



EL CAPÍTULO AMBIENTAL EN LOS TLC

EMMA GÓMEZ M.

Introducción

En la actualidad, los problemas ambientales han llegado a un estado crítico y constituyen una de las principales preocupaciones a nivel mundial.¹ La conclusión es simple: de no atenuarse problemas como la contaminación ambiental, la degradación de las tierras y la pérdida de diversidad biológica, el nivel de crecimiento poblacional y de consumo de recursos naturales sobrepasará la capacidad de carga de nuestro planeta.²

Es claro que el desarrollo de nuestros días ya no puede expresarse solo en términos económicos. Para decir que existe desarrollo, el mismo debe permitir el cumplimiento de objetivos sociales, ambientales y democráticos, además, claro está, de los objetivos de crecimiento económico. En la actualidad, debemos hablar de desarrollo de manera integral y la variable ambiental va cobrando cada vez mayor importancia y se materializa en el concepto de desarrollo sostenible³.

Si bien se tiene conocimiento que todas las actividades humanas impactan en mayor o menor grado en el medio ambiente, se deben tomar medidas que garanticen que dichos impactos van a ser mínimos y sobretodo tolerables. La protección del medio ambiente y con ello, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales son la única garantía para alcanzar el desarrollo sostenible.

En este contexto, se trata de encontrar una armonía entre la actividad empresarial e industrial y el medio ambiente. Vivimos en una era caracterizada por la desregulación de la economía, y por ende, debe controlarse el efecto que dichas políticas económicas tengan sobre el medio ambiente. Siguiendo en principio esa lógica, los Tratados de Libre Comercio que, en los últimos años ha suscrito Estados Unidos con diversos países de América, y cuyo principal objetivo es hacer más fluido el tráfico comercial entre las partes del tratado, incluyen disposiciones relativas al medio ambiente.

La adecuada gestión del medio ambiente en nuestro país es de vital importancia pues representa una clara opción de desarrollo, al albergar una infinidad de recursos naturales, tanto renovables como no renovables, que son la base para un gran número de actividades. A pesar de constituir un gran potencial para el Perú, la situación del medio ambiente es crítica y debemos enfrentar la depredación de muchos recursos naturales y graves problemas de contaminación que afectan la salud de la población.

La situación antes descrita, nos ha llevado a considerar necesario analizar los alcances del capítulo referido a medio ambiente del Tratado de Libre Comercio suscrito entre

¹ Hace más de treinta años, y con motivo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, reunida en Estocolmo del 5 al 16 de Junio de 1972, comenzó a plantearse la problemática del medio ambiente a nivel mundial. Esta conferencia es el primer hito en materia ambiental. En el año 1992, se realizó la Conferencia de Río, también denominada Cumbre de la Tierra, en la que crece la concientización sobre la universalidad de los aspectos ambientales.

² Si bien el británico Thomas Malthus, desde fines del siglo XVIII había señalado en su obra "Ensayo sobre los principios de la población" del año 1798 que *"la capacidad de multiplicación de la población (progresión geométrica) es indefinidamente mayor que la capacidad de la tierra (progresión aritmética) de producir bienes de consumo"*, es recién en los años setenta que se toma real conciencia de esta realidad.

³ Existen diversas definiciones del concepto de desarrollo sostenible pero la más citada es la que pertenece al Informe "Nuestro futuro común": "El desarrollo sostenible es el desarrollo que satisface necesidades del presente sin comprometer la habilidad de generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades". En World Commission on Environment and Development, 1987. Pág 43. Citado por GALARZA, Elsa, GÓMEZ, Rosario y GONZALES, Luis en el Documento de Trabajo: "Ruta hacia el desarrollo sostenible del Perú". Centro de Investigación Universidad del Pacífico. Lima, 2002.

Perú y los Estados Unidos de Norteamérica y sus posibles efectos en la protección del medio ambiente y en la gestión y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, tanto a nivel normativo como a nivel práctico.

Para tal efecto, el informe está dividido en tres partes. En una primera parte, haremos una comparación entre las disposiciones ambientales de los distintos Tratados de Libre Comercio que ha suscrito EEUU con países americanos. Analizaremos cuáles son las disposiciones que se repiten en cada uno ellos, así como las principales semejanzas y diferencias y los efectos que han tenido en los países en los que se han implementado.

En un segundo lugar, analizaremos el Capítulo XVIII -medio ambiente- del TLC Perú-EEUU. Haremos un análisis de las principales disposiciones, los alcances de las mismas y si la regulación referida a medio ambiente guarda concordancia con las disposiciones del capítulo de inversiones.

En último lugar, veremos algunas de las características del marco ambiental actual. Un análisis de sus fortalezas y debilidades, nos permitirá ver cuáles son las implicancias que dicho tratado tendrá respecto a las futuras modificaciones e implementaciones que vayan a realizarse en el mismo. Asimismo, mencionaremos uno de los potenciales que brinda el medio ambiente para el desarrollo del país y como la protección ambiental es un requisito para alcanzar este objetivo.

PARTE I

Análisis comparativo de las disposiciones ambientales del TLCAN, TLC Chile EEUU y TLCAC.

Para poder hacer un análisis integral del Capítulo de Medio Ambiente del TLC que ha firmado el Perú con EEUU, consideramos importante hacer una revisión de las principales disposiciones en materia ambiental de los Tratados de Libre Comercio que ya ha suscrito EEUU con países del continente americano. Ello nos va a permitir encontrar similitudes y diferencias entre los distintos documentos y así, evaluar el grado de negociación que ha existido en esos casos, para luego analizar los alcances de las disposiciones ambientales del TLC Peruano.

Son varios los tratados que nos sirven como referencia para hacer un análisis del tratamiento del tema Medio Ambiente en los TLC que ha suscrito EEUU. En primer lugar, está el Tratado de Libre Comercio de América del Norte-TLCAN (NAFTA por sus siglas en inglés) suscrito con Canadá y México, que se firmó el 17 de diciembre de 1992 y que entró en vigor el 1° de enero de 1994. Luego, el Tratado de Libre Comercio con Chile, firmado el 6 de junio de 2003 y vigente desde el 1° de enero de 2004. Finalmente, el Tratado de Libre Comercio de América Central-TLCAC (CAFTA por en inglés) suscrito con Republica Dominicana y los países de Centroamérica, cuyo texto único fue firmado el 5 de agosto de 2004.

1.1 Las disposiciones ambientales del TLCAN

En principio, cabe indicar que el TLCAN no tiene un capítulo específico referido al tema de medio ambiente. Este tratado contiene algunas disposiciones sobre la materia en los Capítulos de Inversión (Capítulo 11) y Medidas de Normalización (Capítulo 9). Salvo las disposiciones antes señaladas, la totalidad de los puntos sobre el tema ambiental son tratados en el Acuerdo de Cooperación Ambiental (ACA), suscrito con posterioridad al TLC y que entró en vigor el 1° de enero de 1994.

La primera de estas disposiciones aparece en el Capítulo de Medidas de Normalización, que, en el artículo 904 señala que:

“cada una de las Partes podrá adoptar, mantener o aplicar cualquier medida relativa a normalización, incluso cualquier medida referente a la seguridad o a la protección de la vida o la salud humana, animal o vegetal, del medio ambiente, o del consumidor, al igual que cualquier medida que asegure su cumplimiento o aplicación.

Dichas medidas incluyen aquéllas que prohíban la importación de algún bien o la prestación de un servicio por un prestador de servicios de otra Parte que no cumpla con los requisitos aplicables exigidos por tales medidas o no concluya los procedimientos de aprobación de la Parte”.

De acuerdo a esta disposición, cada parte conserva la potestad de regular y establecer medidas de normalización que tengan entre sus finalidades la protección del medio ambiente, así como adoptar las medidas que permitan su

cumplimiento o aplicación. Asimismo, cada parte puede prohibir la importación de bienes y servicios que no cumplan con los requisitos que exijan dichas medidas de normalización.

En el mismo artículo se establece que:

“cada una de las Partes podrá fijar los niveles de protección que considere apropiado para lograr sus objetivos legítimos en materia de seguridad o de protección de la vida o la salud humana, animal o vegetal, así como del medio ambiente o de los consumidores”.

De acuerdo a este artículo, las partes mantienen la facultad de establecer los niveles de protección ambiental que consideren apropiados, a fin de lograr objetivos legítimos en la materia. Entonces, en principio, los Estados conservan su potestad legislativa para regular el marco legal ambiental.

En el Capítulo de Inversiones, está quizás la disposición más relevante en el tema de medio ambiente. El artículo 1114⁴ establece la denominada “cláusula de excepción ambiental” en la que se faculta a cada parte a disponer las medidas que considere apropiadas para asegurar que las inversiones se desarrollen en armonía con el medio ambiente. En este mismo artículo se señala que es inadecuado “relajar” las medidas aplicables a salud, seguridad o medio ambiente con el fin de fomentar la inversión.

Este artículo señala que: *“Nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.”*

No podemos perder de vista que la cláusula de excepción ambiental está inserta en un capítulo que tiene como finalidad brindar estabilidad, seguridad y todas las garantías necesarias para el buen desarrollo de las inversiones. Es más, la misma cláusula de excepción ambiental establece que las medidas de carácter ambiental tienen que ser compatibles con el capítulo de inversión, lo que nos da un indicio sobre la dificultad que existe para adoptar medidas de protección ambiental.

En el capítulo de inversión, se establecen los siguientes mecanismos de protección de la inversión: protección contra la expropiación directa e indirecta, obligaciones de trato nacional, obligaciones de trato de nación más favorecida,

⁴ Este es el texto completo del artículo 1114:

“Nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.”

Las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud o seguridad o relativas a medio ambiente. En consecuencia, ninguna Parte debería renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar, u ofrecer renunciar o derogar, dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio. Si una Parte estima que otra Parte ha alentado una inversión de tal manera, podrá solicitar consultas con esa otra Parte y ambas consultarán con el fin de evitar incentivos de esa índole”

la prohibición de requisitos de desempeño, que restringen las medidas a imponerse a las inversiones.⁵

Tenemos entonces por un lado, disposiciones orientadas a crear un escenario seguro, que fomente las inversiones y por otro lado, tenemos una disposición que permite la adopción de normas y medidas que aseguren que las inversiones se desarrollen interiorizando los problemas ambientales. La pregunta que surge es: ¿Qué sucede si el inversionista considera que la medida ambiental no es “apropiada” o no es “compatible con el capítulo de inversión”?

Los hechos demuestran que han existido casos en los que inversionistas han considerado que algunas disposiciones de carácter ambiental afectaban su inversión y que por lo tanto, dichas medidas no eran “apropiadas”. En esos casos, los inversionistas presentaron reclamaciones que se sometieron a arbitraje internacional a fin de obtener una indemnización por parte del Estado que adoptó la medida .

En efecto, el capítulo de inversión permite a las partes privadas iniciar directamente un proceso de arbitraje con los Estados receptores, en lo que se conoce como un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.⁶ Las partes privadas pueden someter a arbitraje una reclamación de conformidad con cualquiera de los tres mecanismos preestablecidos: el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, y la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y ello constituye un mecanismo muy poderoso⁷, pues se otorga a un particular la potestad de reclamar directamente a un Estado y exigir el pago de una indemnización.

Los casos METALCLAD, ETHYL CORPORATION y GLAMIS GLOD⁸ nos ilustran claramente sobre las dificultades que existen para establecer efectivamente medidas de protección ambiental. Los tres casos tienen en común lo siguiente: los Estados receptores de la inversión adoptaron alguna regulación en materia de medio ambiente y en cada uno de los casos, los inversionistas interpretaron que estas normas constituían medidas equivalentes a expropiación y reclamaron una millonaria indemnización.

Así, se ha relativizado la denominada cláusula de excepción ambiental pues en situaciones en las que un Estado ha tomado la determinación de adoptar una medida ambiental que tenga consecuencias en materia de inversión, los intereses de los inversionistas se han visto favorecidos en desmedro de la protección del medio ambiente y de la salud de las personas. Estas

⁵ COSBEY, Aaron: “El Capítulo 11 del TLCAN y el Medio Ambiente” Documento de discusión para el taller público del Comité Consultivo Público Conjuntos de la Comisión para la Cooperación Ambiental del América del Norte. 24 de marzo de 2003. México. En: http://www.cec.org/files/PDF/JPAC/JPAC-Ch11-paper_es.pdf. Pág. 7

⁶ COSBEY, Aaron. Op. Cit. Pág. 14.

⁷ Este procedimiento contrasta con el que es aplicable a controversias del derecho comercial, como el de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que son estrictamente Estado- Estado. Hay que señalar que la capacidad de entablar una controversia privada directamente en contra de un Estado receptor se encuentra previsto en varios tratados de inversión bilaterales.

⁸ Para mayor información sobre los casos citados revisar: TORRES, Víctor y DE ECHAVE José: “La desregulación de la inversión extranjera en los TLC y sus posibles efectos en la actividad minera”. Lima, 2005.

disposiciones de protección del medio ambiente han tenido que ceder frente a criterios de protección de la inversión, castigándose la aplicación de leyes ambientales.⁹

Para México y para Canadá, el TLCAN significa otorgar un consentimiento blanco¹⁰ respecto al sometimiento a la jurisdicción del mecanismo complementario del CIADI. La facultad que se otorga al inversionista para presentar una reclamación en esta instancia, con el argumento de que una medida de carácter ambiental afecta su inversión y sus expectativas de ganancia, permite que la discusión no gira en torno al objetivo de la medida ambiental –y que se evalúe la efectividad de la misma- sino que se limite a evaluar la afectación a la inversión.

Cabe recordar que tanto el CIADI como el mecanismo complementario del CIADI nacen para brindar seguridad para las inversiones extranjeras. Es por ello que los criterios que se emplean están orientados hacia la protección de la inversión. A pesar de que la medida que “afecta” la inversión responda a objetivos de carácter ambiental, no se analiza si la misma cumple con los objetivos o si es razonable¹¹, lo único que es sujeto a una revisión es el grado de afectación de la inversión, el impacto económico que tiene la disposición sobre los intereses del inversionista.

1.2 El TLC Chile- EEUU y el TLCAC

En primer lugar, debemos señalar que debido a la similitud de las disposiciones del TLC Chile- EEUU y del TLCAC, hemos considerado pertinente hacer un análisis conjunto de ambos tratados. En el caso del TLC Chile EEUU, existe un capítulo específico que versa sobre la materia ambiental (Capítulo 19) y existe además un Acuerdo de Cooperación Ambiental posterior. El TLCAC sigue el mismo esquema: un Capítulo sobre Medio Ambiente y un Acuerdo de Cooperación Ambiental posterior. Además, ambos tratados contienen una disposición ambiental en el capítulo de inversión.

1.2.1 El medio ambiente y el capítulo de inversión

Es importante destacar que ambos tratados además de contar con un capítulo específico para regular el tema del medio ambiente, también contienen una

⁹ MEDELLIN, Pedro. “Medio Ambiente y Comercio en América del Norte”. Publicado en Pulso, Diario de San Luis. Sección Ideas, Pág. 4 del jueves 20 de junio de 2002. San Luis Potosí, México. URL: <http://ambiental.uasp.mx/docs/PMM-AP020620.pdf>

¹⁰ Por “consentimiento en blanco”-en inglés “arbitration without privity” o “carte blanche” en francés- se entiende a un consentimiento por adelantado del Estado receptor de la inversión para someterse al arbitraje del CIADI o al mecanismo complementario, en caso de controversia con el inversionista nacional de otro Estado. Es decir que el Estado, sea en un acuerdo bilateral o en uno multilateral, acepta de antemano someterse a la jurisdicción del CIADI o del mecanismo complementario para TODAS las controversias que surjan.

¹¹ Así, en el laudo arbitral del caso METALCLAD, se estableció que: “*El Tribunal no necesita considerar los motivos o la intención para la adopción del Decreto Ecológico*”. Con ello, el Tribunal reconoce que no es necesaria la evaluación de la norma ambiental cuestionada por el inversionista. Si bien cabe esa evaluación, la misma no es determinante para decidir si existió expropiación y establecer el pago de una indemnización.

disposición ambiental en el capítulo de inversión¹². En el caso del TLC Chile, el artículo 10.12 regula el tema inversión y medio ambiente; en el caso del TLCAC, es el artículo 10.11 el que trata el referido tema. El texto de estos artículos es el siguiente:

“Nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para garantizar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental”.

Esta es exactamente la misma disposición que figura en el TLCAN y que se conoce como “cláusula de excepción ambiental”. El análisis anterior nos ha permitido comprobar que la misma se ha relativizado pues en casos en los que intereses ambientales se han contrapuesto al desarrollo de inversiones, los intereses de los inversionistas son los que han primado.

Un elemento adicional que encontramos tanto en el TLC chileno como en el TLCAC- y que no aparece en el TLCAN- es la existencia de un anexo que desarrolla el concepto de “expropiación indirecta”. Resulta importante analizar cuáles son los alcances de este anexo porque debemos tener presente que los conflictos que se han dado entre disposiciones ambientales e inversión en el marco del TLCAN se han basado en una interpretación de las regulaciones de carácter ambiental como medidas equivalentes a expropiación.

Es difícil tener una total certeza sobre los fundamentos para incorporar este anexo al capítulo de Inversión de los TLC de Chile y Centroamérica pero podemos elaborar dos posibles hipótesis al respecto.

La primera es que sea producto de una mayor negociación entre las partes y que tengan el objetivo de evitar interpretaciones muy amplias respecto del concepto “expropiación indirecta” como las que se dieron en América del Norte y darle mayores argumentos de defensa al Estado. La segunda es que el citado anexo haya sido incluido como una herramienta para que los inversionistas cuenten con parámetros para fundamentar la existencia de una expropiación indirecta.

El contexto que ha rodeado la incorporación del anexo puede darnos una pista sobre la hipótesis correcta. El hecho de que el mismo aparezca en los últimos tratados multilaterales y bilaterales que ha suscrito EEUU puede llevarnos a pensar que es una cláusula que pertenece a un nuevo modelo de negociación.

El referido anexo establece criterios sumamente vagos para determinar cuando se produce una expropiación indirecta, brindando facilidades al inversionista para que plantee que ha sido víctima de dicha expropiación. Además, aún suponiendo que la razón de la incorporación del anexo responda a la primera hipótesis, esto no evita la posibilidad de tener que hacer frente a reclamaciones por parte de los inversionistas.¹³

¹² Este es el Capítulo 10 del TLC Chile-EEUU y del TLCAC.

¹³ Rodrigo Pizarro opina que la inclusión del anexo representa “un avance y es consecuencia de la mala experiencia del NAFTA en esta materia”. Esto significa que él considera que el anexo responde a la primera hipótesis pero también agrega: “No obstante, se debe señalar que estas cláusulas entregan argumentos jurídicos adicionales a los gobiernos de las Partes, pero no necesariamente significan que aquellas demandas no se realizarán”. En: PIZARRO, Rodrigo: “Un

El criterio que causa mayor preocupación es el que establece que deberá analizarse *“la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión”* con el objetivo de determinar si un acto gubernamental constituye una expropiación indirecta.

A ello debemos agregar la interpretación de expropiación que realizan los grupos arbitrales. Por ejemplo, en el caso de METALCLAD, el panel arbitral ha señalado que: *“la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor”*.¹⁴

¿Cómo debemos entender “beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad”? En esa misma lógica de ambigüedad está formulado el anexo de expropiación que emplea la expresión “expectativas inequívocas y razonables de la inversión”.

Hay que tener en cuenta que la expectativa sobre la inversión se traduce en ganancias y que el sustento con el que cuenta el inversionista al respecto es una proyección de ganancias. ¿Cuáles son los parámetros objetivos que debe tener en cuenta el inversionista para determinar sus expectativas de ganancias futuras? La respuesta es que los únicos criterios que orientan las proyecciones de ganancias son los que elija el propio inversionista.

El TLC solo prevé que dichas expectativas deben ser “razonables e inequívocas”, conceptos tan amplios que permiten una gran discrecionalidad de los inversionistas para argumentar la existencia de una medida estatal, que afecte de tal manera sus expectativas de ganancia, que constituya una expropiación indirecta.

¿Qué certeza podemos tener sobre la veracidad de los datos y evaluaciones que consigne el inversionista respecto de sus expectativas de ganancias? Estamos ante “expectativas de ganancias” definidas por privados y no existe ninguna certeza sobre las mismas. El inversionista puede especular sobre sus ganancias futuras y no hay forma de medir la exactitud de sus proyecciones. Por lo tanto, una buena argumentación sobre el impacto que tiene una medida gubernamental en sus “expectativas de ganancias” puede permitirles obtener un laudo favorable en un arbitraje internacional.¹⁵

Análisis del Capítulo de Inversiones: Las restricciones a la Política Pública”. Documento preparado para la Comisión Especial de Evaluación del TLC entre Chile y Estados Unidos del Senado. Setiembre, 2003.

¹⁴ <http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm>

¹⁵ Si bien los laudos emitidos por los grupos arbitrales del CIADI no tienen carácter vinculante, muchas veces sirven como referencia para otros laudos. En ese sentido, podemos citar parte del laudo de METALCLAD, que ha tomado como referencia el caso Benvenuto y Bonfant Srl c. el Gobierno de la República del Congo, en el que establece: *“Normalmente, el valor justo del mercado de una empresa en actividad que ha tenido una trayectoria de rentabilidad puede basarse en la estimación de las ganancias futuras, sujetas a un análisis de la actualización de los flujos de fondos”*.

Finalmente, en el referido anexo se señala que los actos regulatorios no discriminatorios que son diseñados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente, no constituyen expropiaciones indirectas, salvo circunstancias excepcionales. En principio, el objetivo de esta medida parece ser evitar que los inversionistas aleguen que ésta que esté orientada a proteger el medio ambiente, por ejemplo, equivale a una expropiación indirecta. Pero un análisis más a fondo, nos permite ver que esta medida es muy similar a la denominada “cláusula de excepción ambiental” que está regulada en el Capítulo de Inversión del TLC de América del Norte- y que también está incluida en el capítulo de inversión del TLC chileno, el TLC de América Central y el que ha suscrito el Perú.

La citada cláusula establece que: *“Nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental”.*

La lógica es la misma: evitar que algún mecanismo de protección de la inversión- como lo es alegar la existencia de una expropiación indirecta- evite que el Estado receptor de la inversión adopte medidas de protección al medio ambiente. A pesar de la existencia de esta disposición en el TLCAN, han existido casos en los que inversionistas han argumentado que una medida de protección medio ambiental ha tenido efectos equivalentes a los de una expropiación y han obtenido indemnizaciones millonarias por parte de los Estados que adoptaron dichas medidas.

Por ello, creemos que la disposición en la que se indica que las regulaciones en materia de medio ambiente, seguridad o salud pública, entre otros, no constituyen medidas de expropiación indirecta, salvo circunstancias excepcionales, corren el riesgo de no tener efectividad práctica, tal como sucedió con la cláusula de excepción ambiental en el caso del TLC de América del Norte.

Si bien existirá una evaluación para cada caso en concreto, existe un riesgo muy grande para los Estados receptores de la inversión de tener que enfrentar reclamaciones fundamentadas en una afectación a las expectativas de ganancias futuras de los inversionistas.

1.2.2 El capítulo de medio ambiente del TLC chileno y el TLCAC

La primera pregunta que vamos a tratar de responder es si la existencia de un capítulo de medio ambiente constituye una garantía adecuada para evitar problemas como los suscitados en Norte América. Hay que evaluar si el TLC chileno y el TLCAC plantean un escenario distinto al contener capítulos exclusivos para el tema de medio ambiente.

Pasemos a analizar el capítulo de medio ambiente del TLC Chile EEUU y el del TLCAC. La primera disposición del referido capítulo del TLC Chile EEUU establece que el objetivo que debe cumplir el mismo es *“asegurar que las*

políticas comerciales y ambientales se apoyen mutuamente y que la legislación y las políticas ambientales promuevan un alto nivel de protección ambiental a través de medidas no discriminatorias". En el caso del TLCAC, no se ha establecido un objetivo concreto del capítulo de medio ambiente.

Ambos tratados establecen que cada parte mantiene la facultad de establecer sus propios niveles de protección ambiental, sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental, así como la facultad de adoptar o modificar su legislación ambiental. Del mismo modo, cada parte debe garantizar que las leyes establezcan altos niveles de protección ambiental. En principio, la facultad de regulación y modificación del marco legal ambiental permanece intacta pero no hay una obligación de mejorar los estándares de protección ambiental.

De igual modo, en ambos TLC encontramos disposiciones referidas a la aplicación y fiscalización de la legislación ambiental. Los dos documentos tienen exactamente el mismo fraseo y establecen que *"una parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación ambiental, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las partes, después de la fecha de entrada en vigor del tratado"*.

Por lo tanto, cada parte está obligada a no dejar de aplicar efectivamente su legislación ambiental y evitar que el incumplimiento de dicha obligación afecte al comercio. En el párrafo siguiente, ambos documentos reconocen la discrecionalidad de las partes respecto de asuntos indagatorios, tanto a nivel de regulación como de asignación de recursos. De la misma manera, en este punto, se señala en qué casos se entiende que cada parte está cumpliendo con la obligación de *"no dejar de aplicar efectivamente la legislación ambiental"*. Los dos criterios que se establecen son: i) el ejercicio razonable de la discrecionalidad en materia de regulación y ii) la buena fe en materia de asignación de recursos.

Una pregunta que surge de inmediato es: ¿Quién evalúa la existencia de un "ejercicio razonable" y de "buena fe"? Si quien regula los asuntos indagatorios y la asignación de recursos en materia ambiental es una de las partes, es decir un Estado, es lógico que la otra parte sea quien evalúe el cumplimiento de la obligación.¹⁶ No sería muy lógico que una de las partes alegue la no aplicación efectiva de su propia legislación pues estaría aceptando el incumplimiento de su obligación.

La siguiente pregunta que debemos responder es: ¿En el caso que una de las partes considere que ha existido un incumplimiento de la obligación de no dejar de aplicar efectivamente la legislación ambiental: qué vía debe seguir? El primer camino es presentar una solicitud de consulta, que es un mecanismo previsto en el capítulo de medio ambiente y que puede ser utilizado para tratar cualquier asunto que se derive de dicho capítulo. En caso no se encuentre

¹⁶ En el caso del TLCAC, en el artículo 17.7.2 del capítulo de medio ambiente se establece que una persona de una de las partes tiene la facultad de emitir comunicaciones que aseveren que una parte está incumpliendo con la aplicación efectiva de su legislación ambiental. Esta estipulación también la encontramos en el artículo 14 del Acuerdo de Cooperación Ambiental de Norteamérica. Si la autoridad designada por la Parte, es decir el secretariado, una vez que la Parte ha dado respuesta a la comunicación, puede considerar necesario elaborar un expediente de hechos. Este será presentado al Consejo, quien dará recomendaciones sobre mecanismos referentes al monitoreo de la aplicación de la legislación ambiental. El TLC chileno no tiene esta disposición.

solución a través de esa vía, se puede proceder a la convocatoria del Consejo de Asuntos Ambientales.

Si se diera el caso de que el asunto no pueda ser solucionado por el Consejo, los dos tratados analizados establecen que la vulneración de la obligación de “no dejar aplicar efectivamente la legislación ambiental” es la única causal en materia ambiental por el que una de las partes puede recurrir al procedimiento de resolución de controversias regulado en el capítulo de solución de controversias (capítulo 22 del TLC chileno y capítulo 20 del TLCAC).

Esto significa que cualquier asunto que surja del capítulo de medio ambiente tiene como vía de solución máxima al Consejo de Asuntos Ambientales, salvo que el asunto surja por el incumplimiento de la obligación de “no dejar de aplicar efectivamente la legislación ambiental”, por el que se puede seguir el procedimiento del capítulo de solución de controversias.

De ser ese el caso, el primer paso a seguir es la solicitud de consulta regulada por el capítulo de solución de controversias. Si no se llega a ningún arreglo, se debe tratar de lograr la solución a través de la mediación o conciliación de la Comisión. Finalmente, en caso de no tener resultado alguno, se puede solicitar la constitución del grupo arbitral que estará compuesto por tres miembros. El presidente será designado por acuerdo de las partes y cada parte elegirá a su árbitro y normalmente serán elegidos de la lista de árbitros ambientales¹⁷.

La siguiente pregunta que debemos hacernos es: ¿En qué casos se va a emplear este procedimiento? La parte que va a poder iniciar el procedimiento de solución de controversias es el Estado de donde es nacional el inversionista afectado. Esta afectación se puede dar por acción u omisión del Estado receptor de la inversión, en materia de aplicación efectiva de la legislación de medio ambiente.

La finalidad de este reclamo es alcanzar dos objetivos esenciales: i) evitar que algunas empresas- que sean competidoras de los inversionistas nacionales de una parte- se beneficien con el incumplimiento de las normas de carácter ambiental y obtengan así una ventaja competitiva frente a otras empresas y ii) impedir que la dación de normas de carácter ambiental perjudique directamente el ejercicio de la actividad comercial de algún inversionista de una de las partes.

En términos generales, la redacción del artículo puede llevarnos a dos interpretaciones diferentes. Una primera es que el referido artículo tiene como objetivo estimular una aplicación efectiva de la norma, un respeto por el marco legal así como la obligación de fomentar niveles altos de protección ambiental.

Una segunda interpretación surge cuando vemos que la afectación al comercio es el criterio para determinar que ha existido un incumplimiento de la obligación de aplicar efectivamente la legislación ambiental. Se introduce un parámetro netamente comercial para medir un incumplimiento de la regulación

¹⁷ Los dos tratados establecen que estos árbitros deberán tener conocimiento especializado o experiencia en derecho ambiental o en su fiscalización, en comercio internacional, o en solución de controversias derivadas de acuerdo comerciales internacionales.

ambiental y eso nos lleva a pensar que, una vez más, priman los aspectos comerciales y de inversión antes que la protección del medio ambiente.

Consideramos necesario indicar que la naturaleza de la controversia que se plantea en caso de vulnerar la obligación de “no dejar de aplicar efectivamente la legislación ambiental” es de naturaleza Estado- Estado. Las circunstancias en las que se puede plantear es cuando una de las partes considere que el incumplimiento de la obligación afecta el comercio de uno de sus nacionales.

Existen entonces dos vías de protección de la inversión y del comercio de los nacionales de cada una de las partes. Por un lado, está la posibilidad de que se lleve una controversia de naturaleza Estado-Estado si es que hay problemas en materia de cumplimiento de la legislación ambiental, de tal manera que afecte el comercio; por otro lado, si el inversionista considera que debido a un incumplimiento de las disposiciones del capítulo de inversión, ha sufrido pérdidas o daños, tiene la potestad de presentar una reclamación contra el Estado receptor de la inversión. Estos son los dos mecanismos a los que puede acudir el inversionista, uno en el que sus intereses son representados por el Estado y otro, en el que tiene la potestad de reclamar de manera directa.

Como lo señalamos en líneas anteriores, en el marco del TLCAN se han dado casos en los que inversionistas han considerado que una disposición de carácter ambiental afectaba su inversión e interpusieron una reclamación por la vía inversionista- Estado. En esos casos, la aplicación de las disposiciones ambientales pudo ser interpretada como *“una no aplicación efectiva de la legislación ambiental”* pero se optó por la vía inversionista –Estado pues mediante esta acción, los inversionistas pueden obtener un resarcimiento directo por la “afectación” que sufrieron. Esta vía termina siendo un medio más efectivo pues a pesar de la existencia de regulación ambiental, se somete la decisión a un grupo arbitral que se basa netamente en criterios de corte comercial.

De la misma manera, debemos indicar que los dos tratados prevén oportunidades de participación del público a través de comunicaciones relacionadas a asuntos ambientales. Cada parte está obligada a poner a disposición de la otra parte y del público, todas las comunicaciones que reciba. Del mismo modo, cada parte debe realizar sus mejores esfuerzos para atender las peticiones del público. La principal diferencia entre las disposiciones del TLC chileno y el TLCAC es que, en este último, las partes deben restringir sus esfuerzos a las solicitudes de personas de esa parte. En el TLCAC, cada parte solo tiene la obligación de dar respuesta a sus propios nacionales, a diferencia del TLC chileno en el que cada parte debe realizar esfuerzos para atender todas las comunicaciones, sean de nacionales propios o de la otra parte.

Uno de los principales aportes que brinda el TLC Chile EEUU, y que no encontramos en el TLCAC, es la incorporación del concepto de responsabilidad social empresarial o responsabilidad social corporativa. Los avances de Chile en materia de responsabilidad social corporativa han sido importantes y su incorporación en el TLC es uno de los logros más resaltantes.

Este concepto se encuentra regulado en el artículo 19.10 del capítulo de medio ambiente y establece que: *“...cada parte debería alentar a las empresas que*

operan dentro de su territorio o jurisdicción, a que incorporen, voluntariamente, principios sólidos de gestión empresarial en sus políticas internas, tales como los principios o acuerdos que han sido reconocidos por las partes”.

La responsabilidad social empresarial fue uno de los temas presentes en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, celebrada en Johannesburgo en septiembre de 2002. Si bien existen varias definiciones de responsabilidad social, todas coinciden en que la misma debe estar vinculada al desarrollo de las actividades de la empresa, en las que asuma la responsabilidad de los impactos que genera, creando con ello valor para sus accionistas y la sociedad a través del empleo de buenas prácticas.¹⁸

El caso chileno no es la excepción y si bien no existe una definición única de Responsabilidad Social Empresarial (RSE), podemos señalar que la misma se refiere a una visión de los negocios que incorpora el respeto por los valores éticos, las personas, las comunidades y el medio ambiente.¹⁹ Con esta disposición, se abre la posibilidad de fomentar buenas prácticas empresariales, con la posibilidad de garantizar una participación transparente de la sociedad civil y asimismo, fortalecer la visión de sostenibilidad del acuerdo.²⁰

Tanto el TLC chileno como el TLCAC regulan la relación del capítulo de medio ambiente con los demás acuerdos ambientales. Ambos tratados reconocen el papel fundamental que tienen los acuerdos ambientales multilaterales para la protección del medio ambiente. Asimismo, hacen referencia a la aplicación al tratado, de los resultados de las negociaciones que se den sobre la relación que existe entre las normas vigentes de la Organización Mundial del Comercio y las obligaciones específicas establecidas en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente.

Para finalizar, debemos señalar que existen muchas similitudes en aspectos claves del capítulo, lo que nos permite concluir que el grado de negociación sobre esos puntos ha sido mínimo. Además, no debemos olvidar que hay que hacer una lectura integral de todo el tratado y tenemos que indicar que las previsiones del capítulo de medio ambiente no son suficientes para evitar los posibles efectos adversos de la inversión. Ello representa el riesgo potencial de tener que enfrentar reclamaciones sustentadas en el hecho que una disposición ambiental afecta la inversión, tal y como se dio en el marco del TCAN. El capítulo de medio ambiente de los tratados analizados no plantea ninguna solución a ese problema, ni una mayor protección al medio ambiente.

1.3 La Cooperación Ambiental: anexos y ACA

El tema de cooperación ambiental resulta fundamental pues a través de ella se pueden obtener herramientas como financiamiento, capacitación técnica, entre otros, que constituyen instrumentos fundamentales para mejorar el estado actual del medio ambiente.

¹⁸ NUÑEZ, Georgina: “La responsabilidad social corporativa en un marco de desarrollo sostenible”. Serie Medio Ambiente y Desarrollo. CEPAL. Santiago de Chile, 2003. Pág.11.

¹⁹Esta es la definición dada por Acción RSE, una organización sin fines de lucro, que surge del sector empresarial chileno, con el fin de promover la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) entre las empresas que operan en el país. En : <http://www.accionrse.cl/home/intro.html>

²⁰ NUÑEZ, Georgina. Op. Cit. Pág.35.

En el marco de los Tratados de Libre Comercio, el tema de cooperación ambiental ha sido trabajado en tres espacios: al interior del capítulo de medio ambiente, en un anexo específico de dicho capítulo y en el Acuerdo de Cooperación Ambiental.

Conforme lo indicamos en los puntos anteriores, el TLCAN no cuenta con un capítulo de medio ambiente y solo tiene algunas disposiciones en el capítulo de inversión y en el de normalización. Además de ello, cuenta con un Acuerdo de Cooperación Ambiental que regula en esencia los mismos puntos que los capítulos de medio ambiente del TLC chileno y del TLCAC.

El ACA firmado en el marco del TLCAN establece como objetivos principales el alentar la protección y mejoramiento del medio ambiente, promover el desarrollo sustentable e incrementar la cooperación entre las partes. Al igual que el TLC chileno y el TLCAC, el ACA del TLCAN reconoce el derecho de cada parte de adoptar y modificar su legislación así como establecer sus propios niveles de protección ambiental, esforzándose porque esos niveles sean altos.

Del mismo modo, cada parte debe aplicar efectivamente su legislación. El incumplimiento de esta obligación es la única causal "ambiental" para convocar a un panel arbitral.²¹ En primer lugar, se debe seguir un procedimiento de consulta, procedimiento previsto para cualquier tipo de consulta en materia ambiental, y si es que se está ante un incumplimiento de la obligación de aplicación efectiva de la legislación de medio ambiente, se puede convocar al panel arbitral. En este caso, se acude a las Reglas Modelo de Procedimiento establecidas por el Consejo²², a diferencia del TLCAC y del TLC chileno en los que en caso de incumplimiento de la legislación ambiental se contempla la posibilidad de acudir al procedimiento regulado por el capítulo de solución de controversias.

Al igual que en el TLCAC, en el ACA del TLCAN se permite que personas u organizaciones particulares presenten peticiones en las que señalen que una de las partes está incurriendo en omisiones en la aplicación de su legislación ambiental. Asimismo, si el secretariado lo considera necesario, se abrirá un expediente de hechos sobre la materia.²³

Podemos entonces concluir que el ACA contiene en principio regulaciones similares a las que encontramos en los capítulos de medio ambiente del TLCAC y del TLC chileno y las mismas se refieren en esencia a: las facultades para las partes para establecer sus propios niveles, la obligación de aplicar efectivamente la legislación ambiental, la posibilidad de convocar a un panel arbitral en caso de incumplimiento de esta obligación, las peticiones o comunicaciones relativas a la aplicación de la legislación ambiental, la posibilidad de elaborar un expediente de hechos sobre la materia.

Además de los puntos antes indicados, el ACA del TLCAN también establece acciones concretas en materia de cooperación ambiental. Se crea el Consejo de

²¹ En este caso también se exige que los árbitros tengan conocimiento en derecho ambiental y en acuerdos internacionales.

²² El Consejo es uno de los órganos de la Comisión para la Cooperación Ambiental, al igual que el secretariado y el Comité Consultivo Público Conjunto. Está integrado por representantes de cada una de las Partes.

²³ Tal como lo establece el TLCAC, el secretariado remitirá el expediente al Consejo.

la Comisión para la Cooperación Ambiental que reúne una amplia gama de funciones sobre dicho tema. Su función principal es la de supervisar el cumplimiento del ACA y promover y facilitar la cooperación ambiental entre las Partes. Asimismo, debe realizar recomendaciones sobre: recolección y análisis de datos, estrategias para prevenir la contaminación, indicadores sobre el estado del medio ambiente, intercambio de científicos y funcionarios ambientales, el cumplimiento y aplicación de las leyes ambientales, los límites adecuados para contaminantes específicos, entre otros.

En el caso de Chile, al interior del capítulo de medio ambiente, se dedica un artículo al tema de cooperación ambiental, en que se reconoce la importancia de fortalecer la capacidad de proteger el medio ambiente junto con el fortalecimiento de las relaciones comerciales y de inversión. Del mismo modo, se establece la necesidad de negociar un ACA entre Chile y EEUU, para establecer las prioridades de las actividades adicionales de cooperación ambiental. En el ACA solo se regulan actividades adicionales porque en el capítulo de medio ambiente existe un anexo sobre cooperación ambiental en el que se han identificado 8 proyectos de cooperación ambiental de atención prioritaria:

Estos proyectos son: a) desarrollo de un Registro de Emisión y Transferencia de Contaminantes (RETC) en Chile, b) reducir la contaminación minera, c) mejorar la certeza del cumplimiento y fiscalización ambiental, d) compartir la experiencia del sector privado, e) mejorar las prácticas agrícolas, f) reducir las emisiones de bromuro de metilo, g) mejorar la protección y el manejo de la vida silvestre y h) aumentar el uso de combustibles limpios.

Asimismo, se establece que la cooperación ambiental puede incluir las siguientes actividades: mejorar capacidades para el cumplimiento de normas, incluidas la fiscalización y la gestión ambiental voluntaria, promover buenas prácticas ambientales entre las mypes, desarrollar asociaciones público privadas para lograr objetivos ambientales, estimular el manejo sostenible de los recursos ambientales, explorar actividades ambientales relacionadas con el comercio y la inversión y mejorar el desempeño ambiental así como implementar instrumentos económicos para el manejo ambiental.

Algunos de los medios previstos para implementar las actividades antes citadas son: intercambio de profesionales y especialistas a través de visitas de estudio, organización conjunta de conferencias, programas y sesiones de capacitación, proyectos de colaboración, promoción de vínculos entre representantes de la esfera académica, industria y gobierno.

El ACA suscrito entre Chile y EEUU establece como objetivo establecer un marco para la cooperación entre las partes a fin de promover la protección del medio ambiente y de los recursos naturales, así como su aprovechamiento sostenible, prevenir la contaminación y la degradación de ecosistemas. En dicho acuerdo se crea la Comisión conjunta para la Cooperación Ambiental²⁴ que tiene como función desarrollar los programas de trabajo, evaluar las actividades de cooperación emprendidas y recomendar a las partes la forma de mejorar la

²⁴ Esta Comisión es co-presidida por un alto funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y un alto funcionario del Departamento de Estado de Estados Unidos. Cada presidente puede designar hasta 5 representantes de organismos de gobierno para que participen en la Comisión.

cooperación. El ACA también prevé la participación de la sociedad en los proyectos de cooperación y a través de opiniones sobre los planes de trabajo. De la misma manera, establece algunos de los mecanismos para llevar a cabo las actividades y estos son los previstos en el anexo de cooperación ambiental.

EL tratamiento de la cooperación ambiental en el marco del TLCAC tiene la misma estructura que ha seguido el TLC chileno. El capítulo de medio ambiente del TLCAC dedica un artículo al tema de cooperación ambiental en que resalta la importancia de la misma para mejorar la protección ambiental en los territorios de las partes del tratado. Asimismo, señala la necesidad de negociar un ACA en que se desarrollen las actividades prioritarias que han sido identificadas en un anexo de cooperación ambiental del capítulo de medio ambiente.

En el referido anexo se establecen las siguientes prioridades para el desarrollo de las actividades de cooperación ambiental: i) el fortalecimiento de los sistemas de gestión ambiental, incluido el marco legal, ii) el incentivo de mecanismos flexibles y voluntarios para promover la protección del medio ambiente, iii) el fomento de asociaciones para tratar temas actuales y futuros de conservación y manejo ambiental, iv) la conservación y manejo de especies migratorias compartidas, v) el intercambio de información sobre la implementación a nivel nacional de acuerdos ambientales multilaterales, vi) la promoción de mejores prácticas para lograr una gestión sostenible del medio ambiente, vii) facilitar el desarrollo y la transferencia de tecnología y la capacitación para su uso así como el funcionamiento y mantenimiento de producción limpia, viii) el desarrollo de bienes y servicios ambientales beneficiosos, ix) el desarrollo de capacidades para promover la participación del público en la toma de decisiones en materia ambiental y x) intercambio de información y experiencias entre las partes. Cabe señalar que esta no es una lista taxativa y se deja abierta la posibilidad de poder identificar áreas adicionales para el desarrollo de la cooperación ambiental.

Sobre este punto debemos indicar que el anexo del TLCAC es más general que el del TLC chileno, pues éste último no solo identifica actividades a desarrollar en materia de cooperación ambiental sino proyectos concretos que tienen como objetivo primordial disminuir la contaminación en Chile y mejorar el estado del medio ambiente en dicho territorio. Con ello, debemos suponer que ha existido una real negociación sobre la materia pues a partir de un claro conocimiento de los principales problemas ambientales que aquejan a Chile, se han establecido proyectos específicos que solucionen los mismos.

El ACA suscrito en el marco del TLCAC prevé modalidades y formas de cooperación muy similares a las que se establecieron en el ACA chileno y son en esencia el intercambio de delegaciones de profesionales y técnicos, el desarrollo conjunto de programas y acciones, la facilitación de asociaciones y la recopilación, publicación e intercambio de información. Asimismo, se crea la Comisión de Cooperación Ambiental entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos que tiene como principales funciones establecer las prioridades para las actividades de cooperación ambiental, desarrollar un programa de trabajo en que se reflejen dichas prioridades, evaluar las actividades de cooperación, brindar recomendaciones sobre maneras de

mejorar cooperación futura. Finalmente, el ACA del TLCAC establece mecanismos para la participación del público.

PARTE II

Análisis del Capítulo de Medio Ambiente del Acuerdo de Promoción Comercial Perú- EEUU (TLC)

Una vez realizado el análisis de las principales disposiciones relacionadas con el tema ambiental de cada uno de los TLC que ha suscrito EEUU con países del continente americano, debemos analizar la regulación ambiental del TLC que ha firmado el Perú con EEUU y ver si algunos de los problemas detectados en los tratados anteriores han sido superados. Lo que no debemos olvidar es que el TLC debe ser leído e interpretado de manera integral. Es por ello, que el capítulo de medio ambiente de los TLC no puede ser entendido a cabalidad si no es concordado con las disposiciones del capítulo de inversión.

2.1 ¿El medio ambiente o la inversión?

En el TLC que ha firmado el Perú, siguiendo el modelo de TLC que ha venido suscribiendo EEUU, existe además de un capítulo exclusivo para el tema de medio ambiente, una disposición ambiental en el capítulo de inversiones. Es la denominada cláusula de excepción ambiental y se encuentra estipulada en el artículo 10.11.

El texto de la misma señala que:

“Nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental”.

Esta disposición es exactamente la misma que aparece en los demás tratados que ha suscrito EEUU con países de la región²⁵. Tal como lo hemos indicado, la cláusula busca evitar que la regulación que tiene como objetivo la protección de la inversión sea un impedimento para que el Estado establezca medidas de carácter ambiental. Con ello, se trata de resguardar la potestad del Estado de establecer políticas de protección del ambiente.

Es necesario que se evalúe la real efectividad de esta cláusula y para ello, debemos ver como se ha aplicado la misma en el marco del TLCAN, que es el tratado que tiene mayor tiempo de vigencia en el continente americano.²⁶ Algunos de los casos que se han dado en Norteamérica, nos pueden dar luces sobre la efectividad que va a tener dicha cláusula una vez que entre en vigencia el TLC Perú-EEUU y nos va a permitir evaluar en qué medida las inversiones estarán obligadas a tomar en cuenta las inquietudes en materia ambiental.

²⁵ Nos referimos al TLCAN, TLCAC y al TLC Chileno.

²⁶ La evaluación de la efectividad de la cláusula de excepción ambiental no pudo hacerse respecto del TLC chileno o del TLCAC porque los mismos tienen pocos años de vigencia y aun no existen precedentes importantes sobre la materia.

En efecto, tal como lo hemos señalado en los puntos anteriores, han existido casos en los que dicha cláusula se ha desvirtuado pues se ha determinado que las medidas de protección ambiental son equivalentes a una expropiación.²⁷

El primer problema está en el hecho que la redacción de la cláusula establece que las disposiciones ambientales deben ser compatibles con el capítulo de inversión. Esta es una limitante para establecer alguna medida de carácter ambiental porque la misma está supeditada a su compatibilidad con el capítulo de inversión.

La segunda dificultad se presenta cuando hacemos la concordancia de la cláusula de excepción ambiental con las facultades que tienen los inversionistas para presentar reclamaciones, en caso consideren que alguna medida adoptada por el Estado equivale a una expropiación indirecta. En principio y de acuerdo al texto del tratado, cada Estado tiene plena libertad para adoptar medidas ambientales pero la práctica nos indica todo lo contrario.

Los casos que se han suscitado en América del Norte son una clara prueba de ello: las medidas ambientales que tomaron los Estados receptores de la inversión fueron interpretadas como mecanismos de expropiación indirecta que afectaban la inversión. Los inversionistas acudieron a un arbitraje internacional, exigiendo una indemnización por parte del Estado, alegando que la medida adoptada por éste último, afectaba su inversión y por ende, sus expectativas de ganancia. Los casos resultaron favorables a los inversionistas y los Estados tuvieron que pagar la indemnización.

Estos antecedentes no resultan nada alentadores para nuestro país. Más aún si en el caso del TLC peruano, al igual que en el TLCAC y el TLC chileno, se ha incorporado un anexo que desarrolla el concepto de expropiación indirecta. Conforme lo indicamos, en este anexo se establecen parámetros demasiado amplios para determinar la existencia de una medida equivalente a expropiación.

En el punto anterior, indicamos que podrían existir dos posibles razones de la incorporación de este anexo a los TLC que viene suscribiendo EEUU. Una sería establecer parámetros que eviten interpretaciones extensivas de la figura de la expropiación indirecta como las que se dieron en el marco del TLCAN. Una segunda razón sería brindar instrumentos y argumentos para que el inversionista pueda tener parámetros claros para alegar la existencia de expropiación indirecta.

Nos inclinamos por esta última opción pues el hecho de que el referido anexo aparezca en los últimos tratados demuestra que la misma pertenece a un nuevo modelo de TLC que viene implementando EEUU como medida de protección a sus inversionistas. No hay que olvidar que finalmente el TLC tiene como objetivo primordial promover y proteger la inversión entre las partes. Además, la amplitud de los criterios que se utilizan en el anexo representa una ventaja para el inversionista y no para el Estado receptor de la inversión.

²⁷ Nos referimos a casos como el de METALCLAD y ETHYL CORPORATION.

Además, aún si consideráramos la primera de las hipótesis, esto no sería un impedimento para la presentación de reclamaciones por parte de los inversionistas y finalmente, el grupo arbitral puede señalar que la disposición ambiental es irrelevante pues finalmente lo que evalúa es la afectación de la inversión y no la efectividad de la medida ambiental.

En el referido anexo, también está la excepción que figura tanto en el TLC chileno como en el TLCAC en la que se establece que, en principio, las medidas de protección del medio ambiente, la salud pública y la seguridad no pueden ser interpretadas como expropiación indirecta. Esta excepción está orientada a cumplir los mismos objetivos que la cláusula de excepción ambiental y en el referente que nos brinda el TLCAN, se han dado casos en los que la misma no ha tenido efectividad. Si sumamos a ello, esta excepción no es un impedimento para la presentación de reclamaciones por parte de los inversionistas, la misma también corre el riesgo de perder efectividad.

En el caso del TLCAN, uno de los supuestos en los que se ha entendido que existe expropiación indirecta es cuando las medidas afectan las expectativas de ganancia futura de una empresa. A pesar que en el documento del TLCAN no se incluye a las expectativas de ganancia dentro de la definición de inversión, esta interpretación le ha dado a las ganancias potenciales la misma categoría que a las inversiones efectivas.

En el caso del TLC Perú EEUU esto se hace más evidente porque dentro de la definición de inversión se incluye a las expectativas de ganancia como característica de la inversión. Esto significa que resulta mucho más simple hacer una equiparación explícita entre inversión efectivamente realizada y expectativas de ganancia. En este caso, el inversionista también va a poder argumentar que una norma de carácter ambiental afecta sus expectativas de ganancia y en virtud de ello, obtener una indemnización.

2.2 La protección del medio ambiente en el TLC Perú EEUU

En el capítulo referido al medio ambiente del TLC Perú EEUU, se mantiene la potestad de cada una de las partes de establecer sus propios niveles de protección ambiental, al igual que en el TLC chileno y el TLCAC. De igual manera, no existe ninguna obligación para las partes de elevar sus estándares de protección ambiental.

Se establece que cada una de las partes debe asegurar que sus leyes y políticas estimulen altos niveles de protección y que se esforzarán por seguir mejorando sus respectivos niveles de protección ambiental. Tampoco esta disposición establece ninguna obligación de elevar estándares ambientales, tan solo marca una tendencia u orientación que las partes deben esforzarse en seguir.²⁸

En principio, cada parte se mantiene soberana para determinar su propia política ambiental. Pero tal como lo hemos indicado en el punto anterior, las

²⁸El artículo 18.1 solo reconoce el "derecho soberano de cada una de las partes de establecer sus propios niveles de protección ambiental interna y sus prioridades de desarrollo ambiental, y, por consiguiente, de adoptar o modificar sus leyes y políticas ambientales, cada parte se asegurará de que sus leyes y políticas proporcionen y estimulen altos niveles de protección ambiental y se esforzará por seguir mejorando sus respectivos niveles de protección ambiental.

facultades con las que cuenta el inversionista y los antecedentes que nos da el TLCAN, son una prueba de que en algunos casos, el Estado no puede ejercer su facultad de regulación ambiental con plena libertad.

Por otro lado, el TLC ratificado por el Congreso de la República, mantiene la disposición que establece que: *“Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación ambiental, a través de un curso de acción o inacción, sostenido o recurrente, de manera que afecte el comercio entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo.”*

Conforme lo hemos señalado, existe un problema al condicionar el cumplimiento de la obligación de “no dejar de aplicar efectivamente la legislación ambiental”, al hecho que dicho incumplimiento afecte el comercio. Esto demuestra claramente que los intereses comerciales están por encima de la protección del medio ambiente y el cumplimiento de las normas y políticas que lo regulan.

Esta es además la única causal ambiental por la que se puede acceder al proceso de solución de controversias, cuya instancia final está en manos de un grupo arbitral. En este caso, al igual que en los TLC anteriores, los árbitros que componen el panel o grupo deben tener conocimientos especializados en temas ambientales y las controversias se dan de Estado a Estado.

Las demás controversias de carácter ambiental pero que se relacionen directamente con la inversión extranjera son resueltas a través de las denominadas solución de controversias inversionista-Estado. En dichas controversias, no se evalúa la validez de la norma ambiental, tan solo se analiza si la misma afectó a la inversión. Esto constituye un obstáculo para que el Estado receptor de la inversión establezca sus propios estándares de protección ambiental.

Un elemento que no ha sido incluido en el texto del acuerdo es el de responsabilidad social empresarial. Este principio fue recogido en el texto del TLC chileno y resulta sumamente importante porque promueve un buen comportamiento ambiental y social por parte de las empresas. Debemos tener en cuenta que *“una empresa cumple un papel en la sociedad que trasciende el mero interés económico”*²⁹ y la misma debe emprender acciones orientadas hacia la sostenibilidad ambiental y la responsabilidad social.

En el capítulo de medio ambiente, también existe un artículo que regula las solicitudes sobre asuntos de cumplimiento, y esto implica que cualquier persona de una parte puede presentar una solicitud en la que indique que una de las partes está dejando de aplicar efectivamente su legislación. Una vez evaluada esta solicitud, la secretaría debe determinar si la misma merece una respuesta y en algunos casos podrá desarrollar un expediente de hechos.

Finalmente, al igual que en los TLC que han suscrito Chile y los países de Centroamérica, los únicos mecanismos para mejorar el desempeño ambiental que se regulan, son los mecanismos flexibles y voluntarios. No hay ni una sola

²⁹ NUÑEZ, Georgina: “La responsabilidad social corporativa en un marco de desarrollo sostenible”. Serie Medio Ambiente y Desarrollo. CEPAL. Santiago de Chile, 2003. Pág.8.

mención a instrumentos de carácter obligatorio como las evaluaciones de impacto ambiental o los programas de manejo y adecuación ambiental.

2.3 La Cooperación Ambiental

La cooperación ambiental es otro punto importante relacionado con el tema ambiental en el marco de los TLC y es necesario entenderla en toda su magnitud. Es una herramienta que puede permitir una evolución positiva en el campo del medio ambiente, brindando solución a algunos de los problemas que aquejan actualmente a los países en vías de desarrollo. Este es uno de los mayores beneficios ambientales que se derivan de un Tratado de Libre Comercio.

En el caso peruano, la cooperación ambiental puede brindar fondos que permitan hacer frente a los graves problemas ambientales que existen actualmente en el país. Por ello, resulta sorprendente que en el texto final del TLC Perú EEUU no se haya incorporado un anexo que identifique las áreas prioritarias para la cooperación ambiental, a diferencia del TLCAC y del TLC chileno que cuentan con el citado anexo. En el TLC peruano, todo el tema de cooperación ambiental se remite al ACA.

En efecto, tanto en el TLC que firmó Chile con EEUU como en el TLC suscrito entre EEUU y países de América Central, existe un anexo sobre cooperación ambiental en el que se establecen las áreas prioritarias en las que debe centrarse la misma. Además, cuentan con un Acuerdo de Cooperación Ambiental (ACA) que desarrolla la materia.

Por ejemplo, tal como lo indicamos en la primera parte de este informe, en el caso chileno se han identificado 8 proyectos de cooperación internacional³⁰ de atención prioritaria en el referido anexo, que corresponden a necesidades ambientales de primer orden para Chile. Lo ideal hubiera sido encontrar un anexo similar en el TLC peruano que indique que en el marco de las negociaciones quedaron claramente planteadas las áreas que requieren atención prioritaria. El TLC peruano se limita a remitir todo el tema de cooperación ambiental al ACA.

Con ello no queremos decir que el tema no se haya tratado en las negociaciones pero es imposible determinarlo si en el documento que se ha hecho público, es decir el texto final del TLC, no figura el referido anexo. El único documento adicional en el que se puede haber plasmado el resultado de las negociaciones que hayan identificado proyectos concretos es el ACA y si bien el mismo ya se firmó el 24 de julio del presente año, la versión oficial del texto no se ha hecho pública.³¹

³⁰ Estos proyectos son: a) desarrollo de un Registro de Emisión y Transferencia de Contaminantes (RETC) en Chile, b) reducir la contaminación minera, c) mejorar la certeza del cumplimiento y fiscalización ambiental, d) compartir la experiencia del sector privado, e) mejorar las prácticas agrícolas, f) reducir las emisiones de bromuro de metilo, g) mejorar la protección y el manejo de la vida silvestre y h) aumentar el uso de combustibles limpios.

³¹ De acuerdo a información de la Oficina de Comunicaciones del TLC Perú- EEUU, no existe una fecha concreta para la publicación del ACA. **La fecha de cierre de este informe es el**

No podemos dejar de señalar que resulta algo ilógico que teniendo modelos anteriores de negociación en materia de cooperación ambiental, el Perú no haya seguido los mismos. Si habían puntos importantes para negociar en el capítulo de medio ambiente, la cooperación ambiental era uno de ellos. ¿Por qué no se identificaron los puntos críticos que requerían con carácter de urgencia el apoyo de la cooperación ambiental de EEUU ?

Esperamos que en el ACA queden establecidos proyectos específicos³² que respondan a las principales necesidades del país en materia ambiental y esto solo se podrá saber una vez que el texto del acuerdo sea de conocimiento público.

2.4 La Diversidad Biológica en el TLC Perú - EEUU

Lo primero que debemos destacar es que el TLC Perú- EEUU es el único que contiene una disposición referida al tema de biodiversidad en el capítulo de medio ambiente. Esto constituye un elemento positivo pues demuestra que realmente ha existido una negociación al respecto y se ha logrado incorporar un tema de vital importancia para el país.³³

En el artículo 18.10 del capítulo de medio ambiente, se establecen regulaciones en materia de biodiversidad. En primer lugar, se reconoce la importancia de la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica así como el rol que tiene en aras de alcanzar un desarrollo sostenible.

Del mismo modo, cada parte se mantiene comprometida a promover y fomentar la conservación y uso sostenible de la biodiversidad en todos sus niveles, en los que incluye plantas, animales y hábitats. Sobre este punto, debemos entender que al referirse a "*la diversidad biológica en todos sus niveles*", hace alusión a los tres niveles reconocidos en materia de biodiversidad: ecosistemas, especies y genes y que la inclusión de "plantas, animales y hábitats" no constituye una lista taxativa, pues en la misma existe una omisión respecto a los recursos genéticos.³⁴ Cabe agregar que en el mismo artículo, las partes reafirman su compromiso de estimular altos niveles de protección, mediante leyes y políticas³⁵.

³² Un elemento que resulta fundamental en el tema de cooperación ambiental es el de desarrollo de capacidades, que garanticen que los proyectos se desarrollen adecuadamente. Si no existen estas capacidades, los proyectos están destinados a fracasar. Por ello, se requiere un fortalecimiento institucional en los distintos niveles de gobierno que permita preparar a las instituciones para la ejecución de los proyectos de cooperación ambiental.

³³ La Diversidad Biológica es el capital natural más valioso que posee el Perú. Las 84 zonas de vida, las 11 ecorregiones naturales, y los registros que ostenta en cuanto a la diversidad de flora y fauna y la aún poco explorada diversidad genética, sitúan al país en la posibilidad de desarrollar una renta estratégica significativa para el desarrollo del país (...). En: <http://www.conam.gob.pe/ends/>

³⁴ En puntos posteriores, veremos que los recursos genéticos tienen un reconocimiento especial en la Carta de Entendimiento sobre diversidad biológica.

³⁵ Este compromiso está establecido en el artículo 18.1 del capítulo de medio ambiente.

En el referido artículo, también se reconoce la importancia del respeto y preservación de los conocimientos tradicionales y prácticas de las comunidades indígenas. Esto significa que cada una de las Partes reconoce el estrecho vínculo que existe entre las comunidades indígenas y el uso sostenible de los recursos de la biodiversidad.

Hay que tener en cuenta que los vínculos entre biodiversidad y cultura son muy antiguos. Mucho antes del surgimiento de la sociedad moderna, las comunidades han enfrentado procesos de adaptación a nuevas condiciones ambientales a través del cuidado de los recursos naturales. De esta manera, fueron desarrollando conocimientos y prácticas relacionados con el uso de la biodiversidad que les permitieron vivir en su entorno local y afianzar su identidad cultural.³⁶ Es por ello que no se puede reconocer la importancia del uso sostenible de la biodiversidad sin reconocer el rol que cumplen las comunidades indígenas en esta tarea.

Otro punto que es tratado en el artículo 18.10 es el referido a la participación y consulta pública en asuntos relacionados con la conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica. A través de esta regulación queda claro que la población debe participar activamente e involucrarse con las iniciativas orientadas a conservar y aprovechar sosteniblemente la diversidad biológica. Sin el apoyo de la población, cualquier iniciativa de este tipo tiene muy pocas posibilidades de ser efectiva. Finalmente, el citado artículo establece que cada una de las partes incrementará sus esfuerzos cooperativos en temas relacionados con la biodiversidad y que una de las vías para plasmar estos esfuerzos es el Acuerdo de Cooperación Ambiental.³⁷

Otro elemento importante es la inclusión de un "Entendimiento respecto a biodiversidad y conocimientos tradicionales", documento que no figura en ninguno de los tratados que ha suscrito EEUU con países de la región americana. En este documento, se desarrollan algunas precisiones orientadas sobretudo a uno de los niveles de la biodiversidad: el nivel de genes o genético.

En primer lugar, a través de este documento, cada parte reconoce la importancia de los conocimientos tradicionales y de la biodiversidad. Asimismo, reconocen la contribución que los mismos brindan al desarrollo cultural, económico y social.

Si bien resulta sumamente positivo que en el TLC que ha firmado y ratificado nuestro país, se hayan incluido disposiciones relativas a la diversidad biológica, no debemos olvidar que EEUU no ha ratificado el instrumento legal internacional más importante sobre la materia: el Convenio sobre Diversidad Biológica³⁸ (CDB), en el que por primera vez se reconoce la soberanía de los Estados sobre la Diversidad Biológica que albergan en sus territorios. Con ello, se reconoce

³⁶ PAJARES, Erick: "La protección normativa de la biodiversidad en Perú". En: "La protección normativa de la biodiversidad en los países andinos". CIEDLA, Buenos Aires, 1998. Pág. 325.

³⁷ Debemos indicar que hasta la fecha de cierre del presente informe el momento, el texto del ACA no se ha hecho público.

³⁸ Este tratado entró en vigor en el año 1993.

que cada Estado tiene la facultad de regular las condiciones de acceso por parte de terceros, a los recursos de la biodiversidad.

El CDB tiene como objetivos la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos y establece disposiciones orientadas al cumplimiento de los objetivos antes citados.

Debemos señalar que la regulación del acceso y uso de los recursos genéticos es uno de los temas fundamentales del CDB pues los mismos son la base de numerosas actividades económicas³⁹, que se realizan en su gran mayoría en países desarrollados del hemisferio norte.

Los países del hemisferio sur son los proveedores de estos recursos y es por dicho motivo, que en el CDB, se establecen disposiciones que permiten que los países ricos en recursos genéticos puedan acceder a los beneficios derivados de su uso. Ese es uno de los principales aportes del CDB, que establece los siguientes principios al respecto: consentimiento fundamentado previo, términos mutuamente convenidos y compartir beneficios.

Estos principios están presentes en el Entendimiento sobre Diversidad Biológica pero hay que remarcar que los mismos no están establecidos en términos de obligación, sino de simple reconocimiento. Lo que señala el documento es que cada parte reconoce la importancia de los principios pero no se establece una obligación de cumplirlos.

En ese sentido, en el Entendimiento se reconoce la importancia de: a) obtener el consentimiento informado de la autoridad correspondiente previamente al acceso de recursos genéticos bajo el control de dicha autoridad, b) la distribución equitativa que se derive del uso de conocimientos tradicionales y recursos genéticos y c) la promoción de la calidad del examen de patentes para asegurar que las condiciones sean satisfechas.

Sobre este punto, el Entendimiento establece que el acceso a estos conocimientos y recursos genéticos, así como la distribución de los beneficios derivados de su uso pueden ser adecuadamente atendidos mediante contratos que reflejen términos mutuamente acordados entre usuarios y proveedores.

Los términos de usuarios y proveedores tienen una distinta interpretación para el caso de contratos referidos a acceso a recursos genéticos que a conocimientos tradicionales. Los contratos de acceso a recursos genéticos se encuentran regulados por la Decisión de la Comunidad Andina N ° 391 que establece el Régimen Común sobre Acceso a Recursos Genéticos. En esta norma se establecen dos tipos de contratos: el contrato de acceso en que el Estado representado por la autoridad competente y el solicitante son partes y un contrato accesorio que se suscribe entre el solicitante y el poseedor del recurso biológico que alberga el recurso genético.

En materia de conocimientos tradicionales, debemos indicar que en el Perú, existe un régimen de protección que emplea mecanismos alternativos a los

³⁹ Nos referimos a industrias farmacéuticas, cosméticas, entre otras.

instrumentos tradicionales de propiedad intelectual⁴⁰. La norma que establece este régimen es la Ley N ° 27811, Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los recursos genéticos. Con esta ley se busca promover el respecto de dichos conocimientos y el reparto justo y equitativo de los beneficios derivados de su uso. La herramienta de protección de estos conocimientos son: i) el registro⁴¹ de los mismos y ii) los contratos de licencia suscritos entre las organizaciones representativas de pueblos indígenas y terceras personas interesadas en acceder a estos conocimientos. Los contratos deben establecer las compensaciones para los pueblos indígenas por el uso de sus conocimientos.

El problema radica en que los interesados en acceder a los recursos genéticos son grandes empresas farmacéuticas o de biotecnología y finalmente, EEUU, al no haber asumido ninguna obligación que se derive del Entendimiento y al no ser parte del CDB, no contará con instrumentos para hacer cumplir estos principios de protección de los países que proveen recursos genéticos.

PARTE III

La realidad ambiental y el impacto del TLC

En el punto anterior, hemos analizado las principales disposiciones del capítulo de medio ambiente del TLC Perú EEUU pero hemos indicado de igual manera que es necesario hacer una lectura integral del TLC para dejar en evidencia las implicancias de este tratado en materia ambiental. La conclusión a la que hemos llegado es que dicho capítulo no establece una garantía que permita brindar un grado adecuado de protección del medio ambiente frente a los impactos ambientales que puede ocasionar la inversión.

Los antecedentes que presenta el TLCAN son un claro indicador de que en algunos casos, el Estado va a ver limitada su capacidad de regulación ambiental al enfrentar la posibilidad de tener que pagar indemnizaciones en sedes arbitrales internacionales, en caso el inversionista considera que alguna medida ambiental afecta su inversión.

Con esto no queremos decir que el Estado se va a ver imposibilitado de dictar medidas de protección ambiental, lo que nos interesa resaltar es que en algunos casos, en que existen grandes intereses económicos, los inversionistas van a contar con una herramienta que sirve como desincentivo para la adopción de disposiciones ambientales.

Esto complica un poco el panorama para mejorar el estado actual del medio ambiente en el Perú pues el riesgo de tener que enfrentar reclamaciones en sede arbitral es un desincentivo para que el Estado adopte estándares más elevados de protección ambiental.

⁴⁰ Entre los mecanismos clásicos de la propiedad intelectual están las patentes, las marcas, los derechos de autor, los derechos de obtentor.

⁴¹ La ley crea el Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, el Registro Confidencial de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas y Los Registros Locales de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas. El INDECOPi maneja los dos primeros y brinda asistenta técnica al tercero.

Es por esta razón que consideramos importante hacer un breve análisis del estado del medio ambiente en el país pues ello nos permitirá hacer un balance sobre el grado de preparación en materia ambiental con el que cuenta el Perú para minimizar los posibles impactos del TLC.

Consideramos que son tres puntos los que se deben evaluar en el campo ambiental: los conflictos socio ambientales, la fiscalización ambiental y el potencial de desarrollo del medio ambiente. Este análisis nos va a permitir determinar las fortalezas y debilidades del marco ambiental peruano y así, tener referentes para tomar las medidas que necesarias para fortalecer dicho marco.

3.1 Los conflictos socio-ambientales

La información ambiental es aquella que nos permite tomar conocimiento sobre el estado del medio ambiente y ello es indispensable para modificar las actuales tendencias de degradación ambiental a nivel nacional.⁴² Es por este motivo que es importante tomar en consideración algunas cifras que nos indiquen los niveles de contaminación del medio ambiente y cuáles son las causas y orígenes de dichos niveles.

Un primer elemento a analizar es el aire. En el Perú, el crecimiento de la población y de las actividades económicas ha producido un incremento de la contaminación atmosférica, especialmente en ciudades como Arequipa, Cerro de Pasco, Chiclayo, Chimbote, Cusco, Huancayo, Ilo, Iquitos, La Oroya, Lima-Callao, Pisco, Piura y Trujillo, consideradas como zonas de atención prioritaria⁴³. Dentro de las principales fuentes de contaminación están los vehículos de transporte urbano, las actividades mineras, industriales y de producción de harina de pescado.⁴⁴ (el subrayado es nuestro)

Un segundo elemento a considerar es el agua. En el Perú, el abastecimiento de agua se da principalmente mediante los recursos hídricos existentes en las cuencas hidrográficas y el recurso es utilizado para abastecer el uso doméstico como las diferentes actividades económicas. En nuestro país, las amenazas que debe enfrentar el recurso agua son cada vez mayores. Uno de los principales riesgos es la contaminación del agua ya sea por residuos de la industria pesquera-como lo son los casos de las bahías del Callao, Paita, Chimbota, Huacho y Carquin- o por residuos de la minería y coniformes fecales que ha sido comprobada en los ríos Santa, Chillón, Yauli y Mantaro. Asimismo, los 53 ríos costeros presentan distintos grados de contaminación, entre los cuales, 16 reportan niveles de metales pesados que sobrepasan los valores límite que establece la Ley General de Agua.⁴⁵(el subrayado es nuestro)

Estos datos nos permiten indicar que la actividad minera es una de las mayores causantes de contaminación de aire y agua y esta situación se ve reflejada en la gran cantidad de conflictos que enfrentan a las empresas mineras con la población.

⁴² CONAM: "Informe Nacional sobre el Estado del Ambiente GEO PERÚ 2002-2004". Lima, 2006. Pág. 15.

⁴³ La clasificación de estas zonas como de atención prioritaria se hizo mediante el Decreto Supremo N ° 074-2001-PCM.

⁴⁴ CONAM: "Informe Nacional sobre el Estado del Ambiente GEO PERÚ 2002-2004" Pág.61.

⁴⁵ CONAM: "Informe Nacional sobre el Estado del Ambiente GEO PERÚ 2002-2004" Pág.87.

En efecto, la Defensoría del Pueblo emite reportes sobre los conflictos sociales que se dan en el territorio nacional y el último de estos reportes señala que dos de las principales causas de los conflictos sociales son: el desempeño de los alcaldes distritales y provinciales que representan el 48% de los conflictos y conflictos de carácter ambiental que enfrentan a poblaciones y empresas que explotan recursos naturales, que representan el 18% de los conflictos sociales existentes.⁴⁶

El informe indica que existen 6 conflictos activos y 74 conflictos latentes. Esto resulta muy preocupante, sobretodo por la gran cantidad de conflictos que aún no han sido solucionados, y que por el momento se encuentran en calma pero no existe la certeza que un día no estallen, ya sea por la desesperación de la población o por la agitación de algún agente externo a ese conflicto.⁴⁷

Dentro del denominado grupo de conflictos latentes, destacan varios conflictos que enfrentan a empresas mineras con la población. Entre ellos, debemos destacar el que existe en la provincia de Espinar, que enfrenta a la minera BHP Billinton con la población, el de la Minera Buenaventura y la población de Pulán, el de Minera Yanacocha y poblaciones de La Encañada y del caserío Quishuar Corral, entre otros.⁴⁸

En efecto, las comunidades y las empresas mineras se enfrentan por el control y manejo de recursos naturales y en ese sentido, las comunidades actúan como guardianes de los ecosistemas frente a la llegada de un actor externo, como es el caso de las empresas mineras.⁴⁹

Este conflicto cobra mayor envergadura porque la población no percibe los beneficios de actividades como la minería. Tal como nuestra historia económica lo demuestra, una industria minera boyante puede redundar en mayor ingreso de divisas y un incremento del PBI, pero no conduce necesariamente hacia un desarrollo sostenible y la reducción de la pobreza.⁵⁰

En la actualidad, el desarrollo de actividades mineras no ha permitido una mejora en la calidad de vida de la población. La minería todavía no ha permitido erradicar la pobreza en las zonas en las que se ha desarrollado. Algunas de las posibles causas de esta situación son que la actividad minera tiene un limitado encadenamiento productivo con el mercado interno y se orienta exclusivamente hacia la exportación. A este hecho debemos agregar su reducida capacidad para crear puestos de trabajo de calidad.⁵¹

⁴⁶ Defensoría del Pueblo, Reporte N °28, Conflictos Sociales conocidos por la Defensoría del Pueblo, al 28 de junio de 2006.

⁴⁷ Artículo publicado en el Diario El Comercio, el 11 de junio de 2006.

⁴⁸ Todo el detalle de cada uno de los conflictos antes citados puede encontrarse en el Reporte N °28, Conflictos Sociales conocidos por la Defensoría del Pueblo, al 28 de junio de 2006.

⁴⁹ De Echave, José: "Construyendo un proceso de toma de decisiones frente a operaciones mineras". CooperAcción. Lima, 2001.

⁵⁰ De Echave, José y Torres, Víctor: "Hacia una Estimación de los Efectos de la Actividad Minera en los Índices de Pobreza en el Perú". CooperAcción. Lima, 2005. Pág.39.

⁵¹ De Echave, José y Torres, Víctor. Op. Cit. Pág. 124-125.

Sobre este punto, el TLC tiene una gran incidencia pues el mismo plantea la prohibición de requisitos de desempeño.⁵² Esta disposición pone un alto a la posibilidad de que el Estado peruano negocie con un inversionista nacional de EEUU su entrada al mercado a condición de que este utilice un porcentaje determinado de insumos nacionales por ejemplo. Este escenario, en que el Estado acuerde con el inversionista extranjero que su inversión debe generar un impacto positivo al mercado interno y por ende, beneficie a la población, se deja de lado en el TLC.

El Informe del Desarrollo Humano 2005 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo-PNUD- señala que los países latinoamericanos no alcanzan niveles apropiados de desarrollo porque dependen demasiado de las exportaciones de materias primas, en lugar de desarrollar productos más sofisticados que son mucho más lucrativos en la economía del conocimiento del siglo XXI.⁵³ El informe llama a este fenómeno la maldición de las materias primas.

El mercado actual requiere de productos con valor agregado y muchos de los países ricos en recursos naturales solo se limitan a la exportación de los mismos en forma de materia prima. La industria minera tiene la capacidad de impulsar otro tipo de industrias y de generar esos productos sofisticados que el mercado internacional requiere. Con la prohibición de los requisitos de desempeño, esta posibilidad dependería exclusivamente de la voluntad de las empresas pues el Estado ha renunciado a su poder de negociación.

Es importante además señalar que desde el 2002, los gobiernos regionales y locales han empezado a recibir cuantiosas sumas por el concepto de canon minero, y dichas sumas han ido en aumento con el paso de los años. Esto significa que ha existido un traspaso de recursos financieros desde las empresas mineras hacia los gobiernos regionales y locales, a través del Gobierno Central.

Hay que recalcar que el acceso a recursos financieros no es suficiente para garantizar el desarrollo de una zona determinada debido a que resulta indispensable que ese dinero sea invertido de manera adecuada. En efecto, los recursos que reciben los gobiernos regionales y locales deben traducirse en una mejora de la calidad de vida de la población a través de proyectos de inversión.⁵⁴

El canon minero, al igual que las demás transferencias que reciben estas instancias de gobierno, no tendría sentido salvo como una herramienta para impulsar el desarrollo local.⁵⁵ Al respecto, cabe recordar que el último reporte de conflictos sociales de la Defensoría del Pueblo, indica que el 48% de los conflictos sociales se debe a cuestionamientos de las autoridades y funcionarios, en su mayoría municipales. Uno de los cuestionamientos que realiza la población se refiere al manejo de recursos económicos.

⁵² El artículo 10.9 del capítulo de Inversión regula la prohibición de requisitos de desempeño.

⁵³ Oppenheimer, Andrés: "La maldición de los recursos naturales". Publicado en el Diario El Comercio, el 13 de setiembre de 2005.

⁵⁴ Estos proyectos deben cumplir con los requerimientos del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP).

⁵⁵ Boza, Beatriz: "Canon Minero: Caja chica o palanca para el desarrollo? CAD. Lima, 2006.Pág.89.

Asimismo, es necesario agregar que *“con seguridad muchos de los casos de conflicto con las autoridades locales tienen que ver con los recursos adicionales que están llegando de manera creciente a los gobiernos locales por la vía del canon, y que son generados por el pago del impuesto a la renta y las regalías por las empresas que desarrollan actividades extractivas”*.⁵⁶

En efecto, la población aledaña a la mina no nota que las autoridades locales estén realizando obras que contribuyan a mejorar su calidad de vida. Es decir que no perciben los frutos del canon y menos aún lo de la minería. Lo que queda claro al poblador es que la compañía minera se enriquece mientras él y los suyos no progresan.⁵⁷

Una situación de esta naturaleza requiere de una participación activa del Estado, que debe cumplir con su rol de facilitador social y de capacitador de las instancias descentralizadas de gobierno que de un tiempo a esta parte, han comenzado a recibir cuantiosas sumas de dinero. Es evidente que también es fundamental el acompañamiento que realizan otros actores sociales como las ONG pero es necesario contar con el aval estatal que es el que tiene la potestad de adoptar medidas de carácter obligatorio, que vinculen a los actores sociales involucrados.

Finalmente, queremos indicar que reconocemos que el rol de la minería es fundamental para el país y cabe aclarar que no pretendemos que la empresa minera asuma el papel del Estado en la zona en la que desarrolla sus actividades. Lo que si resulta claro es que la tendencia actual apunta hacia una internalización de los costos sociales y ambientales por parte de las empresas y ello se traduce en la denominada Responsabilidad Social Empresarial.

En la actualidad, en el Perú han habido varios avances en materia de Responsabilidad Social Empresarial pero el enfoque que prima en el país es el filantrópico que se traduce en una RSE de carácter asistencialista, en el que la empresa tiene un rol activo y la población un rol pasivo. Este factor crítico se explica porque las empresas peruanas, salvo contadas excepciones, no abordan la certificación de sus políticas de RSE con indicadores de reconocida aceptación para medir el impacto de sus prácticas sociales.⁵⁸

Por dicho motivo hubiese resultado sumamente importante que en el TLC se incluyera el principio de RSE, tal como está recogido en el TLC Chile-EEUU. Esto hubiera significa el mejor reconocimiento que debe tener el principio llamado a orientar las acciones de todas las empresas que desarrollen actividades en el Perú.

A modo de conclusión de este primer punto, hay que remarcar que antes de que el Estado, a nivel de gobierno central, adopte cualquier decisión respecto a la realización de actividades extractivas en una zona determinada del territorio nacional, es necesario que se evalúen los riesgos potencial de conflicto que dicha decisión ocasionaría.

⁵⁶ Monge, Carlos: Resumen del Documento “Nueva Conyuntura y Tendencias en el Perú. Desafíos y Estrategias para la Sociedad Civil”. CRS/Perú. Lima, 2006.

⁵⁷ Boza, Beatriz. Op. Cit. Pág.25

⁵⁸ OXFAM GB: “Pobreza y desarrollo en el Perú. Informe Anual 2005-2006”Lima, 2006.Pág. 84.

Además, debe analizarse cual es la opinión de la población de la posible zona de influencia minera. Una decisión impuesta no genera más que descontento en la población, que finalmente debe tener el derecho a elegir el camino de desarrollo que quiere seguir.

3.2 Los vacíos normativos y la deficiente fiscalización ambiental

En este punto, haremos un breve análisis de las que consideramos dos de las principales causas de los problemas de contaminación que afectan al país: los vacíos normativos y la deficiente fiscalización ambiental. Hemos elegidos estas dos causas pues las mismas dependen directamente de la acción del Estado, que debe actuar como garante del mantenimiento de un medio ambiente equilibrado y saludable

Cuando empleamos el concepto de vacíos normativos, nos referimos a la falta de regulación de algunos elementos, que están orientados a la protección ambiental. Es imposible que las instituciones del Estado cumplan con la función de proteger el medio ambiente, si no cuentan con los instrumentos legales necesarios.

Para entender el alcance de esta deficiencia, podemos hacer una revisión de los Límites Máximos Permisibles (LMP) y los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) que existen para regular la actividad minera.

Existen dos normas del sub sector minería que establecen los LMP. En primer lugar, está la Resolución Ministerial N ° 011-96-EM/VMM que aprueba los niveles máximos permisibles para efluentes líquidos minero metalúrgicos. En dicha norma, no se ha incluido sustancias como el cadmio⁵⁹ y el manganeso⁶⁰, que son uno de los principales contaminantes que emite la actividad minera. De igual manera, la Ley General de Aguas, aprobada mediante Decreto Ley N ° 17752 y promulgada en 1969, tampoco incluye el manganeso.

La Resolución Ministerial N ° 315-96-DM/VMM establece los niveles máximos permisibles de elementos y compuestos presentes en emisiones gaseosas

⁵⁹ Respirar altos niveles de cadmio produce graves lesiones en los pulmones y puede producir la muerte. Ingerir alimentos o tomar agua con niveles de cadmio muy elevados produce seria irritación al estómago e induce vómitos y diarrea. El cadmio puede acumularse en los riñones a raíz de exposición por largo tiempo a bajos niveles de cadmio en el aire, los alimentos o el agua; esta acumulación puede producir enfermedades renales. Lesiones en los pulmones y fragilidad de los huesos son otros efectos posibles causados por exposición de larga duración. Asimismo, el Departamento de Salud y Servicios Humanos (DHHS) ha determinado que es razonable predecir que el cadmio y los compuestos de cadmio son carcinogénicos. Información publicada en : http://www.atsdr.cdc.gov/es/toxfaqs/es_tfacts5.html

⁶⁰ Ciertos individuos expuestos a niveles de manganeso muy altos por largo tiempo en el trabajo sufrieron perturbaciones mentales y emocionales y exhibieron movimientos lentos y faltos de coordinación. Esta combinación de síntomas constituye una enfermedad llamada "manganismo". Los trabajadores generalmente no exhiben síntomas de manganismo a menos que hayan estado expuestos a manganeso por meses o años. El manganismo ocurre debido a que demasiado manganeso daña una parte del cerebro que ayuda a controlar los movimientos. La exposición a altos niveles de manganeso en el aire, como puede ocurrir en una fundición de manganeso o una planta de baterías, puede afectar la habilidad motora tal como mantener una mano inmóvil, la ejecución de rápidos movimientos manuales, y mantener el equilibrio. La exposición a altos niveles del metal también puede causar problemas respiratorios y alteración en la función sexual.

provenientes de las unidades minero metalúrgicas. En esta norma, se ha obviado sustancias como el cadmio, elemento sumamente dañino para la salud de la población. Asimismo, el Decreto Supremo N °074-2001-PCM, Reglamento Nacional de Estándares de Calidad de Aire, tampoco incluye sustancias como el cadmio y el arsénico⁶¹. Adicionalmente, cabe indicar que otra omisión importante en la que incurre nuestra legislación ambiental es la relacionada con los valores referenciales del suelo en relación con las actividades minero metalúrgicas.

La inexistencia de LMP y de ECA de estas sustancias es un impedimento para el adecuado control de la emisión al ambiente de las mismas y por ende, de la protección de la salud de las personas expuestas a estos elementos. Esta deficiencia en la regulación es una de las causas de los niveles actuales de contaminación a los que tiene que hacer frente el país.⁶²

Además no debemos olvidar que durante el proceso de aprobación de la LGA , el proyecto de ley planteaba que: *"En tanto no se establezcan en el país Estándares de Calidad Ambiental, Límites Máximos Permisibles y otros estándares o parámetros para el control y la protección ambiental, son de uso obligatorio los establecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS), en caso de que por ésta no fuera regulada entonces se recurrirá a cualquier otra entidad internacional especializada en temas ambientales"*.⁶³

La reacción del Poder Ejecutivo no se hizo esperar, y entre las 23 observaciones que hizo al proyecto de ley, indicó que los países en desarrollo tienen derecho a estándares especiales distintos a los internacionales y que la adopción de estándares de la OMS debía efectuarse teniendo en cuenta la realidad y el nivel de desarrollo de cada país. Dicha observación fue admitida.

Además de la falta de regulación de algunos aspectos esenciales para la protección del medio ambiente, otro problema que presenta el marco ambiental es el de fiscalización. Esto significa que la existencia de un disposición de protección no garantiza por sí misma el cumplimiento del objetivo de la misma. El Estado tiene que contar con instrumentos para verificar y exigir el cumplimiento de la norma.

⁶¹ La ingestión de niveles muy altos de arsénico puede ser fatal. La exposición a niveles más bajos puede producir náusea y vómitos, disminución del número de glóbulos rojos y blancos, ritmo cardíaco anormal, fragilidad capilar y una sensación de hormigueo en las manos y los pies. La ingestión o inhalación prolongada de niveles bajos de arsénico inorgánico puede producir oscurecimiento de la piel y la aparición de pequeños callos o verrugas en la palma de las manos, la planta de los pies y el torso. Varios estudios han demostrado que la ingestión de arsénico inorgánico puede aumentar el riesgo de cáncer de la piel, los pulmones, el hígado y la próstata. La inhalación de arsénico inorgánico puede aumentar el riesgo de cáncer del pulmón. El Departamento de Salud y Servicios Humanos (DHHS) ha determinado que el arsénico inorgánico es un elemento carcinogénico reconocido. La Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer (IARC) y la EPA han determinado que el arsénico inorgánico es carcinogénico en seres humanos. Información publicada en: http://www.atsdr.cdc.gov/es/toxfaqs/es_tfacts2.html

⁶² Actualmente, se están tomando medidas para remediar esta situación y prueba de ello, es la aprobación de la Ley N ° 28817, que establece un plazo no mayor a dos años para revisar y elaborar los ECA y LMP.

⁶³ Texto de la Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final del Proyecto Aprobado de la Ley General del Ambiente, que luego fue observado por el Poder Ejecutivo y fue finalmente aprobado por el Congreso de la República, adoptando dichas observaciones.

La fiscalización se refiere a acciones de vigilancia, control, seguimiento, verificación y otras similares. Los entes encargados de estas tareas son la autoridad nacional ambiental, es decir el CONAM, las autoridades sectoriales, las autoridades con roles transectoriales, los gobiernos regionales y los gobiernos locales. Las acciones de fiscalización pueden generar: i) incentivos, ii) sanciones, sea a través de medidas correctivas o coercitivas y iii) medidas cautelares.⁶⁴

Las deficiencias y problemas que encontramos en la actividad de fiscalización se deben, en parte, a la sectorialización que se ha producido respecto de esta función. Esta se produce con la dación del Decreto Legislativo N ° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, publicada el 13 de noviembre de 1991, que transfiere a los ministerios la autoridad ambiental y por ende, la fiscalización ambiental.

Esto genera un conflicto evidente pues la autoridad encargada de promover la actividad, por ejemplo el Ministerio de Energía y Minas, que tiene como función principal promover la actividad minera, otorgando concesiones mineras en este caso, también es la encargada de fiscalizar la adecuada realización de estas actividades. En pocas palabras, es juez y parte a la vez.

La situación antes señalada constituye un obstáculo para realizar una adecuada fiscalización. Este tema fue planteado en el proceso de discusión y aprobación de la Ley N ° 28611, Ley General del Ambiente (LGA). Finalmente, el texto aprobado de la LGA propone el establecimiento de un Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental, como un esfuerzo por integrar y sistematizar las funciones de las autoridades competentes en el tema ambiental y lograr que la autoridad ambiental sea un eje engranador de dirección común⁶⁵

Actualmente, el citado régimen se encuentra en período de elaboración y está a cargo del Grupo Técnico Nacional de Incentivos y Sanciones Ambientales. El objetivo es contar con una fiscalización de carácter multisectorial, coherente y eficiente. Esto se debe a que existen muchas actividades que son controladas por dos o más autoridades, y que se manejan por criterios diferentes. Es importante entonces uniformizar los mismos a fin de evitar casos con decisiones contradictorias entre las autoridades competentes. Asimismo, es necesario que la autoridad ambiental se fortalezca para garantizar un sistema de fiscalización efectivo, que pueda cumplir a cabalidad con sus objetivos.

Una medida orientada a corregir las deficiencias en las labores de fiscalización está plasmada en el proyecto de ley que propone la creación de Organismo Supervisor de las Actividades Minero-Metalúrgicas (Osimin). El Consejo de Ministros del Gobierno de Alejandro Toledo aprobó dicho proyecto de ley el 19 de julio. En el mismo, se establece que el Osimin fiscalizará el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades mineras, así como el cumplimiento de las normas legales y técnicas referidas a la conservación y protección del medio ambiente. De esta manera, las actividades de fiscalización pasarían a un ente distinto del Ministerio de Energía y Minas.⁶⁶

⁶⁴ CONAM: Lineamiento para el desarrollo del Régimen Común de Fiscalización y Control. Taller de Incentivos y Sanciones en materia ambiental. Lima, 2005.

⁶⁵ CONAM: Eco Diálogo99, Ponencia Gestión Ambiental Transectorial- MEGA, p. 70. Ponencia Agenda Ambiental 2002. Pág. 214.

⁶⁶ Diario El Comercio de fecha 29 de julio de 2006.

Podemos concluir que el marco legal ambiental tiene varios vacíos que deben ser subsanados a fin de poder tener una protección ambiental realmente efectiva. En el Perú, existe una tendencia a equiparar las normas ambientales a desincentivos u obstáculos para la inversión. Esta situación se puede complicar con la entrada en vigencia del TLC, pues las disposiciones de protección al inversionista pueden ser consideradas como un razón adicional para evitar la adopción de medidas de protección al medio ambiente que puedan ser consideradas como una expropiación indirecta.

Finalmente, también debería promoverse un cambio en las políticas estatales que solo miden el desarrollo en términos económicos, obviando las variables social y ambiental. Esta omisión deriva en la existencia de un crecimiento económico insostenible.

3.3 La protección del medio ambiente y el desarrollo

No cabe duda que toda actividad económica tiene un impacto⁶⁷ en el medio ambiente y el grado de intensidad del mismo variará en función de la actividad realizada. En un mundo globalizado como el actual, en el que prima la ley del libre mercado y la promoción de la inversión a gran escala, la problemática ambiental debe ser incorporada como una variable en la implementación de programas y políticas orientados a promover la inversión privada.

Un ejemplo de la tendencia que deben seguir las inversiones es la Iniciativa de Finanzas del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) que establece principios orientados a proveer de una infraestructura a los inversores en la que se integren los aspectos sociales y medioambientales a la hora de realizar una inversión. Esta iniciativa ha realizado un estudio en el que destaca a una decena de bancos por integrar valores medioambientales, sociales así como aquellos temas relacionados con el Buen Gobierno.⁶⁸

En ese sentido, el TLC Chileno resulta pionero al incorporar en el texto del tratado un capítulo dedicado al tema del medio ambiente, con lo cual se reconoce que la protección del medio ambiente debe ser incluida en los mecanismos de promoción de la inversión. Esta tendencia ha continuado en los demás TLC que ha suscrito EEUU con países del continente americano.

Conforme lo hemos indicado en este informe, la incorporación del capítulo de medio ambiente no representa realmente una mayor protección ambiental frente a los efectos negativos que pueden ocasionar las inversiones. Este capítulo no es una solución eficaz en caso de presentarse un conflicto inversión-

⁶⁷ Los impactos al medio natural o social pueden ser positivos o negativos o de relativa indefinición en una primera instancia; pueden producir efectos directos e indirectos, mediatos o inmediatos, pueden afectar a un espacio reducido del territorio o tener un alcance regional de cierta importancia; asimismo, pueden tener una incidencia puntual o acumulativa. En: CRAVIOTO, Miguel. Metodología para el Ordenamiento del Espacio y Desarrollo Ambiental en el Perilago Argentino de Salto Grande. En: "Ambiente y Recursos Naturales" Revista de Derecho, Política y Administración. Enero – Marzo 1984, Volumen I N° 1, La Ley, Buenos Aires. Pág.36.

⁶⁸ <http://www.eleconomista.es/mercados-cotizaciones/noticias/45724/07/06/RSC-La-Iniciativa-de-Finanzas-del-PNUMA-destaca-a-10-bancos-por-integrar-aspectos-sociales-y-medioambientales.html>

medio ambiente, pues las facultades del inversionista sobrepasan los mecanismos de protección ambiental.

La protección del medio ambiente no solo responde a la necesidad de proteger la salud de la población, que es afectada por elevados niveles de contaminación en todas sus formas, es decir por un tema de salud pública. La protección ambiental también se refiere a un uso sostenible de los recursos naturales que conforman el medio ambiente y ello representa una gama de oportunidades para la población y un campo para la inversión.

Un claro ejemplo del potencial que representa el aprovechamiento adecuado de los recursos naturales es el de la diversidad biológica. En efecto, la biodiversidad cumple un papel fundamental en la sociedad nacional y ello no es una mera afirmación sin sustento, sino todo lo contrario. Al respecto, debemos indicar que cerca del 65% de la agricultura nacional depende de los recursos genéticos nativos, como la papa, el maíz, los granos andinos, los frutales, raíces, tubérculos andinos, cacao, legumbres, entre otros cultivos.

Asimismo, la actividad pesquera depende en más de 99% de especies nativas marinas y continentales. En nuestro caso, la pesca cumple una doble función: aporta divisas a través de la exportación de productos enlatados y de harina de pescado y constituye una importante fuente de alimento llegando casi a cerca de 400 000 toneladas de pescado para consumo humano por año.⁶⁹

Uno de los sectores en los que la biodiversidad es una clara opción de desarrollo es el forestal. El Perú, de acuerdo a su aptitud natural, es un país forestal. Aproximadamente, un 65% del territorio tiene una capacidad de uso de la tierra para la producción forestal. La gran composición de superficie forestal es bosque tropical húmedo que alberga una gran biodiversidad.⁷⁰

En la región amazónica, existen 62 millones de hectáreas de bosques de diverso tipo que aun no han sido intervenidos, o en todo caso, lo han sido poco. Si bien en muchos de estos bosques se han extraído las especies más valiosas como el cedro, caoba e ishpingo, estos bosques aún constituyen la gran reserva forestal del país.⁷¹

A pesar de contar con amplios recursos forestales, el Perú es uno de los últimos en aprovechar este recurso y, por el contrario, es uno de los mayores depredadores de bosques. Según estimaciones del Instituto Nacional de Recursos Naturales (Inrena), hasta el momento en el país se han deforestado más de ocho millones de hectáreas, pues de acuerdo con el último mapa forestal del Perú hasta el año 2000 habían desaparecido 7'388.002 hectáreas de bosques, de las cuales 3'720.000 eran áreas libres y 3'667.802 , áreas ocupadas. La tala y consiguiente quema para la explotación irracional de la madera y para el cambio de uso con fines agrícolas han sido las principales

⁶⁹ Este consumo que debería ser mucho mayor.

⁷⁰ NOVOA, L. "Manejo Forestal del Bosque Nacional Alexander Von Humboldt. En: CONAM. Bosques: Bases para una nueva política. Consejo Nacional del Ambiente.1998. Citado por: PORTILLA, Alfredo: "Diversidad biológica: del concepto a la realidad". En: "El Medio Ambiente en el Perú. Año 2001". Instituto CUÁNTO Lima, 2002.Pág. 292.

⁷¹ PORTILLA, Alfredo. Loc. Cit.

causas que han dado lugar a que en los últimos 30 años se haya producido esta peligrosa reducción de bosques.⁷²

Además de estas actividades, la diversidad biológica también permite el desarrollo de nuevas actividades o actividades “no tradicionales” que deben ser impulsadas. El ecoturismo⁷³ es una de estas actividades y debe quedar claro que no basta con que el turismo se base en la naturaleza. Es necesario que el operador o responsable de la actividad tome acciones concretas para proteger el entorno y no modificarlo, garantizar el reparto de los beneficios entre sus intereses y los de la población local y evitar impactos negativos sobre la cultura local. Solo en estos casos podemos hablar de un ecoturismo sostenible.

Otra actividad basada en la diversidad biológica que alberga el territorio peruano es el biocomercio– BIOTRADE. Esta es una iniciativa surgida con ocasión de la III Conferencia de las Partes (COP3) del Convenio sobre Diversidad Biológica realizada en Buenos Aires, Argentina, en 1996 y promovida por el Centro de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) con sede en Ginebra.⁷⁴

Su objetivo es promover la inversión y el comercio de los recursos biológicos para contribuir al logro de los objetivos del Convenio sobre Diversidad Biológica. El biocomercio es el comercio de productos o servicios provenientes de la biodiversidad, los cuales son económica y financieramente rentables e incluyen criterios de sostenibilidad ambiental y social.

Se busca entonces reforzar la capacidad de los países en desarrollo para el uso sostenible de su biodiversidad a través del otorgamiento de un mayor valor agregado a los productos obtenidos de manera sostenible. Esto significa que los recursos naturales que se generen a través de prácticas sostenibles tienen un valor adicional que es reconocido en el mercado a través de un precio más elevado.

El mercado internacional demanda en mayor cantidad este tipo de productos y hay que indicar que:

“El siglo XXI va a ser el de los productos orgánicos y naturales. En Europa ya se consumen mucho, en Japón está creciendo la demanda de 25% al año y en Alemania el comercio de estos productos ha sido de 45 mil millones de euros en el 2005. Todas las estimaciones señalan que al 2010 el comercio mundial de productos orgánicos y naturales superará ampliamente los 100 mil millones de dólares, tal vez llegue a 200 mil millones.”⁷⁵

⁷² Informe publicado en el Diario El Comercio, el 11 de julio de 2006.

⁷³El ecoturismo puede ser definido como “viaje cuyo objetivo es visitar ciertas áreas silvestres para comprender la cultura y la historia natural del medio ambiente, cuidando no alterar la integridad del ecosistema y creando oportunidades económicas del tal manera que la conservación de los recursos naturales sea de beneficio para las comunidades locales”. En: BRANDON, K. “Ecoturismo y Conservación: una reseña de temas claves. The World Bank: Environment Department Papers. Papers N°33. 1996. Citado por: PORTILLA, Alfredo: “La biodiversidad como motor del desarrollo”. En: “El Medio Ambiente en el Perú. Año 2001”. Instituto CUÁNTO Lima, 2002. Pág.387.

⁷⁴ BRACK, Antonio: “Perú: Biodiversidad y Biocomercio: Situación Actual y Potencial”. CONAM-UNCTAD. Lima, 2000. Citado por: PORTILLA, Alfredo: “La biodiversidad como motor del desarrollo”. En: “El Medio Ambiente en el Perú. Año 2001”. Instituto CUÁNTO Lima, 2002. Pág.409.

⁷⁵ Entrevista a Antonio Brack. Publicada el 12 de julio de 2006 en el Diariol El Comercio

De igual manera, los productos que se obtienen a partir de recursos gestionados sosteniblemente, presentan un valor agregado para el mercado, que el consumidor reconoce pagando un mayor precio.⁷⁶

A pesar de su importancia para el desarrollo de países ricos en recursos naturales y de ser una opción para los inversionistas, la situación de la diversidad biológica es realmente preocupante. De acuerdo a un informe de la ONU sobre el estado de los ecosistemas del planeta, el 60% de ellos está degradado; y añaden que, de no frenar ese deterioro, dentro de algunos años puede colapsar la capacidad de la Tierra de proveer bienes y servicios naturales a sus habitantes.⁷⁷ Por ello, es necesario promover actividades orientadas hacia el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

Podemos entonces concluir que la diversidad biológica tiene gran relevancia para el desarrollo de la economía peruana. Pero debemos tener en cuenta que el actual modelo de desarrollo económico del país tiene severas falencias. Desde la época republicana, el crecimiento económico del país se ha basado en la sobreexplotación de recursos renovables y no renovables.

Una situación de crecimiento insostenible no puede continuar. Si bien las actividades mineras y petroleras son esenciales para la economía nacional, existen además otros recursos naturales que pueden atraer inversión y sobretodo mejorar la calidad de la vida de la población. Lo importante es garantizar que las actividades económicas contribuyan efectivamente a aliviar la situación de pobreza y el descontento social que afectan al país.

⁷⁶ Algunos de los productos que emplean insumos que han sido el resultado de prácticas sostenibles empiezan a ser reconocidos en el mercado a través del uso de eco-etiquetas. De acuerdo a la NTP 14020 la eco-etiqueta es una declaración, símbolo o gráfico en el reducto o etiqueta del empaque, literatura del producto, en boletines técnicos, avisos publicitarios, etc. que señalan aspectos ambientales de un producto o servicio.

⁷⁷ Diario El Comercio, sábado 25 de marzo de 2006.

BIBLIOGRAFÍA

BOZA, Beatriz: " Canon Minero: Caja chica o palanca para el desarrollo? CAD. Lima, 2006

BRACK, Antonio: "Perú: Biodiversidad y Biocomercio: Situación Actual y Potencial".CONAM-UNCTAD.Lima, 2000.

CONAM: Lineamiento para el desarrollo del Régimen Común de Fiscalización y Control. Taller de Incentivos y Sanciones en materia ambiental. Lima, 2005.

CONAM: Eco Diálogo99, Ponencia Gestión Ambiental Transectorial- MEGA. Ponencia Agenda Ambiental 2002.

CONAM: "Informe Nacional sobre el Estado del Ambiente GEO PERÚ 2002-2004". Lima, 2006

COSBEY, Aaron: "El Capítulo 11 del TLCAN y el Medio Ambiente" Documento de discusión para el taller público del Comité Consultivo Publico Conjuntos de la Comisión para la Cooperación Ambiental del América del Norte. 24 de marzo de 2003

CRAVIOTO, Miguel. Metodología para el Ordenamiento del Espacio y Desarrollo Ambiental en el Perilago Argentino de Salto Grande. En: "Ambiente y Recursos Naturales" Revista de Derecho, Política y Administración. Enero – Marzo 1984, Volumen I N° 1, La Ley, Buenos Aires

DEFENSORÍA DEL PUEBLO: Reporte N °28, Conflictos Sociales conocidos por la Defensoría del Pueblo, al 28 de junio de 2006.

DE ECHAVE, José: "Construyendo un proceso de toma de decisiones frente a operaciones mineras". CooperAcción. Lima, 2001

DE ECHAVE, José y TORRES, Víctor: "Hacia una Estimación de los Efectos de la Actividad Minera en los Índices de Pobreza en el Perú".CooperAccion. Lima, 2005.

DIARIO EL COMERCIO: Entrevista a Antonio Brack, publicada el 12 de julio de 2006.

DIARIO EL COMERCIO: Informe sobre la situación de la biodiversidad, publicado el 25 de marzo de 2006.

DIARIO EL COMERCIO: Informe sobre la situación forestal en el Perú, publicado el 11 de julio de 2006.

Diario El Comercio de fecha 29 de julio de 2006

GALARZA, Elsa, GÓMEZ, Rosario y GONZALES, Luís en el Documento de Trabajo: "Ruta hacia el desarrollo sostenible del Perú". Centro de Investigación Universidad del Pacífico. Lima, 2002.

MEDELLIN, Pedro. "Medio Ambiente y Comercio en América del Norte". Publicado en Pulso, Diario de San Luis. Sección Ideas, Pág. 4 del jueves 20 de junio de 2002. San Luis Potosí, México

MONGE, Carlos: Resumen del Documento "Nueva Conyuntura y Tendencias en el Perú. Desafíos y Estrategias para la Sociedad Civil". CRS/Perú. Lima, 2006

NUÑEZ, Georgina: "La responsabilidad social corporativa en un marco de desarrollo sostenible". Serie Medio Ambiente y Desarrollo. CEPAL. Santiago de Chile, 2003.

OPPENHEIMER, Andrés: "La maldición de los recursos naturales". Publicado en el Diario El Comercio, el 13 de setiembre de 2005.

OXFAM GB: "Pobreza y desarrollo en el Perú. Informe Anual 2005-2006" Lima, 2006.

PAJARES, Erick: "La protección normativa de la biodiversidad en Perú". En: "La protección normativa de la biodiversidad en los países andinos". CIEDLA, Buenos Aires, 1998.

PIZARRO, Rodrigo: "Un Análisis del Capítulo de Inversiones: Las restricciones a la Política Pública". Documento preparado para la Comisión Especial de Evaluación del TLC entre Chile y Estados Unidos del Senado. Setiembre, 2003.

PORTILLA, Alfredo: "Diversidad biológica: del concepto a la realidad". En: "El Medio Ambiente en el Perú. Año 2001". Instituto CUÁNTO Lima, 2002.

PORTILLA, Alfredo: "La biodiversidad como motor del desarrollo". En: "El Medio Ambiente en el Perú. Año 2001". Instituto CUÁNTO Lima, 2002

TORRES, Víctor y DE ECHAVE José: "La desregulación de la inversión extranjera en los TLC y sus posibles efectos en la actividad minera". Lima, 2005