

Prólogo

Escribir un prólogo enfocado desde la disciplina del derecho ambiental para una destacada y única revista en derecho administrativo en el país resulta siempre algo complejo, pero también, dada la complementariedad entre ambas disciplinas del derecho, natural. Sin embargo, esta naturalidad no habría estado tan presente si la tarea se hubiera tenido que cumplir en 2006, año en que se editó y publicó el primer número de la Revista del Círculo de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; y existen muchas razones para explicar ello.

Un primer factor es el de la transición que ha recorrido el derecho ambiental hacia su constitucionalización y, desde esta, a la administrativización. Y ello no solo no es atrevido, y menos descalificador, sino es el reflejo y la expresión de una realidad materializada en la manera como se estudia y reflexiona el derecho ambiental. No es tampoco necesariamente bueno, pues, más que una transición, el derecho ambiental debió (y aún puede hacerlo) ser capaz de mantener su relevancia constitucional y su trascendencia administrativa. Pero ello, nos guste o no, no ha ocurrido.

Si bien es cierto que la constitucionalización del “derecho a un ambiente sano” en la Constitución Política de 1979 constituyó uno de los mayores hitos en la evolución del derecho ambiental (confirmada por su posterior reconocimiento por el aparato jurisdiccional como derecho fundamental de la persona y por el texto de la Constitución Política de 1993), también es cierto y evidente que el enfoque constitucional se vio sobrepasado por la instrumentalización del derecho ambiental, de sus procedimientos y de sus marcos institucionales. Marco Orellana (ciel), al hacer referencia a la vinculación del derecho ambiental con los derechos humanos, nos da pistas de lo que ha venido ocurriendo: “[...] los derechos humanos utilizan el lenguaje directo, en cuanto valores básicos asociados a la dignidad humana, mientras que el derecho ambiental emplea un lenguaje de ‘estándares’, a través del cual se determinan la calidad ambiental, límites a las emisiones contaminantes, etc. [...]”. Agrega, sin embargo, en positivo que “[...] estas diferencias en enfoque y lenguaje reflejan cierta distancia entre los dos regímenes internacionales, la que sin embargo se ha ido acortando en la última década”.

En relación con esto último, no ocurre en el Perú este retorno a las bases constitucionales del derecho ambiental, sino una mayor profundización de su enfoque administrativista. Ello puede derivar de la poca capacidad jurisdiccional y la lenta respuesta y tutela efectiva frente a las demandas ciudadanas; de la confusión derivada de la imprecisa, indebida y ligera interpretación constitucional de los elementos del derecho ambiental formulada por los vocales, ya reemplazados, del Tribunal Constitucional en los últimos años; de la conflictividad surgida alrededor de los instrumentos de gestión ambiental (como el Estudio del Impacto Ambiental) y no alrededor de la defensa de los derechos que ampara el derecho ambiental, entre otras razones.

Un segundo factor que explica la administrativización del derecho ambiental, y que ya ha sido mencionado, es su instrumentalización reflejada en instrumentos de gestión, tales como el Estudio de Impacto Ambiental, el ya en desuso Programa de Adecuación y Manejo Ambiental, el Plan de Cierre de Minas, el Plan de Gestión de Residuos Sólidos, los Estándares de Calidad Ambiental, el Plan de Descontaminación de Suelos, entre muchos otros, los que se encuentran sujetos a decisiones que constituyen, en algunos casos, actos administrativos. En otros casos, se interpretan como “actos internos de la administración” y, en algunos otros, estando sujetos a controversias, dudas y debates, como actos que generan un limbo jurídico y originan reclamos por la indefensión (tal como ocurrió con la

“opinión previa técnica vinculante” del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado, en relación con las solicitudes de “compatibilidad” que formula el Instituto Geológico Minero y Metalúrgico – Ingemmet, cuando le es solicitada una concesión en áreas naturales protegidas de uso directo o en zonas de amortiguamiento).

Esta instrumentalización, si bien es cierto no formó parte central del espíritu del Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales, dictado el año 1990 —que reguló por primera vez la exigencia del Estudio de Impacto Ambiental—, sí lo fue, en cambio, de los reglamentos ambientales sectoriales que desde 1993 fueron promulgados para atender los impactos ambientales de actividades económicas como la minería, los hidrocarburos, la electricidad, la industria manufacturera o la pesca, que crearon figuras complementarias como el PAMA, la DAP, el EVAP u otras y, de hecho, de normas dictadas en las décadas siguientes para regular pasivos ambientales mineros o el cierre de minas.

La Ley General del Ambiente (Ley 28611) —que este año cumple diez años de vigencia y que representa una excelente ocasión para reflexionar sobre la evolución del derecho ambiental y su vinculación con el derecho administrativo— incide en esa instrumentalización y, además, agrega un asunto que constituye el debate actual en relación al “daño ambiental”, las infracciones administrativas de peligro, los procedimientos administrativos sancionadores, medidas correctivas en materia ambiental y la vinculación de ello con los instrumentos ambientales y las normas técnicas como los Límites Máximos Permisibles y los Estándares de Calidad Ambiental.

Este último caso, es decir, el de los Estándares de Calidad Ambiental, constituye materia de controversia en el derecho ambiental y el derecho administrativo por su inexigibilidad jurídica, en función de su naturaleza y regulación en la norma ambiental, y su exigibilidad en procedimientos de “autorización de vertimientos”, en el reconocimiento de la calidad de “macroemisores” o en su consideración obligatoria por parte de los evaluadores en la oportunidad de aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental.

En ese mismo sentido, será por seguro materia de futuras reflexiones el rol que corresponderá al Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (Senace), creada el año 2012, para la revisión y aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental detallados y, de aprobarse, también la “certificación ambiental global”, que acumula procedimientos y títulos habilitantes que corresponden a distintos órganos de la administración.

Ya desde el inicio, la creación de Senace ha representado una nueva forma de crear y hacer crecer una institución del Estado, haciéndola cargo del ejercicio pleno de sus facultades una vez que haya cumplido con las fases que su propia ley de creación le impone. Es decir, un crecimiento progresivo, pero que apunte a la eficiencia de la gestión pública.

Un tercer factor que permite explicar las cercanías del derecho ambiental y el derecho administrativo lo aporta el nuevo marco institucional derivado de la elevación de la gestión ambiental a nivel ministerial y la creación de nuevos órganos (con autonomía técnica y financiera) de evaluación, de supervisión y de fiscalización. Este nuevo marco obliga a enfrentar los retos en la definición de competencias administrativas entre entidades que, como las ambientales, son de naturaleza eminentemente transversal, con otras que tradicionalmente han sido sectoriales e incluso verticales. No es gratuito, por ello, que en relación con un recurso tan importante para el país, como los bosques, encontremos que el Ministerio de Agricultura sigue a cargo del ellos y de la definición de la política nacional forestal, pero que el Ministerio del Ambiente sea el competente para definir la política y regulaciones de sus servicios ecosistémicos. Ello se repite en relación con el agua y se complejiza cuando a este nuevo marco institucional se le agrega el proceso de descentralización y el rol de las “gerencias” u órganos sectoriales regionales.

Por su lado, cabe recordar que, recientemente, se ha producido un debate que ha trascendido a lo mediático, en relación con el aporte por regulación y la calidad de acreedor tributario del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, que, sin perjuicio de la discusión tributaria, ha traído a la palestra la discusión sobre lo que constituye un organismo regulador y su distorsión a lo largo del tiempo en la legislación peruana, en donde los órganos reguladores son reconocidos como tal por estar así planteado en la ley, pero no porque les corresponda en estricto esa calificación.

Un cuarto factor, que obliga al concurso del derecho administrativo en el debate ambiental, se vincula con los recursos naturales, en donde temas como el de la subsidiariedad del Estado se encuentra en constante tensión, más por razones ideológicas que de concepto. Sin embargo, en relación con estos recursos, lo que es fundamental es el aporte del derecho administrativo en la reconceptualización de los títulos habilitantes, para que no se siga pensando como equivalente lo que constituye una autorización, un permiso o una licencia y, más aún, para que se entienda con precisión la figura de la “concesión” y su agregado de “atributos de derecho real”.

Un quinto factor, quizás el más retador del derecho administrativo y el más actual, tiene que ver con los principios del derecho administrativo, la legalidad, la representatividad y su colisión reiterada con los elementos de la “participación ciudadana”, cuya fortaleza proviene en especial del derecho ambiental internacional. El Principio x de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 reconoce como elementos centrales de la participación el acceso a la justicia, el acceso a la información y el acceso al proceso y, si bien es cierto y nadie duda que ellos resultan fundamentales en la gestión ambiental, es cierto también que retan los principios más tradicionales del aparato administrativo, sectorial y vertical por origen y evolución. En el escenario de América Latina y el Caribe, ya se viene discutiendo la necesidad de establecer un instrumento regional de naturaleza vinculante para que los países signatarios se obliguen al efectivo cumplimiento de dicho principio de derecho ambiental internacional.

Consultas populares, plebiscitos no formales y audiencias públicas se enfrentan hoy en día al rol de la administración, sus decisores y sus decisiones, y esta situación lleva a pensar que, como alguna vez me dijo un amigo argentino —decano de una facultad de derecho en Buenos Aires—, “enseñar derecho administrativo hoy, en facultades de derecho de América Latina, puede significar estudiar historia del derecho si no somos capaces de reconocer los retos que la participación ciudadana —originada, en especial, en las regulaciones de los Estados Unidos de América— le plantea a esta rama del derecho”.

No quiero dejar de mencionar los retos de las relaciones sinérgicas del derecho ambiental y el derecho administrativo con el derecho ambiental internacional, expresado en las decisiones que se vienen adoptando en el marco de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC); o los retos que deberán enfrentar ambas ramas del derecho en relación con los acuerdos de comercio internacional bilaterales o multilaterales que viene suscribiendo el país.

No puedo concluir sin felicitar el empuje, el esfuerzo académico y la iniciativa del Círculo de Derecho Administrativo (CDA) y sus integrantes de contribuir al debate en materia de derecho ambiental a través de la edición número 15 de la revista que hoy tienen en sus manos. Le deseo y auguro al círculo lo que geoméricamente le corresponde por su forma, constancia y continuidad.

Manuel Pulgar-Vidal
Ministro del Ambiente