



“El punto de encuentro entre el desarrollo económico y la protección del medio natural es, en sí mismo, objeto primerísimo del arbitraje: la clave de arco del Derecho Ambiental consiste justamente en la convergencia de factores económicos y ecológicos”

A Propósito de la Preservación Jurídico-Ambiental del Amazonas

31

Javier Junceda*

I.

Desde su formal descubrimiento por Francisco de Orellana el 12 de febrero de 1542 hasta nuestros días, el Amazonas ha debido sortear notables riesgos en su biodiversidad, siempre como consecuencia del avance imparable del desarrollo económico y las diferentes necesidades humanas.

Desde su nacimiento peruano en Nauta, recibiendo las aguas del Lloqueta, Apurímac, Ene, Tambo, Ucayali, Marañón, y un millar de afluentes más, el Amazonas continúa transportando más agua que los ríos Mississippi, que el Nilo y Yangtze juntos: un colosal volumen de agua dulce que en promedio anual asciende hasta los 300.000 m³/s en la temporada lluviosa, nada menos que la quinta parte del agua dulce que se vierte a los cinco océanos.

Pero no sólo hablamos del mayor río.

También lo hacemos de la zona de tierra que baña, la más grande selva del mundo al este de los Andes, el primer sumidero de carbono del planeta, la casa donde habitan no menos de 2.5 millones de especies de insectos, decenas de miles de plantas y unos 2.000 aves y mamíferos, albergando hasta una quinta parte de todas las especies de aves del mundo y la mayor diversidad de especies vegetales de la Tierra: 1 km² puede contener hasta 75.000 tipos distintos de árboles y unas 150.000 especies de plantas, así como 90.000 toneladas de biomasa vegetal. La selva amazónica, pues, constituye la décima parte de todos los bosques del planeta, siendo el principal filtro atmosférico que poseemos.

Pero no sólo hablamos de la mayor selva.

Lo hacemos también del hogar de grupos nativos más o menos organizados, poblaciones indígenas dispersas que se cifran en aproximadamente 135 de grupos autóctonos procedentes originariamente del Perú, Colombia, Ecuador y

* Javier Junceda (Oviedo, España, 1968), es Doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo y responsable del departamento de derecho administrativo de la Universidad Internacional de Cataluña. Es académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y de la Academia Asturiana de Jurisprudencia. Igualmente, es profesor honorario de las Universidades Nacional de Trujillo, Antenor Orrego e Inca Garcilaso de la Vega (Perú), miembro de honor de los Colegios de Abogados de Lima y La Libertad (Perú), y afiliado honorario del Consorcio Universitario Iberoamericano Ceddal. Ejerce la abogacía en España en el estudio que lleva su nombre.

Brasil, aunque principalmente asentados en las grandes urbes que jalonan el Amazonas.

La múltiple consideración del Amazonas como río, como selva, como área de biodiversidad excelsa o como hábitat humano, precisa en suma de un abordaje de su situación teniendo en cuenta todos estos extremos, como así se intenta a través de las diversas declaraciones de áreas naturales protegidas en la amazonía peruana, formando parte del Sistema Nacional de Áreas Protegidas por el Estado.

En los epígrafes que siguen trataremos de abordar algunos de los asuntos que pudieran contribuir a este punto de encuentro regulador, y en especial los que se refieren al uso de mecanismos arbitrales, así como a la adaptación a la modernidad de la estrategia vinculada a los espacios protegidos, el alcance de los movimientos internacionales en la materia y, en fin, la nueva regulación de las actividades extractivas, como ejemplo a seguir en el resto de iniciativas socioeconómicas.

II.

El uso de las herramientas legales disponibles por quienes denuncian la lesión ambiental por esta o aquella actividad industrial en cualquier Estado, suele arrojar un saldo que no cuesta calificar como decepcionante. Salvo notables excepciones, quienes animosamente se aproximan a los mecanismos jurisdiccionales ordinarios en aras de la defensa ambiental bien pronto descubren el desencanto enmascarado en la pétrea resistencia de la actuación administrativa, origen habitual del problema.

Dejando a un lado situaciones punto menos que disparatadas y toscas, la reacción jurídica ante las pretensiones ciudadanas en donde se examina el cumplimiento de la legalidad ambiental, no permite hoy lanzar las campanas al vuelo: como las vulneraciones deben ser plurales y notorias, lo que no alcance dicha categoría pasará a nutrir el generoso cajón de sastre de las “*irregularidades no invalidantes*”, por lo que poco cambiará.

Para atenuar esta cuestión, las fórmulas arbitrales han de cobrar cada vez más verdadero sentido en materia ambiental. Siguen siendo un sinfín los asuntos vinculados a este mundo que precisan no tanto de soluciones estrictamente jurídicas como de conjunción de intereses, de convergencia de factores económicos y ecológicos, idea que plasman, además, cuantas proclamaciones internacionales existen.

En derecho comparado, Estados Unidos cuenta desde hace años con un imaginativo sistema de resolución alternativa de conflictos, en sede administrativa ambiental —*Administrative Dispute Resolution Act (ADR)* en su versión de 1996—, técnica que prevé expresamente medidas alternativas a las jurisdiccionales para la resolución de conflictos, este es entre ellas, el arbitraje administrativo ambiental, usualmente utilizado por su agencia de protección ambiental en materia de conservación y recuperación de recursos, de protección atmosférica, o de contaminación de aguas, operando a partir de la suscripción por las partes afectadas (grupos o colectivos ambientales y operadores económicos) de un contrato de compromiso con sometimiento expreso a la fórmula arbitral.

En algunos otros ordenamientos internos, en cambio, la cuestión que aquí abordamos precisa aún del necesario desarrollo, tanto normativo como jurisprudencial y dogmático. Sin perjuicio de las alusiones genéricas a la actividad arbitral de las administraciones en la legislación general y sectorial, en la particular cuestión del arbitraje ambiental apenas se cuenta con instrumentos normativos (en España, tan sólo con una Ley regional, la de Protección general del Medio Ambiente del País Vasco 3/1998, de 27 de febrero, en cuyo articulado dispone que los procedimientos derivados de su aplicación podrán concluir mediante acuerdo entre el solicitante y la Administración competente y terceros afectados).

Así pues, ejemplos como el norteamericano bien podría extenderse a los demás Estados, posibilitando respuestas tempranas a asuntos cada vez más presentes en nuestras sociedades. No pueden nuestras gentes ni nuestras administraciones seguir confiando en exceso en las instituciones jurisdiccionales actuales y máxime en graves dilemas como los socioambientales, tan necesitados de soluciones técnicas precisas aunque consensuadas.

En el sistema jurídico español, la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, permite el sometimiento a arbitraje de los sujetos públicos territoriales en términos tan *sui generis* como limitados: cuando una ley específica y sectorial así lo justifique, y siempre que dicho eventual arbitraje se sustancie “*ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas*”, y en cualquier caso, con respeto a los principios, garantías y plazos que esta Ley de procedimiento general reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo expediente administrativo. En consecuencia, el marco del arbitraje de derecho público quedará limitado a su función sustitutiva de los métodos de impugnación conocidos, de los recursos administrativos, y a poco más, siempre que, eso sí, una Ley así lo prevea. Se contempla al arbitraje, pues, como un sistema alternativo a la solución de conflictos ya constituidos formalmente, no de evitación *ab initio* de los mismos desde su mismo origen.

Por consiguiente, y salvo el caso de las sociedades mercantiles de capital público a las que sí les son dables las fórmulas arbitrales en la solución de sus conflictos con terceros e incluso sin necesidad alguna de autorización específica de la administración matriz o previsión legal, en las restantes personificaciones sometidas al tráfico jurídico público, y de forma muy significativa en las Administraciones territoriales o regionales, el arbitraje aún tiene por delante un amplio camino que recorrer, no obstante su concurso en determinados ámbitos.

Así, la técnica arbitral se sigue en España —al margen del propio ámbito privado, que constituye su auténtico nicho—, en las administraciones que cuidan del consumo, en materia de transporte, o de contratación pública, pero escasamente en el asunto ambiental.

En estos casos, no obstante, no estamos propiamente ante una fórmula arbitral *stricto sensu* en el sentido apuntado por la Ley española de Arbitraje, sino ante actos administrativos (sometidos por tanto al derecho admi-

nistrativo), que se producen a través del uso instrumental de mecanismos arbitrales por parte de la administración, pero que, una vez producidos, son enteramente susceptibles de ser llevados ante la jurisdicción contenciosa, a pesar de que en dicha sede se pueda oponer —de forma especulativa al menos— que la solución arbitral en lo tocante al fondo del asunto es materia ajena al juez contencioso, sobre la base de la propia Ley arbitral española, que limita dicho enjuiciamiento a supuestos tasados.

En suma, a la limitada visión del arbitraje español como un mero sustitutivo de los métodos habituales impugnatorios, —óptica que se recuerda que es la prevista en la normativa de aplicación general en el Estado—, se une la llamada actividad arbitral administrativa que, pese a su atractivo apelativo, sinónimo en buena medida de una benéfica administración que huye de sus habituales armas rígidas y verticales y se limita a terciar en las contiendas ciudadanas, en realidad esconde algo más prosaico: la mera terminación de un procedimiento.

En efecto, en España existe la posibilidad de que una Administración Pública pueda celebrar pactos o acuerdos con los ciudadanos para concluir procedimientos administrativos, ambientales o no. E incluso prevé más: que tales acuerdos, pactos, convenios o soluciones con personas físicas o jurídicas, individuales o colectivas, tengan por objeto satisfacer el interés público que tiene encomendadas las propias administraciones, entre ellas la protección del medio ambiente y el desarrollo socioeconómico, tema del que más atrás nos ocupamos.

Por consiguiente, cualesquiera procedimientos administrativos ambientales pueden ser, *a priori*, resueltos en sede pública por medio de una terminación convencional, si bien ello se supedita a que la propia administración así lo desee, toda vez que tiene dicho el Tribunal Constitucional español que no cabe en ese ordenamiento el arbitraje forzoso que impida o dificulte la función jurisdiccional (Sentencias. T.C. 119/1993, o 18/1994, entre otras).

Ahora bien, en caso de que la Administración no prevea la resolución del asunto en cuestión a través del marco arbitral o pactado, ningún mecanismo existe para obligarla a estar y pasar por dicho cauce por cuanto la terminación convencional es apenas una alternativa a la resolución clásica de los procedimientos, como ya se ha adelantado.

Además, los límites a los que se supedita dicha solución paccionada constriñen adicionalmente los finales convencionales a los que nos referimos, al no poder resultar contrarios al ordenamiento jurídico, que no tengan por objeto materias insusceptibles de transacción, que no alteren el ámbito competencial propio de cada sujeto público, y, en suma, que satisfagan el interés general, que aquí habrá de ser el propio de un desarrollo económico cualitativo, o si se prefiere, de un desarrollo sostenible en el que se cuente con la variable ambiental, pero también con la propia del obligado progreso económico y social.

En punto al interés público que puede gravitar en torno a toda solución arbitral o pactada de los procedimientos administrativos con sustancia ambiental, acaso proceda

volver a recordar lo que *ut supra* quedó reseñado respecto de la tensión medio ambiente-desarrollo económico, toda vez que el análisis de cuantas controversias jurídicas se susciten en materia socio-ambiental habrá de partir de una premisa clásica aristotélica, por la que *in media virtus est*: nada es blanco ni negro, sino de una infinita gama de grises.

Con todo, el asunto ambiental es sumamente propicio al sistema arbitral. No son pocos los temas que, en esta materia, se resisten a admitir más de una conciliación de posturas. El punto de encuentro entre el desarrollo económico y la protección del medio natural es, en sí mismo, objeto primerísimo del arbitraje: la clave de arco del derecho ambiental consiste justamente en la convergencia de factores económicos y ecológicos, como lo revelan cuantas proclamaciones internacionales existen y que se mueven, justamente, en esos delicados y a veces difuminados parámetros.

Estos dilemas bien podrían ser resueltos a través de fórmulas paccionadas (pactadas) derivadas de un arbitraje, facultando al propio tiempo el desarrollo de la vida en estos parajes y la defensa de la singular naturaleza que en ellos radica. En estos controvertidos escenarios, podrían y deberían aplicarse desenlaces propios del arbitraje posibilitando al tiempo el estricto control ambiental con los daños sufridos por las poblaciones que residen en entornos ambientales.

Indudablemente, pues, el tema ambiental es significativamente idóneo para ser abordado desde el arbitraje toda vez que en nuestro entorno jurídico constitucional no cabe la absolutización de la norma ambiental ni de aquella que propicia un mejor desarrollo económico, debiéndose siempre vetar cualquier actuación pública o privada unidireccional o radical en alguno de esos dos sentidos. Como aquí prima la adecuada compaginación de los valores, el método arbitral es sin duda el más apto para conseguirlo.

En derecho comparado, y sin perjuicio de los estudios acerca del arbitraje en el ordenamiento alemán o galo, la ya adelantada contribución de los Estados Unidos ha sido y es decisiva. Al igual que ha sucedido con la concepción de herramientas legales básicas para otras instituciones del derecho ambiental —la creación de parques naturales, la evaluación de impacto ambiental, la codificación del derecho ecológico, los mecanismos de responsabilidad e incluso el comercio de derechos de emisión de ciertas sustancias contaminantes—; en la Unión Americana cuentan con un sistema de resolución alternativa de conflictos, en sede administrativa ambiental.

Este modelo, formalmente instituido por la ya citada *Administrative Dispute Resolution Act* (ADR) de 1990 revisada seis años después prevé una panoplia de medidas alternativas a las jurisdiccionales para la resolución de conflictos, entre ellas, el arbitraje administrativo ambiental.

Este arbitraje ambiental norteamericano, en suma, ha sido y es usualmente utilizado por la Agencia de Protección Ambiental de esa nación en el marco de los mecanismos previstos distintas leyes, como en la norma de

responsabilidad ambiental CERCLA, en la Ley de Conservación y Recuperación de Recursos, en la de Planeamiento de Emergencia y del Derecho de Información, en la legislación del Aire limpio, en la Ley de control de polución de aguas o por las disposiciones sobre sustancias tóxicas y pesticidas. De hecho, la propia Agencia Federal Ambiental Norteamericana utiliza como árbitros a sus propios empleados, no obstante el recurso a expertos externos.

En punto a su funcionalidad u operatividad concreta, el arbitraje ambiental que nos ocupa parte de la suscripción por las partes de un contrato de compromiso o bien de la aplicación de una cláusula compromisoria preliminar (dependiendo del surgimiento o no del conflicto), por el que se deberá otorgar su consentimiento expreso a la fórmula arbitral. No existe en este modelo, por lo demás, limitación alguna en cuanto al objeto a someter a arbitraje por cuanto la ley norteamericana antes citada establece una lista abierta de materias. La norma, en fin, atribuye al árbitro la cualidad de órgano *neutral*, el cual habrá de seguir un procedimiento guiado por el principio contradictorio y la igualdad en la defensa de las partes, aunque tratando de evitar dilaciones indebidas impropias de sistemas flexibles como éste.

Trayendo las anteriores conclusiones a nuestro caso, indudablemente habrá de reconocerse al arbitraje ambiental una extraordinaria capacidad para resolver los dilemas derivados de la aceptación de actividades económicas en los espacios amazónicos, así como para contribuir a que las poblaciones indígenas afectadas se involucren en tales estrategias.

Aquí, en suma, el arbitraje deberá surtir sus esperados efectos benéficos en dos aspectos concretos:

- 1º.- En lo tocante al punto de encuentro entre actividades productivas y las exigencias de la preservación natural. Es decir: llevando a cabo una compaginación de las demandas socioeconómicas generales con las propias de la preservación de un espacio de tanta significación.
- 2º.- En lo referido a la implicación de las poblaciones afectadas en tales propósitos productivos.

En relación con el primer objetivo, estimamos que las lecciones más atrás razonadas acerca de la tensión del *desarrollo cualitativo* animan a que, por parte de todos los agentes implicados, se adopten soluciones que permitan llevar a cabo aprovechamientos racionales en los que la variable ambiental se cumpla, pero permitiendo la explotación de los recursos.

Y, respecto del asunto social, estimamos que deben apurarse mecanismos en los que se informe e implique a las comunidades indígenas en estos propósitos, entre otras cosas porque diversos textos internacionales convencionales así lo obligan (*v.gr.* Convenio OIT 169, de 1989, entre otros).

Ahora bien, los sistemas arbitrales funcionan cuando las partes implicadas convienen en que esa es la manera más idónea de resolver sus cuitas, por lo que la puesta

en valor de este género de soluciones precisa de que las colectividades afectadas así como las instancias de poder público se reconozcan recíprocamente, ya que lo contrario tornaría en inoperativa toda esta estrategia.

De igual modo, y como quiera que la representatividad real de las instancias de poder público que se han de sentar a la mesa para dialogar una solución arbitral a estos temas está legitimada democráticamente en los distintos Estados, lo cierto es que no siempre sucede lo mismo con las comunidades indígenas en ocasiones mediatizadas por personas o entidades de diverso ropaje.

Esto supuesto, un elemental criterio de prudencia aconseja que la interlocución arbitral ambiental se lleve a cabo con quienes en la realidad representan a las poblaciones indígenas, libremente elegidos por estas a través de mecanismos democráticos y legítimos.

En fin, una vez dispuesto el órgano arbitral, compuesto plural y equitativamente entre las partes implicadas, la propia dinámica del mismo deberá profundizar en la satisfacción de los problemas, obligándose las partes a su acatamiento, ya que lo contrario habría de arrastrar la consiguiente actuación jurisdiccional tradicional y los subsiguientes mecanismos de cumplimiento de la legalidad.

III.

Las explotaciones mineras son, indudablemente, las actividades productivas que más severo impacto producen en el medio ambiente, por lo que su adecuación al medio resulta todo un ensayo para las restantes. La existencia en diversos Estados de Sudamérica de la llamada *minería informal* vinculada a yacimientos no energéticos, como el oro o la plata, está paulatinamente diezmando la superficie forestal de amplios espacios de altísima significación ecológica.

A la vista de la evolución legislativa, la normativa minera de algunos Estados, como España, ha supuesto un logro innegable en orden a compaginar la existencia de explotaciones y la preservación del medio ambiente. Pese a los problemas de concreción que ha originado a lo largo de sus casi cuatro décadas de aplicación, la inquietud ambiental de los textos legales españoles de principios de los años setenta del pasado siglo merece un especial reconocimiento. Elogio aún mayor si valoramos el riesgo que siempre conlleva -y quizá más en la época de su promulgación, etapa de desarrollismo indisimulado- la inserción de cautelas ambientales entre la normativa inequívocamente industrial. Como simple botón de muestra de la nueva tendencia que inaugura, la Ley de Minas 22/1973, de 21 de julio, actualmente vigente, impulsó en la confección de una nueva Ley de Residuos -la que se promulgaría en 1975, -hoy ya derogada en España-, para tratar, entre otros objetivos, de obtener la adecuada recuperación de los recursos minerales y proteger otros recursos geológicos.

Aunque esta norma no alteró radicalmente la situación legislativa minera anterior, sí lo hizo, y mucho, a nuestros particulares efectos ambientales. En parte como

consecuencia de la reacción jurídica internacional ante el deterioro del medio, insertaría entre su articulado, y resultante, muy diversas obligaciones tuitivas dirigidas a compaginar en armonía los intereses económicos y ecológicos.

Así, nada menos que una veintena de artículos de la ley se refieren a la cuestión ambiental o, como mínimo, a la utilización racional de los recursos mineros a partir de la expresa dicción de su artículo 5.3, por el que se dispone, explícitamente, que las condiciones de protección del ambiente: “*serán imperativas en el aprovechamiento de los recursos objeto de esta Ley...*”

Tanto la ubicación formal de este precepto -entre los inmediatos principios de la acción pública en materia minera- como, sobre todo, su categórico enunciado, convierten a la norma en un valioso instrumento de expresa aplicación general. Ello explica que, pese al silencio que guarda la Ley de Minas sobre determinadas y graves cuestiones ambientales, habrá de entenderse aplicable el artículo 5.3 a tales espacios y labores. Sin duda, a partir de este capital precepto de la vigente Ley Minera española, la era de la indiscriminada explotación mineral queda, al menos sobre el papel, felizmente superada.

Sea como fuere, y con independencia de las previsiones ambientales encajadas con carácter pionero en la Ley de Minas, la elaboración constitucional posterior reforzaría sustancialmente dichas disposiciones, convirtiéndolas así en elementos básicos del emergente Estado social.

Como ya hemos advertido, con la Constitución Española de 1978 adquiere carta de naturaleza la interdicción de cualquier utilización abusiva, ilimitada e irracional de los recursos naturales. A partir, por tanto, del innovador artículo 45 de la *lex legum* española, la explotación minera deberá empezar a desenvolverse en un contexto constitucional delimitador de su potencial y, hasta hace muy poco, incondicional extensión. La norma española proclama con claridad un modelo económico que tome en consideración, aparte de variables meramente productivas, los costes ambientales o sociales. Se limita a ofrecer, fruto de su carácter paccionado y flexible, un patrón de progreso netamente abierto en el que puedan articularse -dentro de ese generoso marco- diversas y contrapuestas concepciones de la prosperidad.

Tal es la conclusión que se extrae de la lectura del Capítulo III, Título I -bajo la rúbrica “*De los principios rectores de la Política Social y Económica*”- de la Constitución Española y, singularmente, de su artículo 45. Sus tres párrafos son más que suficientes para adivinar que la opción del constituyente español se dirige hacia objetivos preferentemente cualitativos, hacia unas metas superadoras del perjudicial desarrollismo del pasado.

En desarrollo del artículo 5.3 de la Ley de Minas, se aprobarían entre 1982 y 1984 unas normas sobre restauración del espacio natural afectado por actividades mineras, en donde se aprecia una decidida voluntad de resolver el intrincado problema minero-ambiental conforme a los criterios del sumo intérprete. De esta manera, se afirmará la obligación de restaurar el entorno minero dentro de los

límites que permita la existencia de actividades extractivas, particularmente de aquellas que por su interés para la economía nacional son clasificadas como prioritarias, matizando la cuestión en su segundo párrafo, al ordenar siempre la restauración de yacimientos a cielo abierto y de aquellos casos de minas subterráneas en los que las instalaciones o trabajos en el exterior alteren sensiblemente el espacio natural.

Los Planes de Restauración ambiental previstos en esta normativa, en suma, tendrán a tenor de estas disposiciones la consideración de condición especial de los títulos de autorización de aprovechamiento y concesión de explotación, no pudiéndose otorgar éstos si a través del Plan de Restauración no queda debidamente asegurada la restauración del espacio natural, graduándose en función de la fisonomía, configuración, características, valor y utilización del suelo antes del inicio de las explotaciones.

Sobre el *minimum* restaurador, dicho Plan ambiental debe contener, por su parte, precisiones acerca del condicionamiento de la superficie del terreno, medidas contra la erosión, protección del paisaje estudio de impacto ambiental y proyecto de almacenamiento de residuos.

En lo tocante a la realización del Plan, la norma posibilita que la restauración sea ejecutada alternativamente por el propio explotador o por la Administración. En este último supuesto, la autoridad minera recibirá una cantidad periódica a satisfacer por el titular minero, aunque en ambos casos, el Plan de Restauración sería consumado conforme al calendario de ejecución previsto en el mismo, un programa de cumplimiento cuya inobservancia deparará, aparte de la suspensión provisional de los trabajos, la caducidad del permiso de investigación o de la concesión de explotación.

En consecuencia, las épocas de la producción minera insensible al valor de la naturaleza han concluido felizmente, pero también aquellas que pretenden devolvernos al pleistoceno considerando que ningún recurso natural es susceptible de un mínimo aprovechamiento. Por ello, el presente nos depara un escenario en el que tanto los valores económicos como los ambientales deban padecer siquiera de forma irregular, posibilitando menores producciones a costa de menores detrimentos ecológicos, siempre guiados por un estado de la ciencia y de la técnica que se encamine por esos derroteros de desarrollo cualitativo.

El derecho, a los anteriores efectos, ya ha depositado su pequeño grano de arena en este debate, sosteniendo, en lo que nos interesa, que un espacio natural protegido, aunque esté preñado de mineral, sólo podrá ser alterado en su configuración y explotado si tal mineral es de indiscutible entidad y siempre que se extraiga con el menor detrimento ambiental posible. En los demás casos, y pese a que estemos ante minerales no prioritarios a extraer en espacios no protegidos, habrá de procederse a similar compaginación de valores económico-ambientales, facultando, en cualquier caso, unas labores que produzcan mineral pero que lo hagan con el menor daño posible.

IV.

En buena cuenta como consecuencia de los distintos pronunciamientos emanados desde hace décadas por la Unión Europea sobre el desarrollo sostenible a su vez tributarios de los propósitos internacionales en la materia, la estrategia de reducción de gases de efecto invernadero, y de protección atmosférica en suma, ha dado al traste con un novísimo sistema de control de las emanaciones contaminantes cuyas plurales consecuencias habrán de verificarse a no tardar tanto en la calidad de aire como en el desarrollo económico e industrial del planeta.

La intención final de esta estrategia, no obstante, no puede calificarse en rigor como novedad. Desde la vertiente internacional, la constatación de los palpables efectos transfronterizos de la contaminación industrial en el último tercio del pasado siglo movió en su día a la comunidad de naciones a arbitrar medidas dirigidas hacia múltiples destinatarios, tal y como aconteció con la normativa promulgada tras la verificación de diversos siniestros industriales graves.

Desde entonces, el sistema de protección legal ambiental, así como sus subsiguientes herramientas, ha girado en torno a medidas tendentes a abordar los inconvenientes que acechan al planeta desde la perspectiva global, y muy significativamente en lo tocante a la calidad del aire, dada su indiscutible intercomunicabilidad transfronteriza y su notable influencia sobre el clima

Así, tomando consciencia la generalidad de las naciones de los factores que, a decir del mayoritario parecer científico, más comprometen su futuro, no han faltado reacciones tempranas que pretenden intervenir en los mismos de forma real y rigurosa, a través de mecanismos jurídicos que, desde esa señalada dimensión universal, se proyecten no sólo sobre áreas geográficas concretas, sino también sobre aspectos múltiples que derivan de la actuación humana, principalmente económicos.

Hemos de partir, por consiguiente, de un dato previo. Pese a la ausencia de una unanimidad científica internacional, todo parece apuntar a que las acumulaciones de emanaciones de dióxido de carbono (CO₂, en lo sucesivo) y de otros gases de efecto invernadero (GEI, en adelante), derivadas de procesos químicos y de combustión de combustibles fósiles (como el petróleo, el carbón, el gas natural o la madera), son las principales causantes del calentamiento de la Tierra y del denominado *cambio climático*, razón por la cual se ha propuesto que tales emisiones deban ser estabilizadas y limitadas en el seno de un contexto global, sin perjuicio de las obligaciones particulares que cada nación deba adoptar a raíz de dicho contexto.

Esto supuesto, la necesidad de arbitrar mecanismos concretos que posibiliten tales reducciones en la práctica ha sido, al menos desde hace un decenio, un objetivo capital tanto de la comunidad de naciones como de los Estados, habiendo suscitado copiosas reflexiones y propuestas de uno u otro género.

Con todo, los diversos remedios sugeridos para lograr este ambicioso menester han cristalizado con el tiempo en una serie de instrumentos en los que, compaginando

la intervención pública con la libre iniciativa propia de una economía de mercado, se puedan alcanzar los propósitos apuntados sin comprometer en exceso el desarrollo social y económico mundial.

De esta manera, los modelos de reducción de GEI finalmente consagrados por los textos convencionales internacionales, y corriendo el tiempo por las instancias supranacionales e internas, han tratado y aún intentan conciliar las exigencias propias de la protección ambiental mundial con las derivadas de un desarrollo industrial hasta ahora basado en buena medida en la emisión de combustibles carbonosos.

Esto es, en lugar de articular pautas estrictamente policiales o fiscales que obstaculicen de forma sobrevenida el diario devenir de estas actividades, las medidas consagradas en los textos y normas que nos ocuparán procuran ante todo un cambio flexible de modelo industrial que faculte el cumplimiento de los objetivos ambientales sin dificultar al mismo tiempo la evolución económica, como ocurre con el principal instrumento flexible de estabilización y reducción de GEI, que es el intercambio de derechos de emisión.

Este relativamente inédito elemento, de carácter complementario a otros dirigidos a obtener una anhelada limitación de emisiones de estos gases en ciertas actividades industriales, permite a los Estados alcanzar tales objetivos de disminución con el menor costo para su desarrollo, a través de una posible transferencia de cuotas de emisión entre sus operadores económicos, potenciando así su eficiencia.

Esta alternativa elegida, por consiguiente, rebasa las fórmulas conocidas de intervención administrativa basadas en un control previo de actividades y su subsiguiente control y reacción disciplinaria, medidas éstas que en todos los Estados, han arrojado y aún arrojan resultados bien susceptibles de mejora.

En efecto, el régimen tradicional de protección ambiental armado de un sinfín de herramientas para apremiar el cumplimiento de los estándares de calidad ecológica a los operadores económicos, continúa facultando un insuficiente saldo tanto desde la perspectiva ambiental como de la propiamente económica, debido a múltiples factores en los que no resulta apresurado apuntar los limitados medios materiales y humanos en manos públicas para hacer cumplir las leyes, o la lisa y llana inaplicación de la ingente normativa por su desconocimiento.

Así pues, siendo en muchos casos preferible al destinatario de las disposiciones ambientales eludir su cumplimiento y nunca al revés, la necesidad de arbitrar medios que giren en torno al propio receptor de los mandatos para implicarle como protagonista principal en ellos, ha posibilitado la conversión de la obligación ambiental en un valor económico más, con las paralelas oportunidades que presenta esta opción para los agentes industriales o financieros.

Con todo, de cuanto antecede no puede desprenderse la candorosa idea de que el mercado de derechos am-

bientales sea una suerte de panacea capaz por sí sola de solventar endémicos problemas diagnosticados hace lustros y de consecuencias diversas. El hecho mismo de que este sistema esté a la hora de redactar estas letras en franco proceso de reajuste y eventual modificación, es ya relevante.

Este sistema, de porte complementario a otros clásicos, singularmente los policiales, debe ser interpretado en su conjunto como un remedio más previsto para atajar inconvenientes globales que requieren una pronta satisfacción, remedio que se ha ensayado precisamente como consecuencia de la ineficiencia de los restantes para resolver determinados males.

El comercio de derechos ambientales, aquí de derechos de emisión de GEI causantes del cambio climático, ha de ser por tanto entendido como una alternativa más para hacer cambiar la mentalidad en el cumplimiento de las normas ambientales, y nunca como una figura de la que se esperen benéficos productos de inmediato. El mercado suele operar habitual e invariablemente con perspectiva evolutiva, ya que los intercambios de valores precisan de tiempo para su puesta en valor.

Sea como fuere, el punto de partida de toda esta estrategia multilateral vino dado por la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de 9 de mayo de 1992.

Como resultado del consenso científico internacional acerca del calentamiento global propiciado por los contemporáneos modos de producción industrial y consumo, en el seno de Naciones Unidas se adoptarían entre 1987 y 1990 tres pioneras actuaciones en la materia. Por un lado, la firma el 16 de septiembre de 1987 del Protocolo de Montreal para prohibir el uso de sustancias que redujeran la capa de ozono; por otro, la consagración del llamado *principio de equidad intergeneracional* en relación con el cambio climático en la Resolución 43/53 de la Asamblea General y, en fin, la creación, bajo los auspicios del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y de la Organización Meteorológica Mundial, tanto del *Grupo Intergubernamental de expertos sobre el Cambio Climático (IPPC)*, en acrónimo) como del *Comité intergubernamental de Negociación*, con el doble objetivo de estudiar los mecanismos de prevención de la alteración climática posibilitada por el aumento de concentración de GEI en la atmósfera y de redactar a tales efectos un borrador de Convenio Marco.

En el señalado Protocolo de Montreal, y por vez primera en el panorama internacional, los Estados ensayarían un nivel de control y reducción de sustancias contaminantes a partir de un determinado año base (1986), facultando procesos de intercambio y transferencia entre países deficitarios y excedentarios de tales sustancias, aunque respetando los compromisos de limitación globales y flexibilizando al propio tiempo sus obligaciones respecto de las necesidades propias de las naciones en vías de desarrollo.

Tras cinco sesiones y un año y medio de previa negociación en el seno del Programa de Naciones Unidas para el

Medio Ambiente, el Convenio Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), sería finalmente adoptado en Nueva York, el 9 de mayo de 1992 por 158 Estados, disponiendo como objetivo principal la estabilización genérica de las concentraciones de GEI en la atmósfera, a niveles que impidieran interferencias antropogénicas peligrosas en el clima, retornando en 2000 a los niveles de contaminación de 1990.

La Convención, a la que se incorporarían posteriormente con sus respectivos instrumentos de ratificación un total 186 países, se fundamenta para lograr sus propósitos en tres clases de instrumentos de corte institucional y un tanto voluntarista. Por un lado, en el adecuado juego de principios generales a respetar por las partes en sus relaciones recíprocas e internas, como los de *equidad intergeneracional*, subsidiariedad, precaución, desarrollo sostenible, y cooperación internacional, todos ellos con inequívoca funcionalidad interpretadora del restante articulado de la CMNUCC. En segundo término, a través de la asunción de diversos compromisos generales de mayor a menor grado de ambición y definición. Y, en fin, enunciando una serie de obligaciones algo más específicas para las partes signatarias de cara a obtener la ansiada y final reducción GEI, si bien con una buena dosis de inocencia e imprecisión.

Respecto de los compromisos generales, el primer párrafo del artículo 4 CMNUCC enumera los que deben asumir todas las naciones firmantes, entre los que cumple destacar la elaboración y publicación periódica de inventarios nacionales de emisiones antropogénicas de todos los GEI no controlados por el Protocolo de Montreal (Art.4.1.a); la redacción y aplicación real de programas nacionales implementando medidas para mitigar el *cambio climático* (Art.4.1.b); o la comunicación a la Conferencia de las Partes (COP, en lo sucesivo) de toda aquella información relativa a la aplicación de la CMNUCC (Art.4.1.j). Todos estos cometidos, aunque figuren en el texto del CMNUCC con aparente genio obligacional, no dejan de poseer en su debido cumplimiento un notable y bien visible componente aleatorio, incluso permitiendo al menos en potencia la implementación de políticas contra el cambio climático *cosméticas* y en buena medida inservibles.

No obstante, y acaso consciente el redactor del CMNUCC de su explícita ambigüedad, decidiría incorporar dentro de su catálogo de compromisos específicos (dirigidos a los Estados industrializados más los miembros de la OCDE, la Unión Europea y los países en proceso de transición a una economía de mercado, enumerados en el Anexo I CMNUCC), distintas medidas de limitación de emisiones GEI y de mejora de los sumideros de dichos gases, pese a no cuantificar tal reducción sino apenas exhortar a que dichas medidas puedan “*demostrar 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 la presente Convención*”.

Además, la CMNUCC, descuidando también la formulación de un calendario concreto para la limitación de emisiones prescrita, sugeriría escasamente la estabiliza-

ción de las mismas a un escenario previo de niveles de emisión incierto en el tiempo, aun previendo que las partes de su Anexo I, debieran adoptar distintas actuaciones informativas sobre la marcha del proceso descontaminador y arbitrar del mismo modo mecanismos de coordinación internacional y de revisión de sus políticas internas incentivando las actividades no contaminantes.

Finalmente, y en lo tocante a los compromisos específicos adicionales a las naciones citadas en el Anexo II CMNUCC, se intima la aportación de fondos para el cumplimiento de sus obligaciones en favor de aquellos Estados particularmente vulnerables a hacer frente a sus costos de adaptación, así como la transferencia de tecnologías apropiadas a tales efectos.

Con todo, y debido a la notoria ausencia de determinación del Convenio, y la no menor incertidumbre de sus magnos y encomiables objetivos, la primera Conferencia de las Partes (COP) celebrada en Berlín en marzo de 1995 acordaría iniciar las negociaciones multilaterales a fin de posibilitar un protocolo que afanzara de forma realista al CMNUCC frente al fenómeno del cambio climático.

A tales efectos, en la Conferencia, convocada en su tercera sesión en la ciudad japonesa de Kioto en 1997, se adoptó por 38 países incluida la Unión Europea como Parte independiente, el Protocolo que más adelante nos ocupará, abriéndose a su ratificación por los Estados en Nueva York del 16 de marzo de 1998 al 15 de marzo de 1999, habiéndolo suscrito a esta última fecha 84 Partes.

Sin perjuicio de la aprobación del Protocolo, el CMNUCC hubo sin embargo de continuar su lento proceso evolutivo a través de la resolución de sus aspectos más controvertidos en las sucesivas COP de Buenos Aires, Bonn, o La Haya, adoptándose en ellas diversos planes de acción y mecanismos de aplicación del convenio y el protocolo que cristalizarían en las disposiciones establecidas en Marrakech en noviembre de 2001. La alambicada urdimbre organizativa dispuesta por el CMNUCC para su funcionamiento y vigilancia continúa desde entonces perfilando sus perfiles jurídicos y administrativos.

La COP de Kioto, convocada en dicha ciudad nipona el 11 de diciembre de 1997 en el seno del CMNUCC, adoptó el Protocolo que lleva su nombre (en lo sucesivo, PK), consagrando una esperada y deseable concreción del contenido del CMNUCC a través de una serie de instrumentos dirigidos a la reducción de emisiones de GEI en distintas actividades en virtud de su artículo 3.1, por el que los países desarrollados y aquellos inmersos en procesos de transición a una economía de mercado (Partes del Anexo I de la CMNUCC), asumirían el compromiso de reducir, de forma individual o conjuntamente y a lo largo del quinquenio de compromiso 2008-12 al menos un 5% de sus emisiones antropógenas de los seis gases sometidos a control (dióxido de carbono -CO₂-; metano -CH₄-; óxido nitroso -N₂O-; hidrofluorcarburos -HFC; perfluorcarburos -PFC-; y hexafluoruro de azufre -SF₆-), en relación con el año 1990 para los tres primeros gases, y de 1995 para los restantes.

La limitación global que el PK acordó se determinaría finalmente en un -5,2 % para los Estados industrializados (enumerados en su Anexo B), en tanto responsables de más del 60% de las emisiones históricas y actuales pese a contar con apenas un 20% de la población mundial (desglosándose por zonas de la siguiente manera: -8% para los Estados de la Unión Europea; -7% para Estados Unidos; -6% para Japón y Ucrania, +8% para Australia y el porcentaje de emisión de 1990 para Rusia y Nueva Zelanda); mientras que a los Estados en vías de desarrollo no les serían de aplicación esa reducción, al menos en su fase inicial.

No obstante, y sin librarse en su integridad del lastre de imprecisión advertido en la CMNUCC, el PK intercala mandatos de corte ineludible con otros naturaleza etérea y genérica, como sucede con los aspiraciones establecidas en su artículo 2, proponiendo políticas de promoción del desarrollo sostenible y de solución del cumplimiento de los compromisos cuantificados de limitación de emisiones por medio de un largo y denso elenco de medidas o tendencias, como el fomento de la eficiencia energética en la economía; la mejora de los sumideros y depósitos de GEI no controlados por el Protocolo de Montreal; la promoción de prácticas sostenibles de gestión forestal, forestación y reforestación o agrícolas sostenibles a la luz de las consideraciones del cambio climático; el fomento de la investigación y uso de formas nuevas y renovables de energía, *tecnologías de secuestro* del CO₂ y de aquellas que resulten ecológicamente racionales; la reducción progresiva de las deficiencias del mercado contrarias al objetivo de combatir el cambio climático; el impulso de reformas en los sectores industriales afectados para reducir las emisiones de GEI en todos los sectores y especialmente en el transporte; o, en fin, la limitación de las emisiones de CH₄ mediante su recuperación y utilización en la gestión de los desechos, así como en la producción, el transporte y la distribución de energía.

El PK, con los señalados objetivos concretos de reducción de GEI y aquellos otros más triviales y generales, entraría en vigor con fecha 14 de febrero de 2005, al cumplirse con la ratificación rusa de diciembre de 2004 la condición establecida en su artículo 25.1, y contar con un mínimo de 55 instrumentos correspondientes en su conjunto al 55% de las emisiones de CO₂ en 1990.

Ahora bien, como consecuencia de la diferente situación tecnológica y económica de cada uno de los Estados signatarios, el propio PK se cuidaría de establecer expresamente un compromiso obligatorio de reducción acomodado a tales patrones de desarrollo, existiendo Estados, como España, a los que se les permite incrementar sus emisiones un 15% en relación con 1990 al no haber alcanzado en dicho año el umbral de desarrollo industrial mínimo.

En la misma línea, el PK dispone de hasta cuatro mecanismos de flexibilidad tendentes a facilitar a los Estados conseguir sus ambiciosas determinaciones, dentro o fuera de su territorio. A tales efectos, y partiendo de la adjudicación en el PK a los países firmantes se les facultaría otorgar unos derechos de emisión o de poder emitir una

tonelada equivalente de CO₂ durante un lapso de tiempo concreto, derechos transferibles entre Estados, posibilitando de tal manera un potencial mercado internacional de derechos de emisión sometido a supervisión.

El primero de los cuatro mecanismos de flexibilización adoptados es el comercio de emisiones internacionales, previsto en el artículo 17 del protocolo y consistente en el intercambio de parte de los niveles de emisiones nacionales que son asignadas a cada Estado, estableciendo para cada industria unas cuotas de emisión a partir de 2005 y permitiendo a una instalación que emita más de su cupo asignado la opción de implementar medidas reductoras o bien de adquirir derechos de emisión a otras industrias.

La segunda de las medidas, de implantación o aplicación conjunta, versa sobre el intercambio de derechos de emisión a través de la financiación o transferencia de tecnología en proyectos o industrias conjuntas entre los Estados desarrollados signatarios del Protocolo, aunque tecnológicamente menos evolucionados.

La tercera herramienta viene dada por el llamado mecanismo de desarrollo limpio (artículo 12 PK), idéntico al que se acaba de mencionar de implantación conjunta aunque dirigido a la transferencia tecnológica hacia países en vías de desarrollo, facultando a dichos Estados añadir a su cuota de emisión las reducciones que se alcanzan en naciones industrializadas.

Y, en fin, como último instrumento de flexibilización, el PK faculta a los Estados a reducir sus emisiones netas restando los sumideros de carbono vinculados a actividades de forestación y tierras de cultivo de las emisiones industriales, pudiendo descontarse de este modo un 1% del porcentaje máximo respecto del año base 1990.

Respecto de su régimen de cumplimiento, y al dejar el artículo 18 PK libre iniciativa de las Partes para su articulación, hubo de esperarse a la COP de Bonn, cita en la que se establecerían como medidas reaccionales o disciplinarias la obligación de elaborar un plan de acción de cumplimiento, la imposición de una tasa de restauración de 1.3 veces la cantidad excedentaria de GEI para el primer período de compromiso (2008-2012), y la suspensión por infracción del acceso al mercado de emisiones del artículo 17 del Protocolo de Kioto. Con todo, el sistema sancionador previsto indiciariamente en Bonn espera aún que la Conferencia de las Partes de Copenhague resuelva extremos tan singulares a nuestros efectos como el concreto procedimiento impugnatorio o su carácter vinculante o facultativo.

Tras la adopción del PK, el proceso de negociación sobre su contenido, y muy significativamente respecto de sus instrumentos complementarios, cabe calificarse como de intenso. Al consistir en buena medida el mecanismo de control ambiental propuesto en un tránsito gradual hacia nuevas formas industriales y económicas, y al pretender una reducción global del fenómeno de los GEI en el cambio climático, puede afirmarse que el curso los acontecimientos no ha hecho más que comenzar. Incluso, la polémica acerca de la propia existencia e idoneidad

de PK para lograr sus laudables propósitos, aconseja indudablemente que observemos el proceso posterior a la adopción y entrada en vigor del PK con extraordinaria prudencia, al encontrarnos en estos precisos instantes en un momento punto menos que iniciático y preliminar.

Con todo, un año después de la aprobación del PK, en la cuarta COP celebrada en Buenos Aires se aprobaría un plan de acción en relación con su debida ejecución, precisando aquellos extremos oscuros susceptibles de resolución de cara al año 2000. Del mismo modo, en las COP 5 y 6, de Bonn y La Haya de 1999 y 2000, se proseguiría con tal plan de acción para los siguientes ejercicios. Finalmente, en la COP 6 Bis de Bonn de julio de 2001 se alcanzaría el principio de acuerdo antes citado no sólo en materia de cumplimiento del PK, sino respecto de las ayudas financieras a países en vías de desarrollo y del sistema de sumideros.

En la COP 7 de 2001, celebrada en Marrakech, se lograría proseguir con la institucionalización del sistema de cumplimiento del PK, trasladando a disposiciones un en principio vinculantes un mínimo regulador y facilitando a las Partes el proceso de ratificación., mientras que, tras la COP 8 de Nueva Delhi de 2002, en las posteriores COP 9 (Milán, 2003), y COP 10 (Buenos Aires, 2004), se progresaría sensiblemente en el desarrollo del PK en materias como el mecanismo flexible de desarrollo limpio (incluyendo actividades forestales), y la financiación del sistema de reducción internacional.

Esta lenta evolución del PK a través de los trabajos de su órgano institucional superior sirve de forma muy singular para aclarar aquellos extremos problemáticos para los signatarios que, como resulta de la UE, han optado por adelantar su incorporación.

Con todo, y ante el patente debate abierto en la sede del CMNUCC acerca del futuro mismo del PK, los tiempos venideros nos dirán si la comunidad internacional es capaz de sortear los problemas más delicados de toda esta estrategia de defensa climática, y que pasan por los siguientes:

- 1º.- La vinculación al sistema de los Estados con mayor potencialidad contaminadora que resultan ser en buena medida los llamados emergentes que provocan con su imparable crecimiento una polución directamente proporcional a su desarrollo industrial.
- 2º.- La ausencia de controles estrictos en los Estados industrializados en los que los cumplimientos del reparto de derechos de emisión dista mucho de lo ideal.
- 3º.- La voluntad política al más alto nivel para adoptar un mecanismo de reparto de emisiones que penalice las actividades ligadas a los combustibles fósiles u otras actividades añejas, y que fomente fuentes de energía y transporte a través de captaciones no gaseosas.

En lo tocante al Amazonas, además, a las incógnitas adelantadas habrá que sumarse otra más: debido a su consideración como uno de los principales *pulmones*

del planeta, donde se filtra buena parte de la atmósfera mundial, no sería en modo alguno descabellado introducir en los próximos textos convencionales internacionales específicas cautelas sobre el aprovechamiento de este impresionante sumidero de carbono, a través, acaso, de transferencias financieras de la comunidad internacional en favor de los Estados ribereños del Amazonas, dependiendo de la superficie que tuvieran ocupada por la selva amazónica —en el Perú se ha situada esta superficie en torno al 61% del total del suelo del país-. No encuentra justificación en términos de equidad socioeconómica y ambiental que estos Estados bañados por el Amazonas tengan vedado el recto aprovechamiento de los incontables recursos que alberga esta amplia zona en todos los

ámbitos y se mantengan al mismo tiempo en niveles de desarrollo insatisfactorios.

En suma: a pesar de defenderse la posibilidad de llevar a cabo incluso en zonas sensibles ambientales actividades económicas, siempre y cuando estas se sometan a parámetros de calidad ecológica —cosa que la técnica hoy permite por regla general-, decimos, no sería idea descartable que dichas áreas se pudieran mantener vírgenes a efectos de potenciar la regulación climática mundial. Si bien en estos casos tal funcionalidad habrá necesariamente de reportar beneficios a los Estados afectados para mitigar de esta forma el *lucro cesante* —por hablar en términos jurídicos- que padecerían en sus economías por tal indemnidad.