GG-119-20

San Isidro, 10 de Julio de 2020

Señor Congresista
GILMER TRUJILLO ZEGARRA
Presidente de la Comisión de Relaciones Exteriores
Congreso de la República del Perú
Presente. -

Ref.: Expediente del Proyecto de Ley 04645/2019-PE Resolución Legislativa que Aprueba el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe.

Estimado Señor Congresista Trujillo:

Por medio de la presente nos dirigimos a usted a fin de saludarlo y, presentarle nuestra opinión con relación al Resolución Legislativa que Aprueba el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe que se encuentran en estudio en la Comisión que Usted preside.

AmCham Perú es una organización independiente y sin fines de lucro, fundada el 30 de abril de 1960, que cuenta con 5,000 representantes de 580 empresas socias, peruanas, estadounidenses y extranjeras asociadas.

Todos los socios de AmCham Perú forman parte de la Asociación de Cámaras de Comercio Americanas en América Latina (AACCLA), la cual cuenta con 24 cámaras de comercio en 21 países de América Latina y el Caribe. AACCLA está conformada por más de 20,000 asociados que reúnen el 80% de las inversiones americanas en la región y forma parte de la Cámara de Comercio de los Estados Unidos (USCC), la federación de empresarios más grande del mundo con más de 3 millones de asociados

El Acuerdo de Escazú además de la interconexión entre la protección del medio ambiente y los derechos humanos. A su vez, presenta la introducción de una disposición específica relativa a la tutela de los defensores ambientales, la prohibición de reservas y la consagración de ciertos principios relevantes como el de no regresión.

A. Revisión del texto del Acuerdo.

El Acuerdo de Escazú contiene términos jurídicos imprecisos y amplios que se traducen en un lenguaje vago y ambiguo. Dicha situación podría dificultar su entendimiento y aplicación operativa en la implementación nacional de los países de la Región, pero además podría ocasionar la producción de una multiplicidad de lecturas legales en torno a ellos. (Sergio Ricardo Hernández Ordoñez Universidad Tecnológica de México)[1]

El primer escollo se encuentra en el artículo 1 del Acuerdo de Escazú. Allí se establece como objetivo garantizar una implementación plena y efectiva de los *"derechos de acceso"*. Asimismo, el tratado no define qué se entiende por "*plena*" y por "*efectiva*" implementación, ni tampoco establece indicadores que pudieran tomarse como punto de referencia para conocer el nivel de cumplimiento del propio

[1] Hernández Ordoñez, Sergio Ricardo (2019) EL Acuerdo de Escazú: retos y desafíos de un texto con ambigüedades legales y aspectos relacionados con el comercio internacional. R.I.T.I. nº 9 Enero-Abril 2019.

1960 - 2020
sesenta aniversario

Avenida Víctor Andrés Belaúnde 177,
San Isidro, Lima 27, Perú
+51 1 705 8000
amcham.org.pe

tratado. Es de señalarse que la incorporación de terminología de esa naturaleza sólo podría dificultar la implementación y evaluación del cumplimiento del tratado.

Un segundo tema objeto de crítica es la falta de criterios orientadores para la implementación y aplicación de principios jurídicos. Es previsible que, bajo la invocación de los principios jurídicos contenidos en Escazú, a cargo de operadores jurídicos, algunas controversias pudieran generar incluso fórum shopping a fin de obtener un foro favorable que permita hacer justiciables los "derechos de acceso". Por ejemplo, una ONG podría demandar el incumplimiento de Escazú, por sus contenidos de derechos humanos, ante el sistema interamericano de los derechos humanos de la Organización de Estados Americanos (OEA), o bien, a través del propio Acuerdo de Escazú. En este punto, se abre la posibilidad también de que los usuarios del régimen de Escazú puedan acudir a los sistemas jurisdiccionales y no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos, tanto nacionales, como regionales.

La falta de criterios orientadores para evitar el abuso del Derecho es otro problema que presenta el Acuerdo de Escazú. El artículo 5 se refiere al compromiso de las Partes para garantizar la accesibilidad de la información ambiental. Si bien es cierto que todo tratado debe ser interpretado en buena fe, es de señalarse que éste no establece medidas para evitar el abuso de este derecho por parte de los usuarios del régimen de Escazú. Esto es, al no resultar necesaria la expresión del interés, ni justificar las razones por la cuales se solicita la información, constituirá para los agentes estales todo un reto el evitar el fraude a la ley doméstica y convencional para utilizar este derecho como un instrumento político que se aparte del objetivo de Escazú y como un recurso legal para la configuración de estrategias y tácticas legales dilatorias.

Otro gran inconveniente vinculado a la información ambiental es que en ningún caso se aclara o detalla como excepción a este derecho la información cuándo dicha información no es de interés general. Por otra parte, este generoso derecho a la información podría colisionar con situaciones en donde la información no requerida por la autoridad, como planes, programas, estrategias, presupuestos, entre otros, tiene una naturaleza estrictamente privada y corresponde al libre desarrollo de la actividad empresarial. La ambigüedad en materia de información ambiental que presenta el Acuerdo de Escazú se contrapone a la claridad meridiana en la cual se delimita a la información de carácter empresarial en la Convención de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales (Dinamarca, 25 de junio de 1998). En dicho tratado se consigna en cuanto a las excepciones para la entrega de información confidencial (Artículo 4º) lo siguiente:

> *"•38088. El secreto comercial o industrial cuando ese secreto esté protegido por la ley con el fin de defender un interés económico legítimo. En ese marco deberán divulgarse las informaciones sobre emisiones que sean pertinentes para la protección del medio ambiente;*
> *•38089. Los derechos de propiedad intelectual;*
> *• 38090. El carácter confidencial de los datos y de los expedientes personales respecto de una persona física si esa persona no ha consentido en la divulgación de esas informaciones al público, cuando el carácter confidencial de ese tipo de información esté previsto en el derecho interno;"*

Avenida Víctor Andrés Belaúnde 177,
San Isidro, Lima 27, Perú
+51 1 705 8000
amcham.org.pe

El Acuerdo de Escazú también presenta algunas contradicciones legales con los acuerdos comerciales que ha suscripto nuestro país con diferentes países. El Artículo 6º del Acuerdo de Escazú obliga que las Partes se aseguren de que los consumidores y usuarios cuenten con información sobre las características ambientales de bienes y servicios, incluyendo sus efectos en la salud, y favoreciendo patrones de consumo y producción sostenible. Esta disposición podría representar un serio obstáculo para los países que se encuentran en proceso de ratificación del Acuerdo, toda vez que implica un compromiso que podría afectar al comercio internacional. Es frecuente que la información a que refiere Escazú se traduzca materialmente en el establecimiento de etiquetados, certificaciones, reglamentaciones técnicas, estándares de calidad, embalaje, entre otras. La disposición de Escazú resulta ser tan amplia que olvida que la misma podría constituir una injerencia a los tratados de la OMC, entre ellos al GATT y al Acuerdo OTC, incluyendo la posibilidad de generar un conflicto con las actuales reglas de comercio internacional que se sustentan en los principios jurídicos de la OMC. La implementación que los países realicen del artículo 6 de Escazú implicaría realizar un examen para determinar si las medidas nacionales adoptadas distorsionan o podrían distorsionar el comercio internacional, o si dichas medidas nacionales son discriminatorias o no para el comercio internacional, y si podrían éstas constituir obstáculos innecesarios al comercio internacional (Acuerdo OTC, artículo 2º). Dicho proceso implicará además atender las preocupaciones comerciales específicas de los agentes comerciales. Desde luego, como un punto adicional es relevante señalar que la disposición de Escazú también podría afectar compromisos jurídicos contenidos en tratados de libre comercio al fomentar y favorecer determinados patrones de consumo.

1960 - 2020

B. <u>Análisis sistémico de la aprobación del Acuerdo de Escazú.</u>

1. <u>Protección ambiental en la legislación peruana</u>.

A efectos de evaluar la conveniencia de aprobar o no el Acuerdo de Escazú, un tema primordial es estudiar es cómo el país internamente ha evolucionado en su normativa para la protección del ambiente.

Un organismo internacional como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha evaluado recientemente las políticas públicas sobre la protección del ambiente. En los Estudios de la OCDE sobre políticas públicas de conducta empresarial responsable (Perú) con información actualizada al día 1 de junio de 2020 indica:[2]

> *"Perú ha realizado un progreso significativo en términos de legislación y gobernanza ambientales. El país ha ratificado varios de los principales acuerdos ambientales multilaterales (se omite nota al pie de página)70 y, durante la última década, ha fortalecido considerablemente su marco de política interna para la protección del medio ambiente.*

Esta manifestación está circunscripta a una visión panorámica del marco regulatorio en el país. Seguidamente, con mayor detalle, se revisarán los derechos ambientales que propone el tratado materia de comentario frente a la legislación y realidad nacional.

En cuanto a los derechos ambientales cuyo cumplimiento trata de asegurar el Acuerdo de Escazú, la situación en Perú es la siguiente:

[2] OCDE (2020) Estudios de la OCDE sobre Políticas Públicas de Conducta Empresarial Responsable: Perú, junio

sesenta aniversario

Avenida Víctor Andrés Belaúnde 177,
San Isidro, Lima 27, Perú
+51 1 705 8000
amcham.org.pe

a) **Acceso a la información ambiental**: en el país fue establecido el Sistema Nacional de Información Ambiental - SINIA, que constituye una red de integración tecnológica, institucional y humana que facilita la sistematización, acceso y distribución de la información ambiental, así como el uso e intercambio de ésta siendo soporte de los procesos de toma de decisiones y de la gestión ambiental.

En este sistema la población en general accede a información sobre los diferentes componentes del ambiente tales como: aire, agua, suelo, biodiversidad, residuos sólidos, entre otros. La información está compuesta por indicadores ambientales, mapas temáticos, documentos completos, informes sobre el estado del ambiente, legislación ambiental entre otros.

El SINIA se desarrolla con la finalidad de servir como herramienta de apoyo a la implementación del Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Es un instrumento de Gestión Ambiental señalado en la Ley Nº 28611 (Ley General del Ambiente) que promueve la consolidación de la información ambiental de los distintos organismos públicos y privados.

El gran esfuerzo del Estado peruano en recopilar información ambiental en el país y mantenerla actualizada se refleja en las diferentes publicaciones -que están al alcance de cualquier ciudadano- realizadas en a través del trabajo del SINIA. En junio del corriente año se ha publicado el segundo reporte de seguimiento y monitoreo del Plan de Acción para implementar las recomendaciones de la Evaluación de Desempeño Ambiental del Perú (EDA), en dónde se encuentra un nivel de análisis sofisticado y detallado por materia de la problemática ambiental del país.

b) **Participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales**: en el país se ha promulgado la Ley de consulta previa en el Perú (Ley núm. 29785), adoptada en agosto de 2011. Esta ley regula las modalidades de la Consulta Previa Libre e Informada de los pueblos indígenas u originarios. La Ley establece que la finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente (Artículo 3). Los acuerdos alcanzados con los pueblos indígenas u originarios en virtud de la Ley son de carácter obligatorio y, en caso de que no se alcance un acuerdo, las autoridades competentes deben tomar medidas para garantizar los derechos de los pueblos indígenas u originarios (Artículo 15). Las decisiones deben reflejar los puntos de vista intercambiados durante las consultas y estar debidamente motivadas. A la fecha, se han llevado a cabo consultas respecto de leyes nacionales, creación de áreas naturales protegidas, proyectos de infraestructura, proyectos de extracción de petróleo y gas, y proyectos mineros.

c) **Acceso a la justicia**: la OCDE[3] indica que Perú ha logrado avances significativos con relación a la justicia ambiental. En 2018, creó su primer tribunal dedicado a cuestiones ambientales en el distrito judicial de Madre de Dios (Juzgado Especializado en Materia Ambiental del Distrito Judicial de Madre de Dios) (Gobierno de Perú, 2018[111]), un paso clave en el fortalecimiento del estado de derecho ambiental en el país. El tribunal fue creado como parte de los ejes estratégicos del Plan de Desarrollo Institucional del Poder Judicial 2008-2018 sobre medio ambiente, y en un esfuerzo por implementar el derecho constitucional para gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, así como para lograr el objetivo del desarrollo sostenible.

[3] Véase nota al pie Nº 2.

Avenida Víctor Andrés Belaúnde 177,
San Isidro, Lima 27, Perú
+51 1 705 8000
amcham.org.pe

Analizando la legislación ambiental local en detalle sobre los derechos ambientales, se puede concluir que el Estado ha realizado esfuerzos considerables para mejorar la gobernanza en el país. Si bien existen muchos problemas por resolver en materia ambiental en el país, la pregunta sería si convendría seguir con el esfuerzo nacional de cumplir con asegurar el derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida o, por otro lado, asumir el Acuerdo de Escazú, tratado que sería vinculante y que genera responsabilidad en caso de incumplimiento de cualquier tipo de obligación en la materia.

2. Evaluación de los resultados del Convenio de Aarhus.

Uno de los parámetros para evaluar la conveniencia de quedar sujetos a un sistema regional obligatorio, es conocer cómo ha funcionado un sistema similar como ha sido el Convenio de Aarhus. Muchos comentarios coinciden en determinar que dicho acuerdo, luego de veinte años de vigencia, ha tenido muchos problemas en su implementación, como los cita la Dra. Lucía Casado Casado.[4]

En cuanto al acceso a la información ambiental en España, tanto en su faceta activa (recogida y difusión) como pasiva (derecho de acceso previa solicitud), citando a Ludwig Krämer, se afirma que en la participación del público y acceso a la justicia muestran un progreso bastante limitado. Por el lado de la participación pública en materia de medio ambiente— y su aplicación en España (Carmen Plaza), se dice que, si bien el ordenamiento español ha experimentado importantes mejoras en la regulación de la participación pública en materia de medio ambiente, todavía se está lejos de alcanzar el objetivo de una participación real y efectiva de la sociedad en la definición y gestión de los intereses generales. Por último, en cuanto a la justicia ambiental, Ángel Ruiz de Apodaca, sostiene que el problema en esta área se ha mantenido por veinte años y se deben a los costos de acceder a la justicia.[5]

Este tipo de análisis del Convenio de Aarhus permite concluir que, si España no ha podido implementar integralmente este tipo de acuerdo, será bastante difícil implementar el Acuerdo de Escazú en el corto plazo, para los países latinoamericanos.

3. Una declaración de principios vinculantes vs. la soberanía para dictar legislación ambiental y asegurar su complimiento.

La sensibilidad de la aprobación de este tratado, además de la imposibilidad de efectuar reservas a su contenido, es que se trata de un tratado internacional de derechos humanos. El Acuerdo de Escazú establece obligaciones vinculantes para el país, a pesar de que el país todavía no está en condiciones de cumplimentar a cabalidad sus obligaciones (más aún, no existe la suficiente claridad en cuanto a los estándares de cumplimiento), lo que, ante una demanda individual, podría generar la responsabilidad del Estado peruano.

Como ya fue explicitado anteriormente, la combinación entre protección al medio ambiente podría generar múltiples vías de reclamo contra el Estado peruano ante cualquier tipo de incidente de tipo ambiental.

[4] Revista Catalana de Dret Ambiental Vol. IX Núm 1 (2018) - Editorial / Monográfico -Acceso a la Información, Participación Pública y Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente: Veinte Años del Convenio de Aarhus.
[5] Ibídem.

Hay que tener en consideración que, sin entrar a analizar el funcionamientos del sistema de interamericano de derechos humanos, el Perú en la Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos de Asunción, 23 de abril de 2019 afirma "*que se debe respetar el legítimo espacio de autonomía del que disponen los Estados para asegurar a todas las personas sometidas a su jurisdicción, a través de sus propios procesos democráticos, los derechos y garantías consagrados en la Convención de conformidad a sus ordenamientos constitucionales*." (Acápite 2).

Esta declaración está indicando que sistemas regionales de cumplimiento obligatorio pueden generar fricciones con las jurisdicciones locales al momento de asegurar el verdadero aseguramiento de los derechos fundamentales.

El segundo sustento constitucional para la no ratificación se refiere a la inversión de la carga de la prueba. En el literal 3 del artículo 8° del Acuerdo se señala que, para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Estado, considerando sus circunstancias, contará con "…medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba…". De esta disposición se desprende que, para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, se busca que la carga probatoria recaiga en el presunto responsable. Lo mencionado atenta contra el principio de presunción de licitud que se deriva del derecho constitucional a la presunción de inocencia previsto en el literal e) del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución Política, el cual señala que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. Este principio para procedimientos administrativos se encuentra expresamente recogido en el artículo 248° del TUO de la Ley 27444, Ley General de Procedimientos Administrativos, que señala que las entidades administrativas deben presumir que los particulares han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario. Este derecho constitucional implica que la carga de la prueba recae sobre el denunciante o demandante, teniendo este la responsabilidad de probar lo que se ha planteado como premisa en el procedimiento. El Tribunal Constitucional en el fundamento número 45 de la sentencia recaída en el expediente 00156-2012-HC/TC ha señalado que "… la presunción de inocencia determina que no puede trasladarse la carga de la prueba a quien precisamente soporta la imputación, pues eso significaría que lo que se sanciona no es lo que está probado en el proceso o procedimiento, sino lo que el imputado, en este caso, no ha podido probar como descargo en defensa de su inocencia …"

Finalmente, el Acuerdo solo centra su atención en las empresas formales, las cuales por su naturaleza se sujetan a la ley y operan de conformidad con el estado de derecho. De esta manera, el Acuerdo deja de lado la real problemática que reside en las actividades informales e ilegales, principales responsables de la deforestación, degradación de suelos y contaminación en el país. Sobre estas actividades que amenazan el ambiente y socaban los derechos humanos, el Acuerdo no aporta ningún compromiso. En tal sentido, para remarcar el errado enfoque del Acuerdo sobre la actuación de las empresas formales, vale mencionar el reconocimiento que plantea el Informe CER respecto a los estándares ambientales, de cumplimiento a la ley y de responsabilidad social del sector minero agremiado: "En los últimos años, la mayor parte de las compañías mineras a gran escala que operan en el sector formal han mejorado sus procesos para la protección del medio ambiente (OCDE/CEPAL, 2017). En general cumplen con las normas de calidad ambiental y algunas de ellas incluso han desarrollado buenas prácticas ambientales, como reciclar y reutilizar el agua y prestar asistencia a las comunidades locales para que mejoren la gestión de los recursos hídricos." (pg. 51 del Informe CER).

El referido Informe resalta también el daño sustancial y principal de la actividad informal que actúa en la ilegalidad, ajena al estado de derecho, talando bosques y contaminando aguas y suelos, recomendando que en las políticas públicas "debería prestarse especial atención a las violaciones cometidas por empresas informales, en sectores específicos (tales como la minería, el petróleo y el gas

y la agricultura), y contra grupos vulnerables como los pueblos indígenas y los defensores de los derechos humano (pg. 37 Informe CER)".

De otro lado, llama poderosamente la atención que el prefacio del Acuerdo llame a un cambio de modelo de desarrollo, lo que pareciera ser una declaración más de interés ideológico que de políticas ambientales.

Por último, habría que considerar que los 9 signatarios que han ratificado el acuerdo son países caribeños u otros que no mantienen las orientaciones en materia de desarrollo económico asumidos por nuestro país. No resulta casual que ninguno de nuestros socios de la Alianza del Pacífico (Chile, Colombia y México), ni Brasil, lo han ratificado, precisamente en virtud de los reparos señalados en esta comunicación.

En conclusión, la conexión entre los temas ambientales y derechos humanos, ser un instrumento internacional vinculante, sujeto a un mecanismos de solución de controversias internacionales, la imprecisión sobre los compromisos asumidos, la experiencia de implementación del Convenio de Aarhus y la necesidad de continuar con el esfuerzo efectivizar derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y a través de la legislación local, son razones fundamentales para la no aprobación del Convenio de Escazú.

Por lo expuesto, amablemente le solicitamos tenga a bien ordenar la no aprobación del Acuerdo de Escazú.

Sin otro particular, lo saluda muy atentamente.

Aldo R. Defilippi
Director Ejecutivo

1960 - 2020

sesenta aniversario

Avenida **Víctor Andrés Belaúnde 177,**
San Isidro, Lima 27, Perú
+51 1 705 8000
amcham.org.pe