

## 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 importa<sup>1</sup>, y constituye una preocupación creciente en nuestra sociedad<sup>2</sup>, 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 corrupción<sup>3</sup>. 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 extractivas<sup>4</sup>, o el manejo de los conflictos sociales, de los que casi la mitad están relacionados con problemas ambientales<sup>5</sup>. 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 formación<sup>6</sup>. 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 antiguos<sup>7</sup>. 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*<sup>8</sup>. 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

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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](http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales.php).

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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 González Villa, Julio Enrique. "Derecho Ambiental Colombiano". Tomo I. Parte General. Lima: Universidad Externado de Colombia. 2006. pp. 37-51.

<sup>8</sup> 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)<sup>9</sup>.

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 ecológicos<sup>10</sup>.

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 tendencia<sup>11</sup>, siendo los hitos más cercanos en el despliegue de su institucionalidad ambiental la dación del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales en 1990<sup>12</sup>, la creación del Consejo Nacional del Ambiente en 1994<sup>13</sup>, la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental del año 2004<sup>14</sup>, y la promulgación de la Ley General del Ambiente en el 2005<sup>15</sup>. La reciente discusión sobre la creación del Ministerio del Ambiente es parte del mismo proceso<sup>16</sup>. 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 África<sup>17</sup>.

## 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 ecosistemas<sup>18</sup>. 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

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

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

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> Decreto Legislativo 613.

<sup>13</sup> Ley 26410, modificada por la Ley 28245.

<sup>14</sup> Ley 28245, modificada por la Ley 29050.

<sup>15</sup> Ley 28611.

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

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> 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 ecosistemas<sup>19</sup>.

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 moderna<sup>20</sup>. 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"<sup>21</sup>. 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 variando<sup>22</sup>, 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 humanos<sup>23</sup>. 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 inevitable<sup>24</sup>.

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 justicia<sup>25</sup> 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

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> 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 CERREZO, 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.

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

<sup>22</sup> 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.

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

<sup>24</sup> 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 CERREZO, José A. y José Luis LUJÁN. Op. Cit. pp. 100-101.

<sup>25</sup> 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 venir<sup>26</sup>. 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 Ambiental<sup>27</sup>.

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 Global<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> 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 Condicionalidad". En: Vicente Giménez, Teresa (coordinadora). Op. Cit. pp. 53-54. Nos encontramos frente a un interés supraindividual y supracolectivo, que comprende a la especie humana entera.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> 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 política<sup>29</sup>. 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 positiva<sup>30</sup>. 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 países<sup>31</sup>.

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 general<sup>32</sup>. 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-

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

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> 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 naturales<sup>33</sup>.

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 transfronterizos<sup>34</sup>.

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-

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> 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 internacionales<sup>35</sup>. 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 jurídico<sup>36</sup>. 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"<sup>37</sup>. 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"<sup>38</sup>, 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 biocéntrica<sup>39</sup> 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-

<sup>35</sup> 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".

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> Artículo 2, numeral 22 de la Constitución Política del Perú de 1993.

<sup>38</sup> Artículo I del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente.

<sup>39</sup> 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 adecuado<sup>40</sup>.

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 jurisprudencia<sup>41</sup>. 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 ecosistemas<sup>42</sup>. 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 oportunos<sup>43</sup>. 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 lado<sup>44</sup>.

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.

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> Artículo 31 de la Ley General del Ambiente.

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> En la segunda parte del artículo 1 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 regularlos<sup>45</sup>.

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?<sup>46</sup> 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 análisis<sup>47</sup>.

Por dicha razón, el ACB debe ser considerado como una ayuda para la toma de decisiones y no una herramienta para intentar reemplazarla<sup>48</sup>. De esta manera se evitan "estocadas en la oscuridad" y se generan las condiciones para una deliberación democrática, responsable y reflexiva<sup>49</sup>. 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

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

<sup>46</sup> MARTINEZ ALIER, Joan y Jordi ROCA JUSMET. "Economía ecológica y política ambiental". México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 2000. pp. 257-269.

<sup>47</sup> 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.

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

<sup>49</sup> 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 información<sup>50</sup>.

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 provisión<sup>51</sup>. 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)<sup>52</sup>.

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 instrumentos<sup>53</sup>

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-

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

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

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

<sup>53</sup> Esta es una versión revisada y ampliada de una parte del capítulo 1 de LANEGRA QUISEP, Ivan 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 implementación<sup>54</sup>.

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 ciudades<sup>55</sup>, es a mediados del siglo XIX, con la atención a los problemas derivados de la creciente industrialización y sus impactos sobre las ciudades<sup>56</sup> y con los esfuerzos pioneros de conservación y la creación de parques nacionales<sup>57</sup>, 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 Caribe<sup>58</sup>.
- 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 aquéllas<sup>59</sup>.
- 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-

<sup>54</sup> 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.

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> 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](http://es.wikipedia.org/wiki/Parque_nacional).

<sup>58</sup> Hoy denominado Ministerio del Poder Popular sobre el Ambiente.

<sup>59</sup> 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 gobierno<sup>60</sup>.

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 aplicación<sup>61</sup>.

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

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

<sup>61</sup> 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)<sup>62</sup>, 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 seguridad<sup>63</sup>, 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 Ambiental<sup>64</sup>, 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 adecuados<sup>65</sup>. 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 suelos<sup>66</sup>. 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-

<sup>62</sup> 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.

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

<sup>64</sup> 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 previsible 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.

<sup>65</sup> 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.

<sup>66</sup> 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 Comunitarios". 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 Permissible 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 efectividad<sup>67</sup> 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 eficaces<sup>68</sup>. 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)<sup>69</sup>; la revisión de las decisiones administrativas<sup>70</sup>; los mecanismos constitucionales de protección de los derechos (los procesos de amparo, cumplimiento y de *habeas data*)<sup>71</sup>, y el Derecho Penal<sup>72</sup> 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,

<sup>67</sup> 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. ZAEKKE, Durwood, KANIARU, Donald y KRUIKOVA (editores). "Making Law Work. Environmental Compliance and Sustainable Development". Cameron May Limited. International Law Publishers. 2005. p. 22.

<sup>68</sup> 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.

<sup>69</sup> 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.

<sup>70</sup> 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.

<sup>71</sup> 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.

<sup>72</sup> 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 internacional<sup>73</sup>, y las posibilidades que se abren con la aplicación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos ambientales<sup>74</sup>.

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 enfrentan<sup>75</sup>.

### 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 objetivos<sup>76</sup>. 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 Mundial<sup>77</sup>. 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 privadas<sup>78</sup>. 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 gestión<sup>79</sup>. 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.

<sup>73</sup> 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.

<sup>74</sup> 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.

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

<sup>76</sup> MENELL, Peter S. Op. Cit. p. 93.

<sup>77</sup> 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.

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

<sup>79</sup> 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.