse inconstitucional hasta que el Tribunal Constitucional así lo declare (tenemos control "concentrado"), tales rechazos no han sido admitidos, lo que es plenamente coherente con la división de poderes y el Estado de Derecho. Otra cosa sería que un funcionario concreto, acogido a la cláusula de conciencia, pida su sustitución o se autorecuse en un determinado asunto: aquí no hay negación de derechos ni calificación de inconstitucionalidad, por lo que, siempre que sea posible, deben atenderse estas posiciones. Pero esto, evidentemente, ya no es control difuso ni nada parecido.

8. **En Sudamérica actualmente se vive una corriente que propugna una mayor participación del Estado en las actividades económicas, reduciendo el estándar de subsidiaridad para dicha intervención. ¿Considera usted que dicha intervención estatal puede encontrar algún tipo de justificación?**

Para esta pregunta debemos partir de una premisa fundamental: bajo cualquiera de nuestras Constituciones pueden llegar al poder partidos más “colectivistas” y partidos más “privatistas”. Por supuesto ni los unos pueden anular la propiedad privada constitucionalmente garantizada, ni los otros pueden anular la capacidad de acción económica de los poderes públicos. Por tanto, la cuestión de más o menos intervención pública –con respeto a la propiedad privada– es una cuestión de política ordinaria, no de estándares constitucionales. Dicho esto, debemos decir que la vuelta a las empresas públicas, minimizando o vulnerando el principio de subsidiariedad, puede tener alguna justificación ideológica, pero no apoyarse en la técnica económica o en la experiencia histórica, que la invalidan como solución generalizable en un país o en un sector económico. Para decirlo claramente: si la población quiere tener más empresas públicas y así lo decide con las reglas de juego democráticas, puede tenerlas; al fin y al cabo, la auténtica libertad es la libertad de equivocarse, y el principio de subsidiariedad (que no es otra cosa que la tradicional libertad de comercio e industria bajo otra formulación) sólo dice que la iniciativa privada debe tener espacio suficiente para desarrollarse, sin que, como tal principio, alcance a impedir la creación de “esta” o “aquella” empresa pública que los gobernantes crean necesaria para el bien común, al menos en tanto no lleve a la expulsión de las privadas del sector de que se trate.

9. **En su opinión, ¿existen actividades o empresas que deben mantenerse bajo el control estatal por su alegado carácter “estratégico”? Por ejemplo, en el Perú, éste ha sido el argumento para evitar la privatización del agua, así como de la empresa nacional de petróleo; lo mismo que en Chile, en lo referente a las empresas de extracción minera.**

Repetimos que ésta es una cuestión de política ordinaria, una decisión colectiva que cada país debe adoptar. Lo que ocurre es que ningún país está aislado, ni puede vivir completamente aparte de la comunidad internacional. En Europa

estamos controlando las apelaciones al “carácter estratégico” de las empresas a partir de los compromisos asumidos con el ingreso en la Unión. La libre iniciativa y la competencia son la base del Mercado Común, con el que estamos razonablemente satisfechos, aunque el derecho europeo –debemos advertir– no excluye *per se* a las empresas públicas. En algunos casos aún queda bastante por hacer, como se comprueba en nuestro actual debate sobre los “campeones nacionales” y la garantía del suministro en el sector eléctrico; no obstante, vamos avanzando. Latinoamérica también lo hace, con los tratados de libre comercio o los compromisos asumidos ante la Organización Mundial de Comercio (Mercosur y la Comunidad Andina son, a estos efectos, más propósito que realidad). Allí donde se acepte la liberalización y las inversiones extranjeras, debe seguir la privatización, y esto es lo que se está haciendo cada vez en más países y en más sectores. Probablemente Latinoamérica, sobre todo en los sectores energético y minero, pase por una fase de empresas mixtas o fórmulas de participación público-privada para mantener la presencia pública en estos sectores. Pero, al final, la convicción de que la empresa pública no es la solución se irá extendiendo.

10. **Varios autores argentinos, sobre la base de la crisis vivida en ese país, han afirmado que existe un Derecho Regulatorio de crisis, es decir, que en momentos de crisis económica, el Estado tiene la facultad de modificar el marco regulatorio para intentar reducir el impacto de la crisis sobre los ciudadanos. ¿Cuál es su opinión respecto de este punto?**

Si la crisis es efectivamente profunda, determinante de un trastorno drástico del entorno comercial e industrial, sobrevenido, imprevisible e irresistible, ciertamente es posible la aplicación del viejo brocardo “*salus populi suprema lex*” (la salvación del pueblo es la ley suprema). Esto, más que un “Derecho Regulatorio de Crisis”, supondría la suspensión de la legalidad ordinaria (que es lo que se hace en todo Estado de Excepción), que se recuperaría pasada la crisis. En ese momento habría que evaluar las cargas que unos y otros hubieron de soportar durante la crisis. Las que se distribuyeron por igual entre toda la población (el empobrecimiento generalizado derivado de una devaluación, por ejemplo) no serían indemnizables, mientras que sí lo serían las que gravaran diferencialmente a una persona o grupo de personas, en condiciones que éstas no estuvieran obligadas a soportar; por ejemplo,

las congelaciones tarifarias de las empresas concesionarias de servicio público, con expropiación temporal de sus derechos contractuales. Una cosa es que el servicio deba funcionar incluso en tiempo de crisis, y otra es que deba hacerlo exclusivamente a costa de la empresa concesionaria, como quieren hacer creer los partidarios de ese "Derecho Regulatorio" en el que se llama "renegociación" al recorte definitivo de derechos contractuales. En tiempo de crisis los contratos

pueden suspenderse; pero, superada la crisis, los contratos deben reequilibrarse o liquidarse con justicia. A esto y no a otra cosa obliga la cláusula implícita "*rebus sic stantibus*", como bien saben los estudiantes de Derecho, a quienes, tras esta última respuesta, dirigimos un saludo muy afectuoso y animamos a perseverar en su empeño de conseguir una buena formación jurídica por todos los medios a su alcance.

Gaspar Ariño Ortiz
Juan Miguel de la Cuétara Martínez

PERSUASIÓN Y LITIGIO ARBITRAL: ¿CÓMO APROVECHAR LA PRUEBA TESTIMONIAL PARA PERSUADIR A LA AUTORIDAD ARBITRAL DE NUESTRA VERDAD?

Huáscar Ezcurra Rivero*

Para ganar un arbitraje, cada una de las partes tratará de convencer al Tribunal Arbitral sobre “su verdad”. Para lograrlo, el autor sostiene que son los hechos del caso y la forma en que éstos se presentan los que van a definir la decisión del Tribunal.

En este sentido, en el presente artículo se desarrolla la importancia de la prueba testimonial para lograr la persuasión del Tribunal. Con ese fin, el autor explica diversas estrategias para un buen desarrollo del interrogatorio y contra-interrogatorio.

* Abogado Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra. Master en Derecho por la Universidad de Yale. Profesor del curso Destrezas Legales en la PUCP.

Aquellas disputas en las que los hechos que motivaron la discrepancia son favorables a una de las partes (y lo son claramente), son las que usualmente se resuelven a través de un acuerdo o transacción. Las partes normalmente arreglan, y rara vez se origina un proceso arbitral en estos casos. La razón es muy simple: ambas partes están de acuerdo en que el arbitraje tendría un claro ganador y un claro perdedor; entonces, ¿para qué asumir el costo de un proceso si ya saben cómo se decidirá? Mejor se ahorran dicho costo, se reconocen como ganadores y/o perdedores, según el caso, y se reparten entre ambas el beneficio de no litigar. ¿Cuáles son entonces los casos que usualmente terminan en proceso arbitral (nos referimos por supuesto a aquellos en que se hubiera pactado el arbitraje como medio de resolución de disputas)? Aquellos en los cuales si bien existen hechos que favorecen a una parte, también existen otros que favorecen a la otra. Los hechos del caso representan ventajas y debilidades para ambas, por lo que para ellas, no existe un claro ganador. El tema es debatible, interpretable, cada parte tiene su propia interpretación y visión de los hechos del caso. Ambas creen que pueden ganar algo en un arbitraje y, por tanto, no existe espacio para un arreglo.

I. DOS VERDADES EN COMPETENCIA

Un arbitraje, entonces, es el espacio en el cual cada parte presentará su propia versión de los hechos, su propia verdad (destacando la importancia de los hechos que la favorecen y reduciendo la importancia de los hechos que la perjudican), y el Tribunal Arbitral designado decidirá cuál de las historias presentadas será la suya o, si ninguna de las historias presentadas lo convenció, creará su propia versión de los hechos.

En mi experiencia, los hechos del caso y la forma en que éstos son presentados, son los que definen la decisión de un Tribunal Arbitral. Digamos que el 60% de su éxito dependerá de qué tan persuasivos fueron en la presentación de los hechos ante el Tribunal. El derecho aplicable es fundamental, sin duda. No obstante, los árbitros ya conocen el derecho. Para ellos, usualmente, es muy poco lo que los abogados podemos aportarles para su tarea de interpretación y aplicación de la ley al caso concreto. Pero en cuanto a los hechos del caso, el Tribunal sí que nos necesita. Depende de nosotros. Somos, en ese sentido, **colaboradores** del Tribunal en su proceso de reconstrucción de los hechos. Es a través nuestro, de los escritos que presentemos, de la evidencia que aportemos y finalmente, de nuestro informe oral, que el Tribunal se enterará de los hechos y al

final decidirá cuál, si alguna, es la historia que lo persuadió.

Entonces, en todo proceso arbitral habrá siempre dos historias que compiten entre sí por ser la que el Tribunal, finalmente, hará suya al momento de laudar.

La pregunta es, ¿cómo ganar esa competencia? ¿Cómo ser más efectivo para persuadir de que nuestra historia es la real? De eso justamente trata este trabajo. Puntualmente, en este trabajo nos referiremos a la prueba testimonial. ¿Cuáles son las ventajas que ofrece la prueba testimonial para probar de modo efectivo nuestra historia? ¿Por qué es importante la prueba testimonial para el objetivo de persuadir? ¿Cómo usar y aprovechar la prueba testimonial de modo más efectivo?

Las ideas, comentarios, reflexiones y sugerencias que contiene el presente trabajo son el resultado de algunas experiencias como abogado patrocinante en procedimientos arbitrales y de lo estudiado para enfrentarme mejor a dichas experiencias. Mucho se ha escrito sobre técnicas para interrogar testigos; este trabajo es simplemente uno que combinando algo de lo aprendido con algo de lo leído, busca aportar algunas reflexiones sobre cómo ser un mejor abogado litigante y divertirse mucho en el camino.

II. ¿CUÁLES SON LAS VENTAJAS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL? ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE PARA PROBAR UNA HISTORIA?

Nuestro poder para persuadir al Tribunal Arbitral que decidirá nuestro caso es uno cuando la historia la escribimos o la contamos los abogados, y es otro, completamente distinto, cuando la historia la cuentan o, mejor todavía, la **muestran**, los mismos protagonistas. La diferencia entre uno y otro caso es abismal. Es una diferencia similar a la que podría existir entre que alguien nos cuente lo bella que es una determinada pintura y, en lugar de eso, ver su belleza directamente, con nuestros propios ojos. En otro ejemplo, es una diferencia similar a la que existe entre leer en los periódicos sobre un accidente de tránsito, y escuchar a las víctimas del accidente explicando lo que vivieron, sintieron y sufrieron. La historia llega más y mejor cuando la vemos **directamente**. Es allí cuando realmente sentimos la historia y nos inclinamos emocionalmente por uno u otro de los involucrados.

Lo mismo le ocurre al Tribunal Arbitral que resolverá nuestro caso. Más claro todavía si se

considera que la decisión que tomará el Tribunal Arbitral suele ser el resultado de cómo el Tribunal se siente emocionalmente frente al caso. ¿Cuál es la posición más justa? ¿Quién abusó y quién es la víctima? Estas son algunas de las preguntas que según el caso podría hacerse el Tribunal Arbitral. La respuesta a éstas es, primero, pura-mente emocional. Una vez dada la respuesta, el caso está prácticamente decidido. Luego, habrá que simplemente darle el toque legal. En ese sentido, la historia que suele ganar es aquella que logró tocar emocionalmente al Tribunal Arbitral y tiene además una teoría legal que la respalde. Entender esto es fundamental para los abogados que patrocinamos casos y para la definición de la estrategia más efectiva para persuadir al Tribunal de nuestra historia.

Entonces, para persuadir al Tribunal de nuestra historia, será más efectivo **mostrársela** a través de los protagonistas, antes que escribir cientos de páginas con argumentos legales y citas a la doctrina más autorizada. Se dice que una foto vale más que mil palabras. Ello es tan cierto como que un testimonio bien logrado es más efectivo que un brillante argumento legal. No pretendo decir con lo anterior –no se me malentienda– que los argumentos legales no importan ni que la rigurosidad del planteamiento legal sea de poco valor. Por el contrario, doy por sentado que ustedes y sus competidores en la defensa de un caso serán rigurosos en sus planteamientos y fundamentos legales. Doy por sentado que los abogados del demandante, así como los abogados del demandado, presentarán defensas con una teoría legal sólida de respaldo a las pretensiones planteadas. Entonces, la profundidad y rigurosidad del análisis legal de su caso los pondrá en igualdad de condiciones ante el Tribunal. Mi punto es que, para hacer una diferencia en la competencia y ser exitosos en la defensa (esto es, para ganar) requerirán de mucho más que el argumento legal; requerirán de la fuerza que los hechos del caso presentados de forma persuasiva, le dan a la defensa (si logramos presentar los hechos del caso de forma persuasiva), mostrando el problema **humano** que está detrás de todo problema legal. Los árbitros, créanme, se interesarán más por las personas, por el problema humano, que por sus impecables argumentos legales.

Como explica Steven D. Stark, “(e)nfrentenlo: los jueces se consideran expertos en la ley. No importa lo que les digan acerca de la ley, ellos tomarán su interpretación como una que tiene mucha sal. En cambio, tus hechos son nuevos y mejor conocidos por ti; tu habilidad de ser persuasivo a través de ellos es entonces mucho mayor. Dale los hechos al Juez y podrás hacerlo cambiar de opinión. Dale la ley y ellos seguirán necesitando los hechos”¹.

Es fundamental, por tanto, diseñar estrategias de defensa orientadas a satisfacer su interés y a tocar ese lado emocional que, como se comentó más arriba, será determinante para la decisión final que tome el Tribunal.

Destacando la importancia de los hechos, Steven D. Stark ha dicho también, entre otras cosas, lo siguiente: “(...) son una forma de apelar a los sentimientos del Juez o del lector²” (el subrayado es nuestro). Si el tema es uno de persuasión, debemos entonces buscar tocar los sentimientos de la autoridad, tocar sus emociones. Sustentar nuestro caso en los hechos y en las personas involucradas, es clave para nuestro trabajo de persuasión.

III. EL VALOR DE LA PALABRA Y EL USO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL ARBITRAJE

Sin embargo, es interesante observar que en la práctica arbitral doméstica (fundamentalmente me refiero al arbitraje comercial local), la prueba testimonial se utiliza muy poco. La pregunta obvia es, ¿por qué, si puede ser tan útil para la tarea de persuadir? Mi impresión es que ello tiene que ver, principalmente, con dos razones. La primera razón es que en nuestro país (y podría decirse que lo mismo aplica en la mayor parte de países latino-americanos), la palabra está devaluada, desprestigiada. Simplemente, la palabra vale muy poco. Se cree que los testigos mentirán si es necesario. Nuestra cultura (latinoamericana) es una en la cual se asume que el testigo de cada parte dirá lo que la parte que lo ofreció le diga que tiene que decir. Mentirá si es necesario hacerlo. Y esto, por supuesto, no es sólo lo que creen los abogados patrocinantes, sino también lo creen quienes conforman los Tribunales Arbitrales.

¹ STARK, Steven D. “Writing to Win: The legal Writer”. New York: Broadway Books. 1999. pp. 71- 72. Traducción libre del siguiente texto: “Face it: judges consider themselves experts in law. No matter what you tell them about it, they are going to take your interpretation with about fifteen grains of salt. In contrast, your facts are new and best known to you; your ability to be persuasive with them is far greater. Give judges the facts in a case and they can make up their minds. Give them the law and they still need to know the facts.”

² Ibid. p. 71. Traducción libre del siguiente texto: “(...) They are a way to appeal to a judge’s or reader’s feelings.”

Entonces, ¿para qué desgastarse escuchando a testigos que dirán lo mismo que los abogados?

La segunda razón es que considerando que la prueba testimonial tiene muy poco uso, los abogados tenemos muy poca, si alguna, experiencia en desarrollar interrogatorios efectivos para la tarea de persuadir. ¿Cómo hacerlo bien si nunca lo hemos hecho, o lo hacemos muy poco? Los abogados, entonces, tenemos una tendencia natural a preferir la prueba documental. Nos sentimos más cómodos “probando” con papeles y más papeles. Los papeles hablan por sí solos. ¿Para qué asumir el costo de probar nuestro caso con testigos –para lo cual no nos sentimos preparados– si nuestra cultura, como se explica arriba, sería una que asigna poco valor a la prueba testimonial?

Téngase en cuenta, además, que el uso de la prueba testimonial como medio de prueba –si uno pretende que la prueba sea efectiva para ganar el caso– demandará muchísima dedicación de los abogados a cargo de la defensa. En primer lugar, durante la definición de la estrategia, hay que dedicar el tiempo que sea necesario a determinar si es conveniente ofrecer testigos y determinar quiénes reúnen las condiciones para ser buenos testigos. Esta tarea, bien llevada a cabo, involucrará conocer a los potenciales testigos, entrevistarlos y evaluarlos para la tarea. Definido lo anterior, hay que dedicar muchas horas (y créanme, muchas realmente) a preparar a nuestros testigos para el día de su declaración, así como a prepararnos nosotros mismos para su interrogatorio (*Direct Examination*). Tenemos que dedicar, además, todas las horas que sean necesarias para practicar el contra-interrogatorio (*Cross Examination*) a los testigos que sean ofrecidos por la otra parte. Mi experiencia es que la preparación para las audiencias de interrogatorios y contra-interrogatorios, según el caso, pueden requerir cinco veces más tiempo que el tiempo que usualmente dedicamos a la preparación de la demanda o de la contestación, según el caso.

Entonces, utilizar la prueba de testigos para nuestra defensa impondrá un costo en horas/hombre muchísimo mayor que cuando la defensa gira solamente alrededor de la prueba documental. ¿Vale la pena asumir este costo si la cultura imperante es una según la cual la palabra no vale nada? Los abogados suelen llegar a la conclusión que la prueba testimonial simplemente no vale lo que cuesta, por eso no la usan, o la usan muy poco.

Mi impresión, sin embargo, es que están equivocados. Estoy convencido de que aquellos que introduzcan de modo efectivo la prueba testimonial como parte de su estrategia de defensa, mostrarán las razones por las cuales vale la pena el esfuerzo.

Hace dos años, tuve la suerte de participar con Alfredo Bullard y Juan Chang (dos abogados del estudio donde trabajo) en una audiencia de interrogatorios de testigos que duró más de veinte días. Fue un arbitraje internacional en el que asumimos la defensa de una empresa peruana frente a un contratista internacional. La defensa del contratista internacional estuvo a cargo de dos distinguidos abogados de una prestigiosa firma europea. Durante la audiencia de interrogatorios, desfilaron alrededor de veinte testigos (entre testigos de hechos y testigos expertos) para ser interrogados por los abogados que estábamos a cargo de la defensa de las dos partes en litigio. La experiencia fue muy interesante e instructiva. Entre otras cosas, fue interesante observar cómo dos paradigmas culturales se enfrentaban. Para nuestros oponentes, la prueba testimonial era fundamental para probar su caso (los hechos de su caso y el sustento técnico de su caso). En efecto, ofrecieron más de veinte testigos para ese fin. El paradigma europeo (o de países del *common law*) es que el testimonio constituye evidencia, a menos que se pruebe lo contrario. La palabra vale. Para nosotros, en cambio, la prueba de testigos era sólo de relativa importancia; presentamos cuatro testigos, y no nos preocupaba que ellos (nuestros distinguidos oponentes) tuvieran a más de una docena de miembros de la empresa desfilando con el mismo discurso ante el Tribunal. Asumimos que nadie les creería a los testigos que estaban bajo el control de la misma parte que los ofreció (me refiero puntualmente a los testigos de hechos), sobre todo si –como en efecto ocurrió– todos decían exactamente lo mismo. Nuestro paradigma, por supuesto (más propio de países del *Civil Law*), era uno según el cual la palabra no vale, a menos que se pruebe lo contrario. No les contaré si nuestra asunción fue equivocada o correcta. Menos les contaré quien ganó el caso y por qué. Ese podría ser material para otro trabajo.

Lo que sí puedo compartir con ustedes es que la mayor lección de las largas jornadas de interrogatorios (sí que fueron largas) fue que los testimonios, bien conducidos, podían ser sumamente efectivos para mostrar al Tribunal lo que realmente pasó (según la versión de cada parte). Descubrí que el uso y dominio de una buena técnica para interrogar es un arma muy poderosa para mostrar

la verdad de los hechos a través del testigo que ofreces (*Direct Examination*). Descubrí, también, que una buena técnica para contra-interrogar (*Cross Examination*) es sumamente poderosa para mostrar cuándo el testigo ofrecido por la otra parte no merece ninguna credibilidad. En suma, descubrí que muchas veces la mejor forma de probar tu historia y persuadir de tu caso al Tribunal es recurriendo a la prueba de testigos.

En buena parte, fue dicha experiencia en un arbitraje internacional la que me motivó a escribir este artículo. Dicha experiencia nos obligó a mis colegas y a mí a investigar y aprender sobre técnicas para interrogar o contra-interrogar testigos, técnicas para sacar de mejor forma la verdad de los hechos ante los ojos y en presencia del Tribunal.

Además, dicha experiencia viene marcando nuestra práctica arbitral local. En los arbitrajes que nos toca defender, la prueba testimonial se ha convertido en prueba privilegiada. Incluso en aquellos casos en los cuales la prueba documental contiene todo lo que en principio se necesitaría para probar nuestro caso, la prueba testimonial es un instrumento muy poderoso para la tarea de persuasión, pues permite que el Tribunal conozca a las personas que están detrás de los documentos. Permitir que el Tribunal conozca a las personas que negociaron el contrato, que discutieron el contenido de cada cláusula y que, luego, lo firmaron, le dará a nuestro caso **realidad**. Lograr que el Tribunal escuche a quienes escribieron las cartas que muestran la discrepancia, sirve para la tarea de mostrarle al Tribunal las personas de carne y hueso detrás del problema legal. Sirve para la tarea de mostrar el lado **humano** del problema. Además, los testimonios de quienes firmaron los documentos claves del caso (contratos, actas, correos, cartas, etcétera), sirven para que los abogados logremos que el Tribunal se entere de nuestro caso y los documentos claves para probarlo, utilizando como instrumento el interrogatorio y el contra-interrogatorio. Visto de esa forma, el interrogatorio y el contra-interrogatorio son oportunidades adicionales para que los abogados a cargo de la defensa **mostremos** oralmente al Tribunal nuestro caso y nuestra principal evidencia de sustento. El informe oral será la oportunidad final. ¿Para qué utilizar solamente una oportunidad de dirigirnos oralmente al Tribunal, si podemos utilizar **dos**?

Hasta ahora me he concentrado en darles lo que serían las razones por las que creo firmemente que la prueba testimonial es un instrumento poderosísimo para persuadir al Tribunal Arbitral

de nuestro caso y lograr ganar la competencia. En los puntos siguientes mostraré los aspectos que considero son centrales para llegar a manejar el instrumento (interrogatorios y contra-interrogatorios) con destreza suficiente como para lograr ser efectivos en la tarea de persuasión.

IV. EL *DIRECT EXAMINATION* DE NUESTRO TESTIGO

Por *Direct Examination* me refiero al interrogatorio que uno lleva adelante cuando interroga a sus propios testigos. Es decir, el interrogatorio del o los testigos que han sido ofrecidos por aquella parte a la que representamos. Se trata, en ese sentido, de un testigo que se encuentra, en principio, bajo el control de esta parte. Por ejemplo, son testigos bajo el control de nuestro patrocinado, los funcionarios o empleados de la empresa. Sin embargo, podría tratarse, igualmente, de un tercero completamente independiente que no esté bajo el control de nuestro patrocinado. Esto ocurre, por ejemplo, cuando ofrecemos como testigo a un contratista o a un cliente de nuestro patrocinado. No obstante, en ambos casos, ya sea que se trate de un testigo bajo el control de nuestro cliente o no, se trata de testigos ofrecidos por nosotros y, por lo tanto, sujetos a *Direct Examination*.

Una precisión adicional importante; por testigo me refiero tanto al testigo ofrecido por nosotros que informará sobre los **hechos** del caso (testigo de hechos) como al testigo ofrecido por nosotros que informará sobre aquellos aspectos **técnicos** del caso que podrían resultar centrales para nuestra defensa (testigo experto o perito).

Además, por declaración de testigo me refiero también, en sentido amplio, a la declaración del representante de la empresa.

Veamos en los puntos siguientes qué aspectos hay que considerar cuando decidimos ofrecer testigos para probar nuestro caso, y cómo debemos prepararnos y prepararlos para el interrogatorio.

A. Elijan bien a su testigo

Lo primero, es definir si realmente vale la pena ofrecer un testigo para probar nuestro caso y, lo segundo, es elegir bien quién o quiénes serán nuestros testigos.

Sobre lo primero, mi experiencia es que rara vez ocurre que **no** necesitamos de un testigo. Incluso si los hechos del caso no generan controversia (lo que es muy raro) y si el caso es uno que no

requiere de expertos que aclaren los aspectos técnicos de la disputa, mi opinión es que siempre es importante incluir como testigo, cuando menos, al representante de nuestro patrocinado (la llamada declaración del representante). Por las razones antes mencionadas, considero importante mostrarle al Tribunal Arbitral a las personas de carne y hueso que están detrás del problema legal.

Será por supuesto más clara la conveniencia de recurrir a la prueba testimonial cuando los hechos del caso se encuentren también en disputa.

Mostrar los hechos del caso a través de los **testigos de hechos** que ofrezcamos es fundamental. Asimismo, si la discusión es una que requiere del entendimiento sobre temas técnicos que claramente escapan al *expertise* de los árbitros, es fundamental que ofrezcamos **testigos expertos** para ese objetivo.

Definido que ofreceremos testigos, queda pendiente la tarea de elegir bien a quienes serán nuestros testigos. ¿Qué criterios debemos tener en cuenta para elegirlos? Para constituirse en efectivos colaboradores de la tarea de persuasión, yo diría que los testigos deben ser ante todo creíbles. La **credibilidad** es, en ese sentido, el requisito fundamental a considerar.

¿Qué se requiere para lograr credibilidad? Ser creíble tiene que ver con **generar confianza**. Y generar confianza exige, en primer lugar, tener la **experiencia, los conocimientos, o las calificaciones** –según sea el caso– como para absolver con absoluta solvencia todas las preguntas que sean formuladas durante un interrogatorio o un contra-interrogatorio.

Por ejemplo, si se trata de generar confianza al respecto de la testimonial que se prestará sobre los aspectos centrales de la negociación de un contrato, –negociación introducida como parte de la argumentación del caso pues se ha sugerido que la negociación sería relevante para comprender lo que las partes quisieron contratar–, el **testigo de hechos** que elijamos debe ser uno que conozca el **detalle** dichas negociaciones y, obviamente, que haya participado en ellas. Si, por el contrario, ofrecemos como testigo al Presidente de Directorio de nuestro patrocinado para probar cuál fue la voluntad de las partes manifestada durante las negociaciones, sin duda tendrá un conocimiento general del tema, pero sin embargo no participó en dichas negociaciones, por lo que será muy difícil que dicho testigo sea creíble, sobre todo si eventualmente se enfrenta a un testigo (ofrecido por la contraparte) que sí estuvo en dichas negociaciones y que prestará testimonio muy

detallado de lo que se dijo y no se dijo en dichas reuniones de negociación. Nuestro testigo simplemente no será creíble, por la simple razón que estaría prestando testimonio sobre algo que **no** conoce, o que conoce **menos** que el testigo ofrecido por la contraparte. Entonces, es clave que elijamos a aquel testigo que conoce los hechos a la perfección, porque estuvo allí mismo viviendo, construyendo, sintiendo y participando de los hechos que relatará ante el Tribunal Arbitral.

Por otro lado, si se trata de elegir a un **testigo experto**, su credibilidad estará en relación directamente proporcional a su experiencia y calificaciones en la materia. El tema es muy simple, tenemos que ofrecer como testigo experto al **mejor** en la materia. Si nuestro testigo experto es el mejor en la materia, y su posición técnica favorece nuestro caso, su testimonio es clave, y quizá definitivo. Si el tema técnico es uno muy sofisticado y no existen expertos en el mercado local, sugiero que incluso evalúen la conveniencia de recurrir al mercado internacional de expertos.

Finalmente, además de tener los conocimientos y calificaciones mencionados, para ser creíble es fundamental que nuestro testigo sea **buen comunicador**. Entonces, si tenemos la suerte de tener a disposición, por ejemplo, varios testigos de hechos que cumplen con el requisito de tener conocimiento pleno y detallado de los hechos, descarten a aquellos potenciales testigos que, luego de evaluarlos, ustedes concluyan que no serán buenos comunicadores durante el interrogatorio. Quédense únicamente con los buenos comunicadores. Un potencial testigo que, por ejemplo, no hable claro, que no logre sostener contacto visual con el Tribunal, o que se ponga sumamente nervioso, o que difícilmente podría manejar las presiones a las que sin duda será sometido por el abogado de la otra parte durante el contra-interrogatorio (*Cross Examination*), debería ser descartado. Es más, podría que se enfrenten a un caso en el cual sus únicos potenciales testigos merecen (todos) ser descartados, pues ninguno reúne el requisito de ser buen comunicador (no obstante que inviertan, en su caso, largas horas preparándolos). En un caso así, presentar testigos podría generar riesgos que no vale la pena tomar. Evalúen la decisión de ofrecer testigos; quizá una buena estrategia sea no presentar testigos y concentrarse en trabajar para **destruir** la credibilidad de los testigos de su oponente.

Cuando buscamos un testigo experto, sus dotes de **buen comunicador** adquieren mayor relevancia todavía. Se trata aquí de identificar a la

persona idónea para la tarea de dictar una cátedra al Tribunal Arbitral en la materia técnica de que se trate. Y, como lo haría cualquier buen profesor universitario, ser buen comunicador implica tener la capacidad para lograr el adecuado balance entre ser técnico y profundo, pero muy didáctico, simple y claro al mismo tiempo. El mejor termómetro para identificar y elegir bien a su testigo experto, son ustedes. Es simple, si ustedes no lo entienden, tengan por seguro que el Tribunal Arbitral tampoco. Usualmente ocurre que quien más conoce sobre tal o cual tema técnico —el experto en la materia— es a su vez un buen comunicador. Sin embargo, **no** se fíen. Entrevisten a su potencial experto y elijan sobre la base de su propia evaluación.

En conclusión, para elegir un buen testigo, la palabra clave es **credibilidad**. Si mi testigo es creíble, será persuasivo. Y para ser creíble, mi testigo debe conocer y tener las calificaciones, y debe, asimismo, ser un buen comunicador.

B. Mantengan el interrogatorio simple, visual e interesante³

Para persuadir y diseñar una estrategia conveniente al objetivo de ganar la competencia, debemos partir de conocer a nuestra audiencia (el Tribunal Arbitral). Sólo si somos sensibles a nuestra audiencia (si sabemos “leerlos” y “escucharlos”) y consideramos sus intereses, motivaciones y limitaciones, estaremos en mejor aptitud de construir una estrategia de defensa que tenga el poder de persuadirlos.

Entonces, es clave que consideremos y asumamos que nuestro Tribunal Arbitral tendrá atención limitada para escucharnos o aprender; tiempo limitado; y quizá hasta un interés limitado para aprender los detalles de nuestro caso. Incluso, asuman que su capacidad de concentración efectiva estará limitada a espacios de entre **15 y 30 minutos**; después de eso, la atención y la concentración decaerán indefectiblemente.

Los factores descritos son **barreras** que dificultarán nuestra tarea de comunicación y persuasión, entonces, ¿qué hacemos?

Estamos obligados a llevar adelante interrogatorios que cumplan con los requisitos de ser **cortos, simples, visuales, e interesantes**. Tenemos que trabajar muy duro en organizar nuestros interrogatorios de tal forma que tengan una estructura muy clara que permita **facilitarle** al Tribunal la recepción de la información que le estamos transmitiendo.

Por ejemplo, el dominio del uso de la **voz activa** (en lugar de voz pasiva); el dominio en el uso del tiempo **presente** cuando sea posible y conveniente; el cuidado de mantener el **contacto visual** entre el testigo que presta su declaración y los árbitros, así como entre ustedes y los árbitros; el dominio del volumen, la velocidad, las pausas y el tono, durante las preguntas y las respuestas, son todos elementos importantísimos para la tarea de lograr ser simples, visuales, interesantes y, con todo ello, persuasivos. Tenemos que considerarlos, trabajarlos, aprenderlos, y tenemos que lograr que nuestros testigos los incorporen a su testimonio.

Vinculado a lo anterior, usar un **lenguaje vívido** y visual, es fundamental. El testigo que está siendo interrogado debe estar preparado para **darle vida** a la historia respecto de la cual presta testimonio. El uso del tiempo presente, ayuda a esa tarea. Dedicar tiempo a que el testigo describa el **detalle** de lo que vio, sintió, tocó, dijo, murmuró, pensó, ayuda justamente a darle realidad a lo que se está respondiendo. No debe entonces simplemente contar la historia. Debe **mostrarla** y, con ello, permitir que el Tribunal la vea directamente.

El detalle es fundamental si queremos mostrar una historia persuasiva. En palabras de Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann, Jr., “(...) una historia que es rica en los detalles puede crear imágenes vivas en la mente de la audiencia. Puede con ello lograr hacer que los caracteres y los episodios de la historia adquieran vida propia”⁴.

En cuanto a la **estructura** del interrogatorio y las respuestas del testigo, sugiero que lo más importante vaya al inicio y al final. Los árbitros suelen recordar mejor lo que escucharon al inicio y lo que escucharon al final. Tengamos esto en cuenta

³ MAUET, Thomas A. “Trial Techniques”. Aspen Publishers. 2002. pp. 96, 106-108.

⁴ KRIEGER, Stefan H. Krieger y NEUMANN, Richard K. Jr. “Essential Lawyering Skills”. Segunda edición. Aspen Publishers. 2003. p. 168. Traducción libre del siguiente texto: “(...) a story that is rich in detail can create vivid images in the audience’s mind. It can make the characters and episodes come alive.”

cuando organicemos la estructura de nuestro interrogatorio.

Finalmente, para lograr interrogatorios visuales e interesantes –cuando sea posible y pertinente– usen instrumentos de apoyo⁵. Por ejemplo, el uso de **mapas** que reflejen la geografía del lugar en el que ocurrieron los hechos en disputa, para que el testigo haga las explicaciones necesarias durante sus respuestas a las preguntas que le formulemos, podría ser un instrumento muy poderoso para lograr que el Tribunal se sienta “transportado” al lugar de los hechos y logre una comprensión plena del problema. Nuevamente, “una foto vale más que mil palabras”. El uso de **fotos** como instrumento de apoyo es muy efectivo para que las respuestas del testigo sean claras, vívidas, simples e interesantes. Según el caso, el instrumento de apoyo podrá ser el uso de un video, o el uso de una proyección de *power point* que muestre los textos ampliados, cuadros de datos, gráficos o **curvas** que puedan ser relevantes para facilitar y simplificar la declaración del testigo.

C. Enfóquense en los hechos claves

Teniendo en cuenta las barreras a la comunicación que se mencionan arriba, es fundamental que no aspiren a que el interrogatorio sirva para que el Tribunal conozca la versión del testigo sobre **todos** los hechos del caso, o que conozca la versión del perito (o testigo experto) sobre **todos** los aspectos técnicos que sustentan su caso.

Si pretenden que su interrogatorio abarque todo, no lograrán abarcar nada. Concéntrense únicamente en los hechos claves, si se trata de un interrogatorio a testigos de hechos; así como en los temas técnicos claves, si se trata del interrogatorio de un testigo experto.

Si se focalizan en los temas clave, lograrán que, no obstante la complejidad del tema, el testimonio logre ser simple, claro e interesante. Y muy importante, lograrán que el testimonio sea escuchado y comprendido. En suma, que sea persuasivo.

D. El testigo es el protagonista⁶

Cuando interrogan un testigo ofrecido por su cliente, su rol es lograr que el testigo sea el **protagonista**. Ustedes dirigen. Deben simplemente

indicarle al testigo los temas que quieren que aborde, en qué orden, y con qué énfasis y, luego, él debe abordarlos con plena libertad. Ustedes disponen la estructura del interrogatorio. Elijen los temas clave. Los ordenan. Ponen un **zoom** cuando quieren que el testigo profundice un tema particular para beneficio de una mayor comprensión del Tribunal. Introducen *cámara lenta* cuando buscan que el Tribunal vea y sienta todo el detalle de lo que pasó. Ustedes son los directores. Ese es su rol como abogado a cargo del interrogatorio y, como tal, mucho mejor si pasan desapercibidos.

Para lograr el efecto de convertir al testigo en el claro protagonista, las preguntas que formulen, usualmente, deben ser **cortas** y nunca deben contener la respuesta (o una pista para ella). Se recomienda por tanto que hagan **preguntas abiertas**. Por ejemplo: *Señor Grimaldo, ¿podría usted explicar al Tribunal las condiciones que enfrentó la noche del 5 de diciembre de 1995 mientras excavaban en el Túnel 5?* Esta es una pregunta abierta en el sentido que le brinda al testigo (señor Grimaldo) la oportunidad de explicar, con total libertad, las circunstancias que enfrentó durante las excavaciones. Él protagoniza, ustedes simplemente indican el tema. Él responde con libertad lo que vivió, sintió y sufrió dicho 5 de diciembre de 1995 y, con ello, logra el efecto de “transportar” al Tribunal a la escena misma de los hechos. Eso determinará que su testimonio tenga verdad y credibilidad.

Si la pregunta en cambio fuera **cerrada**, el efecto sería completamente distinto: Pregunta: *Señor Grimaldo, ¿es cierto que la noche del 5 de diciembre de 1995 mientras excavaban en el Túnel 5 encontraron condiciones de roca muy desfavorables para excavar con la máquina Tunnel Boring Machine al punto que las cuchillas quedaron completamente atascadas? ¿Es cierto que incluso encontraron fuertes corrientes de agua muy fría que les llegaba hasta el tórax, lo que hizo prácticamente imposible (y muy riesgoso por cierto) continuar con los trabajos de excavación?* Respuesta: *Sí. Es cierto.* Aquí el abogado formuló una pregunta larga que contenía el detalle de la respuesta, y el testigo simplemente confirmó o negó; es decir que la respuesta del testigo simplemente confirmó la respuesta que en primera instancia dio el abo-

⁵ MAUET, Thomas A. Op. Cit. p. 112.

⁶ Ibid. pp. 109-111.

gado. Un testimonio sin credibilidad. Una pérdida del tiempo de todos los presentes.

E. La imagen importa

El protagonista tiene que estar listo y preparado para la ocasión en todo sentido. Entonces, así como hay que prepararlo para que aborde adecuadamente y con todo el detalle que sea necesario los temas claves que ustedes decidieron que serán parte de su testimonio, hay que prepararlo también para que el día del interrogatorio vista terno y corbata, si dicha vestimenta es la más adecuada para la imagen que queremos proyectar. No dejen que el testigo vista el día del interrogatorio como se le ocurra por la mañana. Ustedes deben haber abordado ese detalle también. Un testigo vestido inadecuadamente para la audiencia podría proyectar una imagen que tire por la borda todas las horas que invirtieron preparándose.

F. Prepárense a profundidad

Finalmente, sin un trabajo duro de respaldo, nada de lo anterior será efectivo para persuadir a la autoridad. Definir correctamente la estrategia, definir si realmente es conveniente ofrecer testigos como medio de prueba y qué tipo de testigos, son todos aspectos que requieren mucho de nuestro tiempo, del tiempo de nuestro cliente y tiempo del testigo. Debemos invertir muchísimo tiempo, primero, en conocer el problema, comprenderlo y, luego, en pensar reflexivamente sobre el problema y en las mejores alternativas de defensa para nuestro cliente. Demanda mucho tiempo (muchísimo) elegir bien al testigo, prepararlo para el interrogatorio y prepararse ustedes mismos. No obstante, deben hacerlo si buscan que el esfuerzo dé resultados. Cualquier trabajo a medias será una pérdida de tiempo. Sin descartar por supuesto que un trabajo a medias podrá significar que pierdan la competencia.

Como explican Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann Jr., "(l)o que la audiencia observa (la punta del iceberg o la parte visible de la performance del abogado) es una fracción muy pequeña del soporte de su trabajo (aquella parte del iceberg que está sumergida o el trabajo de

preparación para la *performance*). El *ratio* de preparación-*performance* en la abogacía fácilmente es de 15 ó 20 a 1. Puede tomar 10 horas preparar media hora de una sesión de asesoría a un cliente, y puede tomar 15 horas preparar una reunión de negociación que dura 2 horas"⁷.

No obstante el esfuerzo y las horas que prepararse bien para una audiencia pueda demandar, tienen que hacerlo. Ese es su compromiso ético con el cliente. No existe nada más vergonzoso que un abogado que durante el interrogatorio a su propio testigo, muestra que no conoce su propio caso y que ni siquiera conoce realmente a su testigo. He visto abogados que ni siquiera fueron capaces de formular correctamente las preguntas pues no manejaban los hechos de su propio caso o no manejaban los aspectos técnicos en discusión. He visto abogados que no hicieron una sola pregunta al testigo ofrecido por la otra parte, simplemente porque no se prepararon para la ocasión. Preferieron dejarla pasar, no obstante tratarse de un testigo que prestó testimonio que perjudicaba el caso de su cliente. He visto abogados que durante la audiencia tuvieron que "soplar" varias respuestas a su patrocinado pues simplemente –daba la impresión– jamás se reunieron con él para explicarle de qué trataría la audiencia de interrogatorios y menos los prepararon para el interrogatorio. Todo lo anterior lo he visto varias veces. Lamentablemente no ha sido la excepción. Piensen en lo efectivos que podrán ser si están debidamente preparados para la ocasión y el abogado de la otra parte no. La competencia comenzará a definirse a su favor.

La capacidad de improvisación y creatividad en el momento importan, sin duda. Hay abogados con mayor capacidad de improvisación y más creativos que otros. Algunos simplemente nacen con el don. Sin embargo, es cierto también que el abogado más preparado para el caso tiene mayores y mejores opciones de ser creativo e improvisar mejor. En otras palabras, un abogado creativo lo puede hacer bien, pero un abogado creativo preparado lo puede hacer aún mejor. Como dicen Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann, Jr., "(m)uy pocos problemas legales son resueltos por ideas brillantes en las que nadie había pensado con anterioridad. La mayor parte de los problemas

⁷ KRIEGER, Stefan H. Krieger y Richard K. Jr., NEUMANN. Op. Cit. pp. 8-9. Traducción libre del siguiente texto: "What the bystander sees (the tip of the iceberg or the visible part of the lawyers performance) is a tiny fraction of what supports it (the undersea part of the iceberg or the preparation for the performance). In lawyering, the ratio of preparation to performance can easily reach 15 or 20 to 1. It might take 10 hours to prepare for a half-hour counseling session with a client, and it might take 15 hours to prepare for a negotiating meeting that lasts 2 hours (...)."

legales son resueltos si es que diligentemente hemos aprendido todos los detalles que importan y los hemos organizado de tal forma de conseguir el resultado querido”⁸.

V. EL CROSS EXAMINATION AL TESTIGO PRESENTADO POR SU CONTRAPARTE

Me refiero aquí al caso en el cual su contraparte ofreció testigos como medio de prueba. El abogado de la contraparte decidió que la prueba testimonial ayudaría a probar el caso de su defendido, y preparó su interrogatorio (así como al testigo) para que la prueba sirva a dicha finalidad. Estoy utilizando el término de testigos, nuevamente, en sentido amplio, de tal forma de incluir en él, testigos de hechos, testigos expertos y la declaración de representantes.

Varias de las recomendaciones dadas arriba para la preparación de un interrogatorio aplican igualmente a la preparación de su contra-interrogatorio. En ese sentido, el contra-interrogatorio debe **ser simple, visual e interesante; debe estar focalizado únicamente en los hechos claves, y con el riesgo de decir lo obvio, deben prepararse a profundidad** para la ocasión.

Existen, sin embargo, algunos aspectos adicionales que deben considerar para estar mejor preparados para la tarea.

A. ¿Es aconsejable hacer un contra-interrogatorio?⁹

Luego de haber observado con detenimiento el interrogatorio llevado adelante por el abogado de la otra parte (*Direct Examination*), haber escuchado y tomado nota de las respuestas dadas por el testigo durante su testimonio, haber observado las reacciones del Tribunal (miradas, gestos, preguntas, silencios, etcétera) y, al mismo tiempo, haber pensado cómo todo ello impactará en su caso, lo primero que deben decidir es si verdaderamente vale la pena comenzar el contra-interrogatorio para el cual, por supuesto, ya están preparados. Me explico, ustedes deben estar listos para llevar adelante el contra-interrogatorio; deben haberse preparado a conciencia para ello. Sin embargo, antes de “jalar el gatillo y disparar”,

durante la misma audiencia y mientras escuchan el testimonio del testigo, deben pensar y decidir si siempre vale la pena asumir el riesgo de contra-interrogar. Tengan en cuenta que aquí (a diferencia del interrogatorio –*Direct Examination*), ustedes no están en control. Todo lo contrario, deben asumir que si su oponente hizo bien su trabajo, el testigo ha sido preparado para dificultarles la tarea. ¿Vale la pena asumir el riesgo de contra-interrogar? Esa es la pregunta que deben hacerse.

Deben preguntarse, por ejemplo, si se trata de un testigo importante, y si el testimonio que ha prestado dañó su caso. Si su testimonio no fue creíble o, en todo caso, lo tratado en él no ocasiona daño alguno a su caso, quizá sea una buena idea no contra-interrogarlo. Es más, en ocasiones el testigo podría haber omitido prestar testimonio sobre algún tema clave; el testimonio prestado podría haber generado evidencia que lo dejó mal parado. Lo más conveniente podría ser no contra-interrogarlo, pues hacerlo podría darle una oportunidad para completar su testimonio o precisarlo. No le demos la oportunidad de corregir. Puede ser que decir “*Señores del Tribunal no tengo preguntas para el testigo*” sea su mejor jugada.

Hay que hacer un pronóstico acerca de qué podrán lograr y obtener del testigo en un contra-interrogatorio, ¿qué espero obtener en el contra-interrogatorio? ¿Qué riesgos estoy asumiendo si hago el contra-interrogatorio? ¿Qué gano y qué pierdo?

El caso podría, también, ser uno en el cual el testigo, por sus antecedentes, su preparación, su conocimiento del detalle de los hechos, y la forma impecable en que prestó su testimonio, es creíble (muy creíble). Puede que además no tengamos “municiones” para mellar su credibilidad o sembrar cuestionamientos sobre su testimonio. Entonces quizá un contra-interrogatorio sería una nueva oportunidad del testigo para poner énfasis en aquella evidencia que daña nuestro caso. Quizá sea mejor no tocarlo.

Dicho de otra forma: no tomen riesgos innecesarios. Únicamente hagan un contra-interrogatorio cuando tienen probabilidades de sacarle provecho para la defensa, y los riesgos, que siempre existen, bien valen la pena el beneficio que esperan obtener.

⁸ Ibid. p. 9. Traducción libre del siguiente texto: “*Few legal problems are solved by astute insights that no one has thought of before. Most legal problems are solved by diligently learning the details that matter and putting them together into a package that gets results.*”

⁹ MAUET, Thomas A. Op. Cit. pp. 247-249.

B. ¿Cuál es el objetivo de un contra-interrogatorio?¹⁰

Definan claramente cuál será el objetivo de su contra-interrogatorio. El objetivo podría ser doble. Hay ocasiones en las que el testigo podría confirmar información o hechos que son favorables a nuestra defensa. Si de obtener dicha confirmación se trata, nuestro contra-interrogatorio debe ser organizado de tal forma que el testigo se sienta cómodo como para darnos lo que buscamos. Sean amigables. Muéstrenle que es más fácil de lo que le explicaron. Háganle sentir que no son los abogados agresivos que le dijeron que eran. Deben darle el tiempo suficientemente como para que se sienta cómodo, pase los nervios iniciales y confíe. Sí, que confíe en ustedes. Si logran generar dicho ambiente, estarán en mejor pie para obtener lo que buscan.

Habrán otras ocasiones, en cambio, en que el objetivo será llevar adelante un contra-interrogatorio destrutivo. Es probable, por ejemplo, que su trabajo deba orientarse a desacreditar el testigo de su contraparte. Su evidencia podría generar daño a su caso. Lo mejor, entonces, es mellar su credibilidad y lograr que su evidencia no tenga mérito como prueba. Por ejemplo, es muy efectivo para ese fin, mostrar que la opinión técnica del testigo experto que presentó su oponente, difiere (y hasta es contraria) con la posición técnica que él mismo sostuvo sobre un tema similar años atrás. Preguntarle primero si se ratifica en la opinión técnica presentada en el caso, lograr que la reconfirme, una y otra vez, de mil formas; luego, sin que lo espere, mostrarle en una proyección multimedia, ampliando, el artículo que publicó años atrás en el que opinó exactamente lo contrario; simplemente, lo dejará mudo a él y a sus abogados. El Tribunal tendrá más claro cuál testigo es creíble y cuál no. Habrán cumplido el objetivo.

El contra-interrogatorio destructivo, por supuesto, es completamente distinto al contra-interrogatorio en el que buscan una confirmación.

Si su contra-interrogatorio es uno en el que buscan lograr los dos objetivos: obtener confirmación de hechos o información claves y desacreditar al testigo, sugiero que primero traten de lograr obtener las confirmaciones que requieren y, luego,

comiencen con el contra-interrogatorio destructivo. Si lo hacen al revés, el testigo estará, como es obvio, indispuesto con ustedes, estará a la defensiva. No le sacarán nada. Invertir el orden podría tener impacto sustantivo en el resultado.

C. Pregunten sólo si conocen la respuesta¹¹

Si no conocen cómo responderá el testigo, no pregunten. Recuerda que en el contra-interrogatorio no tienen control del testigo y se enfrentan a un testigo que ha sido preparado (o debió ser preparado) para enfrentarlos. Considerando dicho riesgo, una de las reglas de oro de un contra-interrogatorio es que uno solamente pregunta cuando sabe cuál será la respuesta y, por supuesto, cuando sabe que la respuesta es una que proporciona evidencia que sirve para su caso.

La pregunta obvia es ¿por qué el testigo que fue preparado para enfrentarnos, daría respuestas que favorecen nuestro caso? La respuesta es muy simple: no tiene otra alternativa pues si responde distinto, ustedes mostrarán que mintió. Ustedes preguntarán cuando tengan el documento, la carta, el memo, el correo electrónico que muestra cuál tiene que ser la respuesta del testigo pues él firmó el documento, él lo escribió, él envió el correo. El testigo tendrá que confirmar el contenido de lo que firmó y, si lo niega, los documentos acabarán con su credibilidad.

D. Ustedes mandan¹²

A diferencia de lo que explicamos más arriba para el interrogatorio (*Direct Examination*), en el contra-interrogatorio, ustedes son los protagonistas, y el testigo, simplemente, debe responder afirmativa o negativamente a sus preguntas. Ustedes mandan. Ustedes lideran. El testigo debe responder sus preguntas. Ni más, ni menos. Los límites de su participación son trazados por el abogado a cargo, y el testigo debe ser llevado y dirigido por el abogado de tal forma que el testigo se mantenga siempre dentro de dichos límites. En ese sentido, un contra-interrogatorio bien manejado debe tener como desenlace que el Tribunal quede favorablemente impactado con la *performance* del abogado. El abogado es el protagonista esta vez.

En este caso, por tanto, las preguntas deben ser **cerradas**¹³.

¹⁰ Ibid. p. 250.

¹¹ Ibid. p. 252.

¹² Ibid. p. 257.

¹³ Ibid. pp. 254-256.

Por ejemplo: Pregunta: *Estimado señor Gutiérrez, ¿usted firmó la carta del 10 de mayo de 2007 que aparece en el expediente como Anexo B-3 (y que está proyectada en la pantalla), dirigida al Gerente General de su empresa mediante la cual dio instrucciones expresas para que se resolviera el Contrato de Distribución, no obstante, cito textualmente “no existir ninguna causal de resolución válida”?* ¿Es esa su firma señor Gutiérrez? Respuesta: *Sí, yo firmé.*

La pregunta cerrada, entonces, es aquella que no deja espacios para que el testigo se escape. Estas preguntas usualmente contienen un recuento de los hechos o de la información que es materia de la pregunta y al final, exigen una confirmación (Pregunta: *¿Coincidirá usted conmigo en que esta comunicación señor Gutiérrez muestra que no existía ni existe sustento contractual ni legal para resolver el Contrato?* Respuesta: *Bueno...mmm...sí. Eso es lo que dice la carta).*

Cuando el testigo sometido a contra-interrogatorio se enfrenta a una serie de preguntas cerradas que lo van llevando, indefectiblemente, a confirmar todo lo que el abogado a cargo del interrogatorio pretende que se confirme, el testigo comenzará a sentirse incómodo; sentirá angustia; sentirá nervios quizá y frustración también. Todos estos sentimientos colaboran con que el abogado a cargo logre los objetivos que se trazó.

Es altamente probable que el testigo trate de escaparse; es altamente probable que trate de evadir dar una respuesta directa y prefiera, saliéndose de la estructura de interrogatorio que ustedes plantearon, intentar dar explicaciones adicionales (que ustedes, por supuesto, no pidieron) o simplemente responder algo que no le preguntaron. Cuando ello ocurra, el abogado a cargo deberá mostrar quién está al mando. Debe insistir—con cordialidad y firmeza a la vez—en exigir al testigo que se limite a responder la pregunta. Y si el testigo insiste en evadir dar una respuesta, el trabajo del abogado consiste en hacer notar al Tribunal que el testigo se negó a responder. Y hacerlo notar una y otra vez, todas las veces que sea necesario. Corresponderá al Tribunal llamarle la atención e instruir al testigo para que responda. Incluso si no se logra que el testigo responda, ustedes ya habrán logrado el objetivo. Habrá quedado registrado en la grabación de la audiencia,

así como en la mente del Tribunal, que se trató de un testigo reticente a responder, un testigo que obstaculizó la prueba. Por tanto, un testigo cuyo testimonio, en todo lo que favorezca a la parte que lo ofreció, tendrá un mérito probatorio bastante discutible, si alguno.

Mantenerse al mando implica mantenerse por encima del testigo y las circunstancias. Si el testigo trata de sacarlos de sus casillas, se comporta de modo hostil o irrespetuoso; intenta argumentar con ustedes, o intenta asumir el control pretendiendo ser él quien efectúa las preguntas, ustedes deberán mantener su aplomo y, proyectando confianza, pedirle al Tribunal que lo llame al orden. Nunca argumenten con el testigo. Ustedes están por encima de él. En la audiencia, durante el contra-interrogatorio, ustedes son los jefes; y si el testigo se insubordina, y no atiende a las instrucciones, corresponderá que recurran al verdadero jefe (el Tribunal Arbitral) para que ponga fin a cualquier comportamiento inapro-piado.

VI. REGLA DE ORO: HONESTIDAD

El objetivo es persuadir. Para persuadir, es imprescindible ser creíble. Finalmente, para ser creíble, no hay nada más efectivo y poderoso que decir la verdad. Si creen que lo explicado en este trabajo les ayudará a prepararse y preparar a sus testigos para que, sin decir la verdad, puedan no obstante ser persuasivos, están completamente equivocados. No han comprendido nada. El punto de partida es ser honestos. Su testigo de hechos debe decir la verdad de los hechos. Igualmente, su testigo experto debe ser honesto con su posición técnica. No hay testigo más convincente que aquél que dice la verdad, aun cuando eso dañe en parte su caso. Eso justamente lo hace creíble.

Puesto en perspectiva, antes de que su contraparte lo haga, es preferible que ustedes tomen la iniciativa, que reconozcan aquellos hechos y evidencias que no convienen a su cliente, y les den una explicación ante el Tribunal. Con seguridad, su explicación (si no es forzada ni exagerada, esto es, es honesta) será más conveniente que aquella que dé el abogado de su contraparte¹⁴. Como ha explicado a este respecto Steven D. Stara, “(...) (c)onfesamos pequeñas faltas con la finalidad de sugerir que no tenemos grandes faltas”¹⁵.

¹⁴ STARK, Steven D. Op. Cit. p. 101.

¹⁵ Ibid. p. 73. Traducción Libre del siguiente texto: “We confess little faults in order to suggest that we have no big ones.”

Finalmente, lo explicado arriba, si se preparan a profundidad, les ayudará a descubrir a los testigos que mienten, los testigos que opinan lo que conviene a la parte que los ofreció, no obstante no creer firmemente en ello. Es preferible tener un testigo que daña su caso en parte, siendo honesto consigo mismo y con los hechos del caso,

y que gana con ello la credibilidad del Tribunal y logra ser creíble en aquella otra parte de su testimonio que sí beneficia su caso. El testigo que miente, si se enfrenta a un abogado bien preparado, será descubierto. Presentar la verdad es una parte de su trabajo. Descubrir la mentira, la otra. Si hacen ambas cosas bien, ganarán la competencia.

NUEVA PÁGINA *WEB* DE THEMIS – ASOCIACIÓN CIVIL

Porque innovar es nuestra tradición, la Asociación Civil THEMIS presenta su nueva página *web*: www.themisderecho.org, como un reflejo de la visión global del Derecho que pretendemos transmitir. Asimismo, nuestra revista mensual de actualidad jurídica, Enfoque-Derecho, también ha estrenado dirección *web*, en www.enfoquederecho.com.

Los invitamos a compartir con nosotros la difusión de la cultura jurídica.

SEGUNDA EDICIÓN DE LOS DISCOS COMPACTOS DE THEMIS-REVISTA DE DERECHO: EDICIONES 49, 50 Y 51

Ante el éxito obtenido, THEMIS lanzó al mercado la segunda edición de los discos compactos con las ediciones 49 (Contratos), 50 (Responsabilidad Civil) y 51 (Teoría General del Derecho), llamadas a “llenar” el espacio ocasionado por la rápida venta de sus ejemplares impresos.

Los archivos de las revistas están colgados tanto en un formato de “revistas completas” (tal como fueron impresas), como “artículo por artículo”, de modo que se facilite su acceso.

Con esta iniciativa (que es la continuación de una carrera por la “digitalización” de los productos de THEMIS) queremos rendirle un homenaje a todos los autores, colaboradores e involucrados en la edición de las revistas impresas, esperando que su trabajo sea aún más conocido y apreciado por nuestros lectores.

Los discos compactos estarán a la venta en el local de THEMIS en la PUCP.

COMISIÓN DE CONTENIDO

La comisión de Contenido a cargo de la presente edición de THEMIS-Revista de Derecho estuvo conformada por: Mario Fernando Drago Alfaro (Director), Costanza Borea Rieckhof, María José Higuera Chicot, María Rebeca Barrón Rodríguez, Monica Nuñez Salas y Nicolás Vassallo Burneo.

Miembros honorarios de la Asociación Civil THEMIS

Luis Abramovich Ackerman • Carmen María Accinelli Obando • Luis Enrique Adrianzén Trint • Úrsula Afán Castillo • Edgar Aguirre Ramos • César Antonio Alcorta Suero • Luis Aliaga Blanco • Jimena Aliaga Gamarra • Juan Carlos Alvarado Ortiz • José Daniel Amado Vargas • Marisa Amado Vargas • Kathy Ames Valdivieso • Bruno Amiel Rodríguez-Carpi • Andrés Avelino Aramburu Piaggio • Carlos Arata Delgado • Agnes Arbaiza Mejía • César Arbe Saldaña • Luis Arbulú Alva • Gabriela Arbulú León-Prado • Fernando Arias-Stella Casillo • Arturo Arróspide Villarán • Carolina Awapara Penalillo Álvaro Ayllón Bondy • Cecilia Azerrad Urrutia • Inés Baca De la Piedra • Fabiola Baquerizo Micheline Jorge Gonzalo Barrionuevo Alba • Ana Cristina Barrionuevo Luna • Manuel Barrios Arbulú • Sebastián Basombrío Dughi • Ariana Bassino Balta • Jack Batievsky Sapck • Pamela Battifora del Pozo Andrés Bayly Letts • Carmen Luisa Bedoya • Francisca Benavides Roose • Ximena Benavides Reverditto • Ursula Ben-Hammou Novoa • Licy Benzaquén Gonzalo • Fernando Berckemeyer Olaechea Gonzalo Bernal Neunmann • Maria Cecilia Blume Cillóniz • Iván Blume Moore • Gonzalo Bonifaz Twedde • Costanza Borea Reickhof • Lorena Borgo Hannach • Beatriz Boza Dibós • Guillermo Bracamonte Hinostroza • Elizabeth Briones Gómez • Patricia Brocos Duda • Mayra Bryce Alberti Alfredo Bullard Gonzales • Daniel Cabrera Morgan • Franco Marco Caccia Arana • Aldo Cáceres Martínez • Augusto Cáceres Vega • Fernando Cáceres Freyre • Franklin Cáceres Freyre • Héctor Calero Ramirez • Analía Calmell Del Solar Del Río • Javier Calmell Del Solar Monasi • Cecilia Cánepa Olaechea • Fernando Cantuarias Salaverry • Christian Armando Carvajal Valenzuela • Diego Carrión Alvarez-Calderón • Carlos Casabone Stoeßel • Patricia Casaverde Rodríguez • Renzo Castagnino Abásolo • Fernando Castañeda Melgar • Alejandra Castañeda Andrade • José Ignacio Castro Otero Evelyn Castro Ramos • Augusto Francisco Cauti Barrantes • Mariana Cazorla Quiñones • Jackeline Chappuis Cardich • Vanesa Chávarry Meza • Liz Chirinos Cuadros • Javier Chocano Portillo • Ursula Collimboy Sayan • Lorena Cook Llosa • Marcel Cordero Cabrera • Nicolás Cornejo Gerner • Rita Cornejo Lanao • Carlos Cornejo Vargas • Juan Carlos Crisanto Vargas • Pablo Cueto Saco • Vera Czichowsky Hinterseer • Jorge Dajes Fleishman • Joanna Dawson Pendavis • Luis De Bernardis Llosa Javier De Belaunde De Cárdenas • Federico De Cárdenas Romero • Fernando De la Flor Koechlin Javier De la Vega Gomez • Milagros De Pomar Saettone • Eduardo De Rivero Santana • Fernando Del Mastro Puccio • Álvaro Del Valle Roeder • Mariana Delgado Zeppilli • Miguel Denegri Portela Margarita Díaz Picasso • Nathalie Díaz Silva • Gisella Domecq Garcés • Mario Fernando Drago Alfaro Paul Duclós Parodi • Augusto Durand Palacios • Jaime Escribens Olaechea • Juan Antonio Egüez Toledo • Inés Elías Dupuy • Ricardo Elías Puelles • Walter Esquivel Valera • Enrique Felices Saavedra Enrique Ferrand Rubini • Arturo Ferrari Carrasco • Cristina Ferraro Delgado • Verónica Ferrero Díaz Pamela Ferro Cornejo • Daniel Flores Consiglieri • Rodrigo Flores Benavides • Laura Francia Acuña Milton Daniel Francisco Pimentel • José Enrique Frías Amat y León • Nicolás Galindo García • Patricia Gallegos Quesquén • Giuseppe Galluccio Tonder • Edgardo Gamarra Bellido • Carlos Garatea Yori Domingo García Belaúnde • Juan García-Montufar Sarmiento • José Luis Gargurevich Valdez Bruno Giusti Díaz • Carlos Glave Mavila • Andrés Gómez de la Torre Barrera • Enrique Gómez Ossio Corina Gonzales Barrón • Daniel Gonzales La Rosa • Arabella Gonzales Netto • Gianina Gotuzzo Oliva José Bernardo Goyburu Vassallo • Carlos Granda Bullón • Agustín Grández Mariño • Melissa Guevara Paredes • Nydia Guevara Villavicencio • Mauricio Gústín De Olarte • Juan Carlos Gutiérrez Azabache Carlos Hamman García-Belaunde • José Juan Haro Seijas • Allan Hennings Mariani • Mariella del Carmen Hernández Valencia • Fernando Hesse Alfageme • Zoila Horna Zegarra • Mario Huapaya Nava • Eduardo Hurtado Arrieta • Fernando Hurtado de Mendoza • Ursula Indacochea Prevost

Patricia Inga Falcón • Gianfranco Iparraguirre Romero • Rosario Isasi Morales • José Alfredo Jiménez García • Baldo Kresalja Rosello • Rúzika Kresalja Santos • Antonio Kujlevan Pagador • Diego La Rosa Gonzáles del Riego • Sheila La Serna Jordán • Juan Miguel Labarthe Ferreyros • Felix Labrín Mendoza Rafael Lanfranco Gallofré • Fernando Lanfranco Garrido-Lecca • Anthony Laub Benavides • Elsa Marina Lazarte • Denise Ledgard Antunez de Mayolo • Nicolás Lerner Von Mallinckrodt • Eliana Gisella Lesem • Julián Li Díaz • Alejandro Lira Peschiera • Isabel Lira Miró Quezada • Beatriz Llanos Cabanillas • Mónica Llosa Gastañeta • Gustavo López-Ameri Cáceres • Julia Loret de Mola Cáceres Lucia Luna Negrón • Rosa Isabel Luna Victoria Jammaers • Roberto MacLean Martins • Alejandro Manayalle Chirinos • Mercedes Martínez Meza • Juan José Martínez Ortiz • Úrsula Martínez García Giuseppe Marzullo Carranza • Verónica Maseda Beaumont • Paola Massa Belaunde • Giorgio Massari Figali • Juan Carlos Mejía Cornejo • Martín Mejorada Chauca • Jorge Melo Vega • Patricia Mendoza Franco • Guillermo Miranda Benavides • Mirella Miranda Nique • Fernando Molina Rey de Castro Rosa María Montero Musso • Juan Francisco Monteverde Vargas • Oscar Montezuma Panéz Miguel Morachimo Rodríguez • Elva Morán Rodríguez • Pablo Mori Bregante • Vasco Mujica Roggero Italo Muñoz Bazan • Milagros Muñoz Bazan • Jaime Mur Campoverde • Mariana Negri Mendiola Manuel Noya Sarmiento • Raúl Ñato Zevallos • Cecilia O'Neill De la Fuente • Lucía Olavarria Salinas Pilar Olavide Galdós • Antonio Olórtegui Marky • Bernando Ortega Malatesta • Gonzalo Ortiz de Zevallos Olaechea • Andrés Osterling Letts • Giselle Pacheco Guillén • Valentín Paniagua Jara Susana Paniagua Jara • Fernando Pardo Segovia • Cesar Augusto Parodi • Mario Pasco Lizarraga Enrique Pasquel Rodríguez • Carlos Alberto Patrón Salinas • Juan Manuel Pazos Aurich • José Pedraza Newton • Eduardo Peláez Santillán • Fernando Peña Neves • Diego Pérez Terry • Luz María Pérez-Garland Gamio • Mariela Pérez-Costa Piscocoy • Alejandro Peschiera Bonifaz • Renato Piazzón Falcone • Noé Fernando Nicolás Piérola Castro • Antonio Pinilla Cisneros • Pilar Pizarro Bustamante • Alfredo Polo Gálvez • Vladimir Popov • Andrea Portaro Pancorvo • Jose Miguel Porto Urrutia • Diego Portocarrero Koechlin • Stefany Porudominsky Rotstain • Patricia Pow-Sang Tejada • Rafael Prado Bringas • Luis Guillermo Puelles Olivera • Rafael Puiggros Aramburú • Maria Teresa Quiñones Alayza • Carmen Luz Quiróz Romero • Pedro Ramírez Pequeño • Roxana Ramírez Ráez • Christian Ramirez-Gastón Durán • Alberto Rebaza Torres • Aldo Reggiardo Denegri • Cristina Rey Montes • Claudia Cristina Reyes Juscamaita • Viviana Ritchie Martínez • André Robilliard Escobal Marco Patricio Rodríguez Terry • Victor Rodríguez Macedo • Carlos Rojas Klauer • Miguel Angel Ronceros Neciosup • Juan José Ruda Santolaria • Angela Ruiz de Somocurcio Cornejo • Silvia Ruiz Sandoval • Rosario Saco Oliva • Rafael Salazar Gamarra • Michelle Salcedo Teullet • Liliana Salomé Resurrección • Rocío Saux Valdez • Christian Schroeder Romero • Michel Seiner Pellny • Karen Sheppard Castillo • Hugo Hernando Sifuentes Domenack • Cynthia Siles Estabridis • Juliana Silva Cabrera • Gerardo Solís Vissler • Sara Sotelo Aguilar • Eduardo José Sotelo Castañeda • Martín Sotero Garzón • Ernesto Soto Chavéz • Gilda Spallarosa Lecca • Brenda Sparrow Alcázar • Patrick Stennig Lavalle • Luis Stucchi Díaz • Oscar Súmar Albújar • Rossana Pilar Taquia Gutierrez • Luciana Tataje Villalobos • Martín Tayro Cuba • Jaime Thorne León • María del Pilar Torres • Josefina Townsend Seoane • Augusto Townsend Klinge • Jorge Trelles Castro-Mendívil • Oscar Trelles De Belaunde • Gladis Triveño Chan Jan • Mariella Nathalia Trujillo Würtella • Manuel Ugarte Maggiolo Rafael Urbina Fletcher • Alejandra Uribe del Águila • Jessica Valdivia Amayo • Eduardo Valdizán Sala Cristina Van Zuiden Pancorvo • Luis Ernesto Vargas Loaysa • Nelly Vásquez Jiménez • Delia Vásquez Llerena • Robinson Vásquez Montes • Miguel Vega Alvear • Fernando Vega Sánchez • Inés Vega Franco • Jorge Vega Velasco • Claudia Velarde Arnaez • Jorge Velarde Arnaez • Luis Miguel Velarde Saffer • Pedro Vera Ortiz • Verónica Vergaray Bejar • Aarón Verona Badajoz • Inti Vidal Felipe Diego Villanueva Contardo Carmen María Villarán Ascenzo • María Teresa Vizcarra Alarcón • Percy Wilman Arriarán • Bruno Zanolo Maggiolo • Verónica Zavala Lombardi • Ximena Zavala Lombardi Gonzalo Alonso Zegarra Mulanovich • Juan Carlos Zegarra Vilchez • Carlos Zelada Acuña • Fiorella Zúñiga Dede

AGRADECIMIENTOS

THEMIS-Revista de Derecho agradece a todas las personas e instituciones que de una u otra manera colaboraron con nosotros, y sin cuyo apoyo no hubiera sido posible la publicación del presente número, en particular a:

Iván Kriss Lanegra Quispe, Jorge Caillaux Zazzali, James Salzman, Roxana Barrantes Cáceres, Karim Kahatt Navarrete, Manuel Pulgar-Vidal Otárola, José Luis Capella Vargas, Manuel Ruiz Muller, Patricia Iturregui Byrne, Ada Alegre Chang, Lucía Ruiz Ostoic, Carlos Andaluz Westreicher, Carlos Manuel Rodríguez Echando, Adriana Soto Carreño, Wesley D. Sherman, Daniel A. Farber, Lorenzo de la Puente Brunke, Pierre Foy Valencia, Gustavo Lazo Saponara, Giorgio Massari Figari, Robert D. Cooter, Alfredo Bullard González, Christian Chávez Verástegui, César Delgado-Guembes, Antonio Rodríguez Lobatón, Pierino Stucchi López Raygada, François Vallaëys, Martha Nussbaum, Gaspar Ariño Ortiz, Juan Miguel de la Cuétara Martínez, Huáscar Ezcurra Rivero, Antonio Brack Egg, Pedro Vera, Oscar Súmar, Evelyn Castro, Carlos Rojas.

Notaría Vela Velazquez; Viña Tacama; Top Technologies; Nature's Sunshine Products; Notaría Ricardo Ortiz de Zevallos; Ernst & Young; Estudio Barreda Moller; Clínica San Miguel; Estudio Rubio, Leguía, Normand y Asociados; Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria; Chehade, Fonseca, Servat, Suárez & Varela Abogados; Notaría Gonzales Loli; 3M; Instituto de Estudios Ambientales de la PUCP; Maestría de Derecho Procesal de la PUCP; Vissegur; Bear Creek Mining; Ecotec; Notaría Murguía; Estudio Rebaza, Alcázar y de las Casas; Proense; Estrategia Consultores y Asociados, Kahatt Abogados; Estudio Rodrigo, Elías y Medrano; Payet, Rey, Cauvi Abogados; Estudio Gherzi Abogados; Ugarte & Ugarte; Estudio Ato del Avellanal; Crocci & Silva Abogados; Estudio Miranda & Amado.

THEMIS-Revista de Derecho agradece de forma especial a los miembros que dedicaron gran parte de su vida universitaria al trabajo de nuestra institución. A todos ellos, que se retiran junto con la presente edición, les deseamos lo mejor de la vida.

Mario Fernando Drago Alfaro, Luis Eduardo Aliaga Blanco, Mayra Bryce Alberti, Aarón Verona Badajoz, Pamela Battifora del Pozo, Miguel Morachimo Rodríguez, Martín Sotero Garzón, Costanza Borea Rieckhof, Aldo Cáceres Martínez, Stefany Porudominsky Rotstain, Arabella Gonzáles Netto, Milton Daniel Francisco Pimentel.

PARTICIPACIÓN EN THĒMIS-REVISTA DE DERECHO

Todos los interesados en colaborar con **THĒMIS-Revista de Derecho** mediante sugerencias, comentarios o la publicación de artículos, pueden acercarse a nuestra oficina en el Segundo Piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú o enviarnos un correo electrónico a: **editor@themisderecho.org**

THĒMIS-Revista de Derecho agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.

