

Iberoamérica: viejos problemas y nuevos ámbitos de regulación

DIEGO J. VERA JURADO
ROBERTO GALÁN VIOQUÉ

Sumario

	<i>Página</i>
1. Valoración general de la situación. Algunas propuestas de futuro ..	171
2. Principales novedades legislativas	173
A) Los problemas ambientales derivados de la actividad minera .	174
B) Protección de los bosques y espacios naturales	177
C) Los recursos hídricos	178
3. Novedades organizativas administrativas y jurisdiccionales	179

* * *

1. VALORACIÓN GENERAL DE LA SITUACIÓN. ALGUNAS PROPUESTAS DE FUTURO

A pesar de la crisis económica la mayoría de los países iberoamericanos mantiene una constante preocupación por todos los temas relacionados con el medio ambiente. Las iniciativas legislativas siguen abordando materias como la conservación de los recursos naturales, la deforestación y la gestión de los espacios naturales, a las que hay que unir otras, que van tomando fuerza en los últimos años, como el control de las actividades mineras y extractivas, el cambio climático y la ordenación urbanística y territorial.

No obstante, esta clara voluntad por regular los principales problemas ambientales se ve condicionada por factores que hacen difícil una respuesta

171

cierta y eficaz a muchos de ellos. En este sentido cuatro factores nos parecen especialmente preocupantes en este momento: la ausencia de una actividad coordinada entre los diferentes gobiernos de la zona; la debilidad generalizada de las estructuras administrativas y judiciales; el alto nivel de corrupción, en el que, además, los recursos ambientales suele ser un objeto prioritario de esta actividad descontrolada, y, por último, la enorme dificultad en lograr una convergencia entre crecimiento económico y sostenibilidad, especialmente agudizada en los últimos años.

Sin ninguna duda, gran parte de la solución de los problemas pasa por buscar la complementariedad entre el patrón de crecimiento económico y las metas de sostenibilidad a través de políticas que regulen conductas e induzcan a actuaciones correctas para la producción y el consumo. Un crecimiento económico con estas características es necesario para mejorar la calidad de vida de la población e incorporar los sectores socialmente rezagados al proceso de desarrollo.

No obstante, los países de la región no disponen de grandes márgenes de maniobra para ajustar sus sistemas productivos a las exigencias ambientales. Ante el creciente temor de muchos países de la región por evitar que la dimensión ambiental dé lugar a nuevas limitaciones es necesario formular posiciones claras y no evasivas en torno al binomio desarrollo-medio ambiente en el marco de los regímenes existentes. Por ello, habrá que insistir, en la conveniencia y necesidad de complementar el proceso de apertura con una adecuada política ambiental respaldada por una sólida estructura institucional. Será imprescindible para mejorar la competitividad del aparato productivo el que la política ambiental se formule y ejecute en forma articulada con el conjunto de políticas económicas, tecnológicas, y sociales.

Algunas líneas de actuación se están planteando normativamente en este sentido. Iberoamérica es la región del planeta con mayor riqueza en biodiversidad. La apropiación de los beneficios de las aplicaciones comerciales de las nuevas biotecnologías es un tema emergente de gran importancia ecológica, económica y social que plantea grandes interrogantes. El reconocimiento del papel de los agricultores en el desarrollo y conservación de esta biodiversidad se conoce como derechos del agricultor y no forman parte de los derechos de propiedad de las innovaciones vegetales. La ausencia de mecanismos de acceso, explotación y comercialización de recursos genéticos puede convertirse en una fuente de conflictos sociales para la región por lo que es importante incorporar claramente estos derechos en los marcos jurídicos vigentes.

En el mismo sentido, se puede destacar la posibilidad de actuación en los mecanismos internacionales de equilibrio entre emisiones de carbono y

la capacidad de absorción de los ecosistemas que pueden actuar como sumideros de contaminación. Efectivamente, la región se encuentra ante la oportunidad de participar en este mercado a través de proyectos que disminuyan las emisiones de carbono optando por fuentes de energía más eficientes y de ser posible alternas (energía eólica, solar o hidráulica) o bien a partir de mantener y enriquecer ecosistemas con alta capacidad de absorción de carbono, contando con el apoyo tecnológico y financiero de parte de los países industrializados para lograr esta transición. En este sentido, es necesario que la región se prepare normativamente para participar en este mercado potencial y a la vez que desarrolle estrategias conjuntas que le permitan precios competitivos ante estas perspectivas de intercambio de emisiones de carbono.

Se puede afirmar, en resumen, que aunque los esfuerzos normativos y organizativos han sido considerables en los últimos años, los temas de sostenibilidad ambiental necesitan un amplio desarrollo normativo. Además, la inversión pública y privada así como la voluntad política para resolver conflictos ambientales en la práctica son totalmente insuficientes para superar el déficit que existe frente a los niveles de deterioro ambiental y degradación de recursos naturales. Esto se refleja en la enorme fragilidad e inestabilidad de las instituciones ambientales, que están sujetas a cambios constantes de acuerdo con las administraciones y tendencias políticas de cada país.

2. PRINCIPALES NOVEDADES LEGISLATIVAS

A pesar de las dificultades reseñadas, este último período no ha estado exento de novedades legislativas de especial significado. Es el caso, por ejemplo, de las introducidas en la Constitución de la República Dominicana, dónde uno de los preceptos más polémicos de esta nueva reforma ha sido el referido al derecho a la propiedad privada de ríos y costas y la posibilidad de establecer restricciones a su acceso y utilización pública. En efecto, el artículo 15,2 del citado Texto Constitucional establece que: «Las cuencas altas de los ríos y las zonas de biodiversidad endémica, nativa y migratoria, son objeto de protección especial por parte de los poderes públicos para garantizar su gestión y preservación como bienes fundamentales de la Nación. Los ríos, lagos, lagunas, playas y costas nacionales pertenecen al dominio público y son de libre acceso, observándose siempre el respeto al derecho de propiedad privada. La ley regulará las condiciones, formas y servidumbres en que los particulares accederán al disfrute o gestión de dichas áreas». Se advierte que, junto a la afirmación del carácter demanial de determinados recursos naturales, se introduce la posibilidad de reconocer derechos a la propiedad privada sobre ellos, en clara referencia al reconocimiento de en-

claves privados en el ámbito de las aguas y las costas y, en íntima relación, con los intereses de las empresas turísticas, en su mayoría, de capital extranjero.

A) LOS PROBLEMAS AMBIENTALES DERIVADOS DE LA ACTIVIDAD MINERA

Uno de los problemas que con más intensidad ha apareciendo en el reciente calendario legislativo de la mayoría de los países iberoamericanos es el relacionado con la explotación de recursos mineros e hidrocarburos. En este sentido, hay que indicar que la exportación de materias primas supone más de la mitad de su actividad económica de iberoamérica, ocupando la actividad minera un lugar preponderante. Este debate entre protección del medio ambiente y explotación de recursos mineros ha iniciado una nueva línea de actuación legislativa que es necesario resaltar.

Sirva como ejemplo de este debate la situación planteada en Chile y Argentina, especialmente en este último, a raíz de un proyecto extractivo a cielo abierto en el glaciar *Pascua Lama* para la obtención de oro por parte de la multinacional minera de origen canadiense *Barrick Gold*. Desde su inicio este proyecto ha contado con un fuerte rechazo por el riesgo de contaminación de las aguas de los glaciares y por el cambio en la actividad eminentemente agrícola existente en la zona. Asimismo, se produce un conflicto con las previsiones de protección establecidas en la Ley argentina de Protección de los Glaciares de 2008, aprobada por unanimidad por el Gobierno pero que vetada por la Presidenta argentina.

En 2009 se han acometido un número importante de modificaciones de la legislación minera (Argentina, Costa Rica, Colombia, Ecuador y Guatemala, entre otros), así como diferentes pronunciamientos judiciales de especial significado.

Entre estas leyes merece ser destacada la nueva Ley de Minería de Ecuador aprobada, en enero de 2009, para dotar de mayor seguridad jurídica a un sector esencial de la economía ecuatoriana. La aprobación de esta disposición se enfrentó también a una fuerte oposición popular integrada principalmente por agrupaciones indígenas locales, que argumentaban que la norma priorizaba la actividad de las grandes empresas mineras frente a los productores mineros artesanales, implicando, además, una seria amenaza al medio ambiente y a los recursos hídricos. Esta nueva Ley ecuatoriana plantea un modelo de explotación inspirado en la normativa española, en el que se exige a los titulares de las concesiones mineras que ejecuten su actividad con métodos y técnicas que minimicen los impactos ambientales, que eviten la contaminación en todas las fases de la actividad minera y que reparen los daños que pueden causar, incluso con la amenaza de la suspensión de sus

actividades. Además, se exige la constitución de garantías económicas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones. Se mantiene, asimismo, la obligación de reforestar la instalación minera una vez finalizada la explotación de acuerdo con lo que se establezca en el preceptivo plan de gestión ambiental que tiene que presentar el titular de la concesión y que tiene que ser aprobado por parte de la Administración ambiental antes de que se inicie la actividad.

Bolivia, por su parte, aprobó en 2009 la Ley por la que se permite la participación de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos en la sociedad «YPFB-GTLI» para la exploración de hidrocarburos en el denominado bloque norte en los departamentos de La Paz, Pando y Beni. Esta actuación, como otras de similares características, han tenido una incidencia destacada en intereses españoles en la zona.

En lo que se refiere a las manifestaciones jurisprudenciales hay que aludir, en un contexto en el que los Tribunales de Justicia no se caracterizan por emplear argumentos sólidos para la defensa del medio ambiente, a la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, de 19 de febrero de 2009. En esta sentencia se resuelve un recurso de agravio, equivalente al recurso amparo español, formulado por un particular en relación con la futura exploración para la búsqueda de hidrocarburos que se estaba realizando en un área natural protegida («Cordillera Escalera»), sobre la base de que esta actividad lesionaría, entre otros, el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, así como el reconocimiento de una responsabilidad social. Además, este fallo reviste un especial interés porque en las dos instancias judiciales previas, el Juzgado Especializado en lo Civil de San Martín con sentencia de 31 de enero de 2007 y la Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín en su fallo de 10 de mayo de 2007, se había rechazado la pretensión del recurrente de que se decretara la suspensión de las exploraciones en búsqueda de hidrocarburos. Las entidades demandadas eran, junto al Ministerio de Energía y Minas, las empresas Talismán Petrolera del Perú, LLC, Repsol Exploración Perú y Petrobras Energía Perú SA. El Alto Tribunal peruano parte del reconocimiento de la importancia ecológica que tiene el área natural Cordillera Escalera y pasa a formular una doctrina general en relación con la compatibilidad de la actividad minera con la preservación del medio ambiente. De este modo afirma en su fundamento jurídico 60º que

«en la medida que la protección del medio ambiente constituye una preocupación principal de las actuales sociedades, se impone la necesidad de implementar fórmulas que permitan la conciliación de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos con la necesaria conservación de los

recursos y elementos ambientales que se interrelacionan con el entorno natural y humano. Se busca, con ello, preterir formas de exploración y explotación de hidrocarburos irrazonables, que en sí mismas puedan ser destructivas y no sostenibles para el desarrollo regional y el beneficio de las generaciones presentes y futuras involucradas. Ello exige que el Estado controle el uso racional de los recursos naturales dentro de un desarrollo económico armónico, criterio que el Tribunal Constitucional busca enfatizar en esta sentencia».

El principal reproche jurídico que se les hace a las empresas petroleras era que habían iniciado su actividad de exploración sin contar con el preceptivo, al menos para las actividades de explotación, Plan Maestro. Para el Tribunal Constitucional peruano

«... no se puede eludir la necesidad de contar con un Plan Maestro –aprobado por las autoridades competentes– apelando a que sólo las actividades de explotación pueden ser consideradas como aprovechamiento de recursos naturales, ya que, en opinión de este Colegiado, la etapa de exploración y explotación constituyen un todo que conduce al aprovechamiento de los recursos naturales. Tal razonamiento es derivado del mencionado principio de prevención al que debe dársele una especial connotación, puesto que se está ante una ANP. En tal sentido, el término “aprovechamiento de recursos” debe ser comprendido de manera integral, conteniendo las actividades de exploración y explotación» (FJ 66º).

Finalmente, la sentencia hace *obiter dicta* una importante mención a la necesidad de compensar a la población asentada en esta zona, en la que existen algunos grupos indígena, señalando que

«... que es esencial e inherente al concepto de la responsabilidad social de la empresa, y también debe contener aspectos retributivos a las comunidades afincadas en el área de influencia de las actividades de exploración y, sobre todo, de explotación. En esta línea, este Tribunal exhorta a las emplazadas a que continúen realizando diversas acciones que impliquen la materialización de su responsabilidad social con la población asentada en el Lote 103» (FJ 67).

Sin embargo, y a pesar de la contundencia del fallo constitucional, no se ha producido el cese definitivo de la actividad petrolífera en el área natural Cordillera Atlántica. Sólo se ha conseguido la suspensión de la actividad de exploración que se está realizando hasta que no se aprueba el preceptivo Plan Maestro.

Otro caso importante de control judicial de las actividades mineras viene representado por la sentencia dictada por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa de México en 2009 que confirma la anulación realizada anteriormente por el Tribunal Colegiado de Primer Circuito de una autorización, otorgada en 2006 por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), a otra multinacional canadiense para ejecutar

un proyecto de extracción en el Cerro de San Pedro, en San Luis Potosí porque se había otorgado dentro de un espacio natural protegido por lo que era el nulo el cambio de uso realizado. Sin embargo, a pesar de la contundencia del fallo judicial todavía no se ha paralizado su ejecución por parte de las autoridades administrativas mexicanas.

B) PROTECCIÓN DE LOS BOSQUES Y ESPACIOS NATURALES

El problema de la deforestación y la gestión de los espacios naturales continúa teniendo un protagonismo especial, que viene justificado por diversas causas y objetivos. En unos casos estas iniciativas están vinculadas a una especial intervención de los colectivos indígenas que reivindican determinados derechos sobre la propiedad de la tierra; en otros, por la presión que ejerce la comunidad internacional sobre la protección de estos bienes naturales; por último, incluso, cabe la posibilidad de que se amparen en nuevas fórmulas de economía sostenible relacionadas con los sectores turístico, científico o energético.

Así, por citar los casos más destacados, el Congreso de Perú derogó en junio de 2009 los Decreto Legislativo 1090 que aprueba la Ley Forestal y de Fauna Silvestre y 1064 que establece el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario. Estas dos normas se habían aprobado dentro de un paquete legislativo más amplio, conocido como la «Ley de la Selva», para el desarrollo del Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos (TLC). Los indígenas, representados por la Confederación de Nacionalidades Amazónicas (CONAP) y la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESEP), se habían opuesto a esta iniciativa porque consideraban que permitía una explotación descontrolada de los bosques. Asimismo, se argumentaba que el gobierno al promulgar las referidas normas había incumplido el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas (en particular los artículos 26, 29 y 32) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos a la tierra de los pueblos indígenas. Finalmente, el compromiso del Gobierno peruano de derogar estas dos normas ha permitido desactivar el grave conflicto social que se había producido en la amazonía peruana.

México, por su parte, ha iniciado un programa de protección de espacios naturales que ha supuesto un aumento considerablemente en 2009 de la superficie de sus áreas protegidas. De esta forma se ha pasado de 61 zonas protegidas que existían en 2001 a las 173 que hay en la actualidad y que representan aproximadamente 24 millones y medio de hectáreas. Esta ampliación de las áreas naturales protegidas se ha debido esencialmente a la

labor activa que ha venido realizando por la Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas (CONANP). Es necesario destacar, asimismo, la promulgación de la Ley núm. 1333 de 21 de julio de 2009, por el que se establece el procedimiento sancionador ambiental nacional.

En parecidos términos Brasil ha iniciado un discutido proceso de reforma legislativa para facilitar el cambio de uso del suelo forestal contenido en los planos para la Zonificación Económica y Ecológica (ZEE) auspiciados por el Banco Mundial. Estas leyes reorganizan las funciones territoriales y estatales para agilizar el desarrollo económico regional e incluyen la creación de nuevas clasificaciones de tierras que flexibilizan la regulación que permite su explotación para la agricultura y la extracción maderera y mineral.

Finalmente Venezuela ha desarrollado la Ley de bosques de 2008, que a partir de un concepto amplio de patrimonio forestal que incluye la totalidad de los ecosistemas y recursos forestales comprendidos en el territorio nacional, incluidos los bosques nativos, plantaciones forestales, árboles fuera del bosque, así como también las tierras forestales y las formas de vegetación no arbórea asociadas o no al bosque, ha establecido nuevos criterios de protección ambiental y desarrollo sostenible, especialmente la regulación de la caótica industria maderera.

C) LOS RECURSOS HÍDRICOS

No existe ninguna duda de que la oferta de recurso hídrico en Iberoamérica supera los promedios mundiales. Según datos establecidos por organismos internacionales (FAO y Banco Mundial, entre otros), mientras que el promedio anual de precipitación en el mundo es de 900 mm. y en Latinoamérica es de 1.600 mm. No obstante, esta riqueza hídrica y la importante capacidad de oferta, existen varios problemas que se plantean alrededor del recurso relacionados con la calidad, con la propiedad del recurso y, por tanto, con el acceso de las personas al mismo, lo cual produce un conflicto por el uso del agua y dificultades en el desarrollo económico y social de los diferentes países.

En el año 2009 han sido varias las iniciativas legislativas relacionadas con los recursos hídricos.

El Congreso peruano aprobó, a principios de año, la Ley de recursos hídricos, que llevaba años tramitándose en el Parlamento, y que deroga la vieja la Ley General de Aguas y también los polémicos decretos legislativos sobre recursos hídricos aprobados, el año 2008. Esta nueva Ley establece, como aspecto más destacado, el carácter demanial del agua y mantiene los

principales aspectos de la regulación anterior, como el sistema de derechos de uso no transferibles, la posibilidad de revocar los derechos por falta de pago y las prioridades en su asignación. También mantiene la figura de la Autoridad Nacional del Agua (ANA) como ente administrativo encargado la gestión de las cuencas hidrográficas peruanas y el de la concesión de incentivos para mejorar la eficiencia en el uso de las aguas.

Con diferentes argumentos jurídicos, el Gobierno de Colombia ha remitido al Congreso un proyecto de Ley de Aguas de gran trascendencia con el que se quiere establecer un nuevo régimen para la gestión integral de los recursos hídricos. Este proyecto plantea una regulación que tiene como principal objetivo la privatización del recurso y la gestión a través de entidades privadas. Asimismo, con un carácter menos intenso, la Ley de 12 de marzo de 2009 por la que se modifica la Ley de aguas de México de 29 de abril de 2004, propone como objetivos básicos la descentralización en la gestión, con especial protagonismo de los municipios, y la consecución de un nivel determinado de calidad del recurso.

Pero, sin ninguna duda, la iniciativa normativa de mayor calado ha sido la realizada en Chile, donde se ha presentado un proyecto de reforma constitucional para declarar el agua como bien nacional de uso público. Asimismo, permitir al Gobierno la reserva de caudales de aguas y regular el desaprovechamiento del derecho de usar este recurso. En este sentido, esta modificación podría permitir la caducidad de los derechos que no son usados por los privados.

3. NOVEDADES ORGANIZATIVAS ADMINISTRATIVAS Y JURISDICCIONALES

La gran novedad en este sentido es la creación del Ministerio y la Superintendencia de Medio Ambiente de Chile (Ley N° 20.417). Con esta reforma se rediseña la organización ambiental del país que nace con cuatro pilares, que son: el Ministerio del Medio Ambiente, a cargo de las definiciones de políticas y regulación; la Superintendencia del Medio Ambiente, como organismo central del modelo integrado de fiscalización ambiental y un Servicio de Evaluación Ambiental, a cargo de la gestión de las autorizaciones ambientales. Asimismo se da cobertura a un nuevo Tribunal Ambiental, que está contenido en otro proyecto de ley, pero que se encuentra íntimamente ligado a esa reforma organizativa. Los antecedentes de esta reforma organizativa de Chile se centran en el nombramiento en el año 2007 del Ministro Presidente de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, lo que llevó en

marzo de 2007 al nombramiento de la primera ministra del Medio Ambiente del país.