DESARROLLO SOSTENIBLE: PRINCIPIOS DE DERECHO COMPATIBLES CON EL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD

SUSTAINABLE DEVELOPMENT: PRINCIPLES OF LAW COMPATIBLE WITH THE PRINCIPLE OF SUSTAINABILITY

Fecha de recepción: 12 de octubre de 2022 | Fecha de aceptación: 5 de junio de 2023

Carlos ANDALUZ WESTREICHER*

Resumen

Sostenemos que el derecho internacional ambiental y el derecho interno peruano disponen que el principio de sostenibilidad es el más importante en el derecho ambiental, y este principio ordena que el ejercicio y la protección de los derechos a un ambiente sano y al desarrollo sostenible se sustentan en la integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo nacional; y que, cuando no sea posible lograr esta integración equilibrada, tendrá un mayor peso específico la variable social. Por lo tanto, toda la normativa ambiental y cualquier pretendido principio de derecho, como el principio *in dubio pro natura* o el principio de no regresión, que buscan darle un peso mayor al componente ambiental, carecen de basamento jurídico. El principio precautorio, por el contrario, no contradice el principio de sostenibilidad por cuanto actúa con base en una hipótesis científica acerca de un riesgo de daño grave o irreversible para la salud o el ambiente, hipótesis que, de verificarse, anularía a los otros dos factores del desarrollo sostenible, es decir, los aspectos sociales y económicos.

Palabras clave: principio de sostenibilidad, principio *in dubio pro natura*, principio de no regresión, principio precautorio.

Abstract

We maintain that international environmental law and Peruvian domestic law provide that the principle of sustainability is the most important in environmental law, and this principle orders that the exercise and protection of the rights to a healthy environment and sustainable development are based on balanced integration of social, environmental and economic aspects of national development; and that, when it is not possible to achieve this balanced integration, the social variable will have a greater specific weight. Therefore, all environmental regulations and any alleged legal principle, such as principle *in dubio pro natura* or the principle of non-regression, which seek to give greater weight to the environmental component, lack legal foundation. The precautionary principle, on the other hand, does not contradict the principle of sustainability since it acts based on a scientific hypothesis about a risk of serious or irreversible damage to health or the environment, a hypothesis that, if verified, would nullify the other two factors of sustainable development, that is, the social and economic aspects.

Keywords: sustainability principle, *in dubio pro natura* principle, non-regression principle, precautionary principle.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Maestro en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Presidente ejecutivo de Proterra, ONG peruana pionera en la promoción del desarrollo sostenible desde la perspectiva jurídica. Profesor de derecho ambiental en la Universidad de Lima (1993 a la fecha). Miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio del Ambiente del Perú (2009 - 2013). Publicó cinco ediciones del Manual de Derecho Ambiental (2006, 2009, 2011, 2013 y 2016).

SUMARIO: I. Introducción. II. Principio de sostenibilidad. III. El principio de sostenibilidad y su compatibilidad con los principios precautorio, *in dubio pro natura* y de no regresión. IV. Conclusiones. V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Los principios de derecho son de crucial importancia para el sistema jurídico, en tanto constituyen conceptos o proposiciones, de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, y del propio Derecho como totalidad. Pueden estar recogidos o no en la legislación, pero el que no lo estén no es óbice para su existencia y funcionamiento; contrario sensu, si los principios están recogidos en el derecho positivo sin duda alguna los operadores jurídicos deberán recurrir a ellos en caso de vacíos, oscuridades o dudas interpretativas aplicables a casos concretos. Esto obliga a una actuación en extremo responsable por parte del legislador, no es aceptable incluir en el derecho positivo, es decir hacer vinculante cualquier precepto axiológico, sin compulsarlo con su compatibilidad dentro del ordenamiento jurídico y sin realizar un análisis de conveniencia e impacto regulatorio.

No en vano Jaquenod afirma que se trata de postulados fundamentales y universales que la razón especula y que generalizan mediante la abstracción, las soluciones particulares que se obtienen partiendo de la justicia y de la equidad social, atendiendo a la naturaleza de las cosas positivas; en tal sentido, constituyen principios rectores generales en razón de su naturaleza y subsidiarios por su función, pues llegan a suplir las lagunas de las fuentes formales del Derecho, en esta materia particular; por lo tanto, de desaparecer el derecho ambiental como disciplina, sus principios formarían parte del ordenamiento jurídico general².

Como tal, estos principios sirven de inspiración al legislador, para la interpretación normativa aclarando el sentido de la ley o imputándole contenido valorativo³ ante una laguna jurídica. En tal sentido, son orientadores de la política, el derecho y la administración ambientales. Hacen parte de la gestión ambiental y, por lo tanto, están implícitos en el diseño y ejecución de las políticas ambientales, es decir, en planes, programas y estrategias de desarrollo sostenible; asimismo, orientarán los actos de gobierno, el ejercicio de la función pública y, evidentemente, la administración de justicia. Obviamente son inspiradores de la generación de la normativa ambiental y sirven para interpretar las normas o aplicar derecho en ausencia de estas.

1 Marcial Rubio Correa, *El sistema Jurídico, Introducción al Derecho*, 316 (Fondo Editorial PUCP, 1984).

2 Silvia Jaquenod de Zsögön, *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*, 366, (Dykinson, 1991).

3 Marcial Rubio Correa, *op. cit.*, nota 1, p. 319.

No son pocos los principios de derecho ambiental de los que la doctrina y la jurisprudencia dan cuenta, tampoco los que el derecho positivo va recogiendo explícitamente; y cuanto más inclinado sea el principio a la protección del ambiente más celebrado es por el sector ambientalista o ecologista, como es el caso de los principios in dubio pro natura, precautorio y de no regresión. No obstante, es legítimo cuestionarse acerca de si tales principios no colisionan con la aspiración al desarrollo sostenible que, por cierto, está recogido en el principio de sostenibilidad y que, a nuestro juicio, es el más importante de todos y, como tal, es con base en él que debe estructurarse la gestión ambiental, es decir, la política, legislación y administración ambiental deben estar alineados con este principio. De manera que cualquier otro precepto axiológico que se pretenda constituye principio de derecho debe pasar por la prueba ácida de compatibilidad con el principio de sostenibilidad, más aún cuando se pretende incorporarlo al derecho positivo.

II. PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD

1. El principio de sostenibilidad en el derecho internacional ambiental

El principio de sostenibilidad ha sido materia de acucioso tratamiento en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo⁴, instrumento de derecho público internacional que, no siendo vinculante, ha tenido gran influencia en la formación del derecho interno ambiental de los países. La Declaración establece que **los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible** y tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza⁵ (el destacado es nuestro). También proclama que el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que **responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales** de las generaciones presentes y futuras⁶ (el destacado es nuestro). Para tal efecto dispone que, a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la **protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo** y no podrá considerarse en forma aislada⁷ (el destacado es nuestro).

De manera enfática declara que todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de **erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible**, a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos

⁴ Naciones Unidas, Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo [ICNUMAD], 1-468 (1993), <https://www.preventionweb.net/files/resolutions/N9283658.pdf>.

⁵ Principio 1 de la Declaración de Río. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo [DRMAD], 14-06-1992.

⁶ Principio 3 de la Declaración de Río. *Ídem*.

⁷ Principio 4 de la Declaración de Río. *Ídem*.

del mundo⁸ (el destacado es nuestro). Para tal efecto proclama que se deberá dar especial prioridad a la situación y a las necesidades especiales de los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los más vulnerables desde el punto de vista ambiental⁹.

La Declaración también insta a que, para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas¹⁰. Finalmente, declara que los Estados deberían cooperar en el fortalecimiento de su propia capacidad de lograr el desarrollo sostenible, aumentando el saber científico mediante el intercambio de conocimientos científicos y tecnológicos; e intensificando el desarrollo, la adaptación, la difusión y la transferencia de tecnologías, entre estas, tecnologías nuevas e innovadoras¹¹.

Tanto la Declaración de Río como la Declaración de Estocolmo¹², instrumento fundacional del Derecho Ambiental, proclaman que, sin perjuicio de los criterios que puedan acordarse por la comunidad internacional y de las normas que deberán ser asumidas a nivel nacional, en todos los casos será indispensable considerar los sistemas de valores prevalecientes en cada país y la aplicabilidad de unas normas que, si bien son válidas para los países más avanzados, pueden ser inadecuadas y de alto costo social para los países en desarrollo. En tal sentido, **los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican**¹³ (el destacado es nuestro). En otros términos, que la aplicación de medidas ambientales no termine agravando las carencias sociales.

Guiados por esta concepción del desarrollo sostenible, y pretendiendo materializarla en objetivos y metas concretos a lograrse en un plazo razonable, los líderes mundiales adoptaron un conjunto de objetivos globales para erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad para todos como parte de una nueva agenda de desarrollo sostenible¹⁴. Cada objetivo tiene metas específicas que deben alcanzarse en los próximos 15 años desde su adopción. La Cumbre del Desarrollo Sostenible se llevó a cabo en New York el año 2015, de

8 Principio 5 de la Declaración de Río. *Ídem*.

9 Principio 6 de la Declaración de Río. *Ídem*.

10 Principio 8 de la Declaración de Río. *Ídem*.

11 Principio 9 de la Declaración de Río. *Ídem*.

12 Naciones Unidas, Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, [IC- NUMH], 3-82 (1972), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N73/039/07/PDF/N7303907.pdf?OpenElement>

13 Principio 23 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano y Principio 11 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano [DEMAH], 16-06-1972, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, *op. cit.*, nota 5.

14 Naciones Unidas, Objetivos de Desarrollo Sostenible [ODS], <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>.

manera que la realización de sus objetivos, expresados en metas, debiera lograrse al año 2030. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), también conocidos como Objetivos Mundiales, son un llamado universal para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y garantizar que todas las personas gocen de paz y prosperidad para 2030. Los 17 ODS están integrados, ya que reconocen que las intervenciones en un área afectarán los resultados de otras y que **el desarrollo debe equilibrar la sostenibilidad medio ambiental, económica y social** (el destacado es nuestro). No es difícil percatarse, de la revisión de los 17 ODS, que el énfasis está puesto en el bienestar humano: fin de la pobreza, hambre cero, salud y bienestar; educación de calidad, agua limpia y saneamiento; trabajo decente y crecimiento económico; energía asequible y no contaminante; industria, innovación e infraestructura; reducción de las desigualdades; ciudades y comunidades sostenibles; producción y consumo responsables; acción por el clima; vida submarina; vida de ecosistemas terrestres, paz, justicia e instituciones sólidas; igualdad de género; alianzas para lograr los ODS.

La lectura del principio de sostenibilidad que han hecho los líderes mundiales, expresada en los ODS, es la correcta, a la luz de los contenidos de este principio expresados en la Declaración de Río y la Declaración de Estocolmo; es decir, debemos propender a una integración equilibrada de los aspectos sociales, económico y ambientales, pero sin perder de vista que el centro de las preocupaciones del desarrollo sostenible es el ser humano y, consecuentemente, se debe velar por su bienestar.

2. El principio de sostenibilidad en el ordenamiento jurídico peruano

El Perú tiene lo que se ha venido a denominar su constitución ambiental en la que, si bien no hay una mención explícita al desarrollo sostenible, sí tiene múltiples contenidos que nos permiten concluir que esa es la opción de desarrollo que ha asumido el constituyente. Creemos que este mandato de una integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos se condice con la suprema norma constitucional que proclama, por un lado, el derecho humano fundamental de todo ciudadano a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida¹⁵ y, de otro, la promoción del uso sostenible de los recursos naturales en general y el desarrollo sostenible de la Amazonía en particular¹⁶. Establece también que el Estado determina la política nacional del ambiente y la Ley General del Ambiente (LGA), de desarrollo constitucional en este aspecto, dispone que la Política Nacional del Ambiente es parte integrante del proceso

¹⁵ Artículo 2 numeral 22 de la Constitución Política de la República. Constitución Política del Perú, [C.P.] art. 2.

¹⁶ Artículos 67 y 69 de la Constitución Política de la República. *Ídem*.

estratégico de desarrollo del país¹⁷. Sin lugar a duda posible entonces lo ambiental es parte de la ecuación que da como resultado desarrollo sostenible.

La LGA, adoptando la iniciativa de otros cuerpos normativos, recoge explícitamente el principio de sostenibilidad con el siguiente texto:

Principio de sostenibilidad

La gestión del ambiente, así como el ejercicio y la protección de los derechos a un ambiente sano y al desarrollo sostenible, se sustentan en la **integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos** del desarrollo nacional; así como en la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones (el destacado es nuestro).

El mandato es claro, integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo nacional; es decir, evitar en lo posible que alguna de las tres variables de esta ecuación, que tiene como resultado el desarrollo sostenible, rompa el equilibrio.

Sin embargo, es sabido que la pobreza, sobre todo la extrema, es causa y efecto de la degradación ambiental, pues atendiendo a su imperativo de supervivencia, el pobre sobre usa la base de los recursos naturales disponibles en su entorno y, como en cada uso el recurso será diezmado, lo que le espera es más pobreza y, obviamente, el ambiente habrá sido afectado negativamente producto de este círculo perverso. Es por eso necesario atender los problemas sociales, la pobreza en particular, para que esta variable no rompa la relación de equilibrio que dispone el principio de sostenibilidad.

Más aún, si alguna inclinación hay por alguna de las tres variables que componen el desarrollo sostenible, como ha sido ya expresado al escrutar los contenidos sobre desarrollo sostenible de Declaración de Río, la Declaración de Estocolmo y los ODS, es por la que se ocupa de los aspectos sociales, es decir, promover la erradicación de la pobreza, adecuado acceso al empleo, salud, educación, seguridad, vivienda, infraestructura y servicios públicos, respeto a las costumbres, tradiciones, cultura, etc.; en suma, hablar de aspectos sociales atendidos adecuadamente no es otra cosa que hablar del bienestar humano.

Nos permitimos afirmar que la Constitución peruana también expresa esta preferencia porque la carta fundamental establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; como tal, reconoce como derechos fundamentales todos aquellos que tengan su base en la dignidad del ser humano¹⁸. Si no se elimina la pobreza y no

17 Artículo 8 numeral 8.3. Ley 28611, Ley General del Ambiente, El Peruano [EP] 15-10-2005 (Per.).

18 Artículos 1 y 3 de la Constitución Política de la República. Constitución Política del Perú, op. cit., nota 15.

se garantiza el acceso a un estándar mínimo de bienestar humano, es obvio que no se está respetando la dignidad humana. No puede coexistir la pobreza, menos la pobreza extrema, con una vida que se considere digna. Este es el sustento de la única razón que justificaría romper el mandato primigenio, que es la integración equilibrada de las tres variables. En otros términos, ante el obligado análisis costo - beneficio en los niveles social, económico y ambiental que debe realizarse antes de adoptar decisiones en la gestión pública, que abarca cualquier decisión a nivel de la política (programas, estrategias, actos de gobierno, etc.), la legislación (toda norma jurídica, independientemente del nivel del que emane) y la administración (toda la trama institucional del Estado, que incluye los tres poderes públicos); no será la variable social la que deba ceder antes las otras dos, en otros términos, si es indispensable romper el equilibrio, la Constitución peruana se inclina también por la preeminencia de la variable social.

No podemos perder de vista que un Estado social y democrático de Derecho, a cuyas características se adhiere la Constitución, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional¹⁹, define un rol activo del Estado en la economía y en la sociedad civil, con la finalidad de satisfacer las necesidades colectivas básicas, como trabajo, seguridad social, vivienda y salud. En este sentido, dentro de un Estado social y democrático de Derecho, el Estado no se limita a reconocer y otorgar derechos a los ciudadanos, sino que establece mecanismos para garantizar los derechos de los ciudadanos, asumiendo en muchos casos el costo que implica hacerse cargo del derecho de un ciudadano²⁰. Si un rol activo cabe reclamar del Estado, para satisfacer estas necesidades de generación de trabajo, seguridad social, vivienda y salud, es justamente la erradicación de la pobreza y la reducción de las inequidades que mellan la igualdad de oportunidades que los ciudadanos requieren para vivir dignamente.

La LGA, como complemento al principio de sostenibilidad, en línea con el mandato constitucional y enmarcado en un modelo de Estado social y democrático de Derecho, desarrolla también el principio de equidad, estableciendo que:

Principio de equidad

El diseño y la aplicación de las políticas públicas ambientales deben contribuir **a erradicar la pobreza y reducir las inequidades sociales y económicas existentes**, y al desarrollo sostenible de las poblaciones menos favorecidas (el destacado es nuestro).

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú 0008-2003-AITC, Pleno Jurisdiccional [Constitutional Court], 11 de noviembre de 2003 (Per.).

²⁰ Daniel Elgueta, *El concepto de Estado social y democrático de derecho en el Tribunal Constitucional*, 22 Revista de Economía y Derecho, 106 (UPC, 2009), <https://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/issue/view/48>.

En tal sentido, el Estado podrá adoptar, entre otras, políticas o programas de acciones afirmativas, entendidas como el conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas a corregir la situación de los miembros del grupo al que están destinadas, en un aspecto o varios de su vida social o económica, a fin de alcanzar la equidad efectiva.

Se reafirma en este principio de equidad la preferencia por la variable social y, consecuentemente, se le asigna un peso específico mayor en esta integración equilibrada con relación a las otras dos, cuando subyacen factores que condicionan el bienestar humano, más aún cuando se trata de situaciones de pobreza e ingresos insuficientes para garantizar el pleno desarrollo de la persona humana, acorde con su dignidad. Ahora bien, para cumplir este mandato y sobre todo para que la variable social no termine rompiendo el equilibrio que esta ecuación exige, como cuando la pobreza extrema empuja a los ciudadanos a menguar la calidad del ambiente y los recursos naturales al atender a su imperativo de supervivencia; debemos recurrir a la variable económica, es decir, procurar la generación de riqueza para satisfacer las múltiples necesidades humanas y, sobre todo, obtener los recursos económicos y financieros necesarios para erradicar la pobreza y reducir las inequidades, mediante la generación de empleos dignos, financiamiento de programas de ayuda social, reducción de las brechas de infraestructura física y de servicios públicos, educación, salud y seguridad. Nada de eso es posible sin inversión, y tal inversión reposa fundamentalmente en el sector privado; no solo porque así lo evidencia la data, desde que la inversión privada representa el 80% de la inversión total, mientras que la inversión pública es solo el 20% restante²¹; sino porque ello deriva del propio mandato constitucional que dispone que el Estado puede realizar actividad empresarial solo de manera subsidiaria, es decir, solo cuando el sector privado no está en condiciones de realizarla o simplemente no desea hacerlo.

Sobre el régimen económico, la Constitución establece que la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura²². Asimismo, el **Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria** (el destacado es nuestro). Establece también el texto constitucional que el ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas; a lo que es adecuado agregar que tampoco debe ser lesivo al ambiente, no solo por la argumentación ya presentada sobre la implícita adhesión de la Constitución al

21 Comex Perú, *Perspectivas de la Inversión Privada para 2022*, Semanario 1108, 3 (Comex, 2022), <https://www.comexperu.org.pe/articulo/perspectivas-de-la-inversion-privada>.

22 Artículo 58 de la Constitución Política de la República. Constitución Política del Perú, *op. cit.*, nota 15.

principio de sostenibilidad, sino también porque la LGA, su norma de desarrollo constitucional en este aspecto, establece que todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impactos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades. Esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión²³. Con mayor claridad, inclusive, la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, un cuerpo normativo dirigido a promover las inversiones privadas, establece que el Estado estimula el equilibrio racional entre el desarrollo socio-económico, la conservación del ambiente y el uso sostenido de los recursos naturales, garantizando la debida seguridad jurídica a los inversionistas mediante el establecimiento de normas claras de protección del medio ambiente²⁴. De manera que, más allá de toda duda, la creación de riqueza, la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria están plenamente garantizados y son alentados desde el Estado, siempre que se ejerzan mediante una integración equilibrada con los aspectos sociales y ambientales.

En relación con el aspecto social, desde el régimen económico, la Constitución dispone que el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades, evidentemente para reducir las inequidades sociales y económicas²⁵. Además, establece que el Estado reconoce el pluralismo económico; que la economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa; y que solo autorizado por ley expresa, el **Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial**, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal²⁶ (el destacado es nuestro).

De manera que el Estado está obligado a brindar las garantías necesarias para que el sector privado realice inversiones empresariales y genere riqueza, solo así será posible obtener los recursos económicos y financieros necesarios para erradicar la pobreza y reducir las inequidades, ya que eso solo se logra mediante la generación de empleos que saquen de la pobreza a los ciudadanos y le devuelvan su dignidad; el financiamiento de programas de ayuda social para redistribuir la riqueza generada mediante ayuda a sectores vulnerables que requieren urgente ayuda; reducción de las brechas de infraestructura física y de servicios públicos para que los ciudadanos alcancen una posición digna en el

23 Artículo 74 de la LGA. Ley General del Ambiente, *op. cit.*, nota. 17.

24 Artículo 49. Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo 757 [DL] 13-11-1991 (Per.).

25 Artículo 59 de la Constitución Política de la República. Constitución Política del Perú, *op. cit.*, nota 15.

26 Artículo 60 de la Constitución Política de la República. *Ídem*.

índice de desarrollo humano (servicios adecuados de agua, desagüe, telefonía, *internet*; etc.; construcción y mejoramiento de carreteras, puentes, vías férreas, etc.; educación y salud de calidad; seguridad ciudadana).

Salta a la vista que sin generación de riqueza no es posible equilibrar la variable social de esta ecuación, que nos debe dar como resultado desarrollo sostenible. Más aún, es evidente que sin generación de riqueza no es posible equilibrar la variable ambiental de esta misma ecuación, desde que sin recursos económicos es imposible implementar las políticas y legislación ambiental, ya que ello se logra mediante la promoción, supervisión, fiscalización y eventual sanción a quienes realizan actividades o desarrollan proyectos. Esto es tan evidente que cuesta entender cómo ciertos sectores ideologizados logran convencer a importantes sectores de la sociedad, academia, políticos, medios de prensa, iglesias, entre otros, para que, de plano, se opongan a cualquier inversión so pretexto de cuidar el ambiente. Es inaceptable oponerse sin base técnica y científica a un proyecto o actividad, sea público o privado, solo es atendible la oposición cuando de manera fehaciente y con base científica se acredita que se ha violado o amenaza violar la integración equilibrada con los aspectos sociales y ambientales, sea porque no se ha cumplido con elaborar el instrumento de gestión ambiental pertinente, evaluación de impacto ambiental, por ejemplo, o porque este se ha aprobado a pesar de sus deficiencias. Sin embargo, no es infrecuente, al menos en el Perú, que actividades que cuentan con Estudio de Impacto Ambiental, aprobado luego de varios años de evaluación, no puedan iniciar la actividad o ejecutar el proyecto en razón de la oposición, generalmente violenta, de ciertos sectores de la sociedad, que se arropan en una supuesta defensa del ambiente sano.

Es por eso que debemos tomar con pinzas las corrientes, lamentablemente predominantes, que pregonan la influencia que tiene el ecologismo en el derecho ambiental y que, según ellos, lo convierte en un derecho casi militante, pues sería un compromiso que se adquiere con una serie de principios que no son puramente jurídicos, que conducen a la conservación del planeta, entrando en contradicción con el modelo económico imperante²⁷. Hay que ser en extremo cuidadosos con lo que se pretende entender por ecologismo y hacia dónde apuntan estos principios no puramente jurídicos, pues no siempre quienes lo pregonan se sostienen sobre una sólida base científica o, peor aún, se oponen a la generación de riqueza sin fundamento porque eso resulta afín a su pensamiento ideológico. Es lamentable que sea bastante frecuente la instrumentalización del ecologismo por sectores políticos que no están de acuerdo con ciertos modelos económicos, por lo general el capitalismo, al que suelen denominar economía neoliberal, y utilizan el ecologismo como pantalla de sus verdaderas intenciones.

El verdadero ecologismo es el que pugna porque el ambiente adecuado haga

27 Luis Fernando Macías Gómez, Introducción al Derecho Ambiental, 55 (Legis,1998)

parte de la ecuación para lograr el desarrollo, el que llamamos desarrollo sostenible, es decir, garantizar las tres variables en equilibrio: social, económico y ambiental. Si el ecologismo solo tiene como objetivo impedir la realización de actividades y proyectos, que generan riqueza y bienestar socioeconómico, entonces está rompiendo este necesario balance y debe ser combatido sin ambages, puesto que no solo está abiertamente en contra del derecho ambiental internacional y también de nuestro derecho interno; sino en contra de la erradicación de la pobreza y de las inequidades.

A la luz de lo expuesto hasta aquí y teniendo en cuenta que el principio de sostenibilidad exige una integración equilibrada de los aspectos sociales, económicos y ambientales; siendo además que ante la imposibilidad de mantener un equilibrio perfecto entre las tres variables y estando en riesgo el bienestar humano, el principio de sostenibilidad, concordado con el principio de equidad, se inclina por otorgar mayor peso específico a la variable social; es legítimo preguntarse si principios como el precautorio, in dubio pro natura y de no regresión no transgreden el contenido mismo del principio de sostenibilidad y, por lo tanto, van en contra de la aspiración al desarrollo sostenible del país.

III. EL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD Y SU COMPATIBILIDAD CON LOS PRINCIPIOS PRECAUTORIO, IN DUBIO PRO NATURA Y DE NO REGRESIÓN

1. Principio precautorio

No tenemos mayor dificultad para aceptar que ante un riesgo de daño al ambiente, que está científicamente comprobado, es ineludible adoptar las medidas necesarias para conjurarlo; eso nos informa el principio de prevención, pilar que, junto con el principio de sostenibilidad, sirve de apoyo para construir la gestión ambiental. Es con base en este principio que se exige la evaluación de impacto ambiental antes del inicio de una actividad o proyecto, a fin de que los efectos nocivos conocidos de tales actividades o proyectos sean evitados o, por lo menos, mitigados a niveles legalmente aceptables. Sin embargo, a pesar del alto nivel alcanzado por la ciencia, existen aún actividades o proyectos respecto de los cuales el riesgo de impacto ambiental negativo sobre la salud o el ambiente no es posible determinar con absoluta certeza; pero, con base en hipótesis científicas, se especula que de materializarse el daño al ambiente o a la salud este sería grave o irreversible y; atendiendo a la dimensión del probable daño, no resultaría aceptable la inacción, debiéndose restringir o prohibir tales actividades o proyectos. Es con el objeto de conjurar este grave riesgo que se invoca la aplicación del principio precautorio, según el cual cuando haya peligro

de daño grave o irreversible al ambiente, la falta de certeza científica no podrá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces que impidan la degradación del ambiente.

No son pocos los que se niegan a aceptar este principio, más aún cuando se pretende invocarlo como regla de derecho internacional consuetudinario o de principio general del derecho; alegan que ante la incertidumbre siempre es aconsejable la precaución, pero eso no es suficiente para darle la calidad de principio y menos aún para regular, restringir o prohibir actividades o proyectos. Tomamos distancia de esta posición porque estamos ante la falta de certeza de carácter científico y eso significa que, correlativamente, debe haber una hipótesis con sólida base científica que arroja indicios razonables de un potencial riesgo que es grave o irreversible, es decir, es una especulación científica acerca de algo de lo que posiblemente no haya retorno. Es el caso de la especulación científica acerca de que había una relación entre los clorofluorocarbonos (CFC) y su interacción con los rayos ultravioleta y el daño a la capa de ozono; afortunadamente la comunidad internacional no esperó a la disipación de la incertidumbre científica para tomar acciones ante lo que podría significar un daño tan grave e irreversible, como es la pérdida de la capa de ozono y sus servicios de filtración de la radiación ultravioleta; simplemente no hay forma de vida que hubiese resistido eso.

De manera que para nosotros el precautorio sí constituye un principio de derecho, en tanto no contradice el principio de sostenibilidad, ya que actúa con base en una hipótesis científica acerca de un riesgo de daño grave o irreversible para la salud o el ambiente, hipótesis que, de verificarse, anularía a los otros dos factores del desarrollo sostenible, es decir, los aspectos sociales y económicos. Por lo demás, para el caso peruano, como el de muchos ordenamientos jurídicos, este principio goza de reconocimiento explícito, entre otros dispositivos, en la LGA.

Es claro entonces que el principio precautorio se sostiene en la ciencia con el objeto de conjurar un posible daño grave o irreversible, que pondría en riesgo la calidad de vida de los seres humanos y la sanidad de los componentes ambientales; anulando la consecución de los objetivos que corresponden a las variables social y económica. No se trata de mera especulación. Sin embargo, para su cabal invocación y aplicación debe garantizarse la presencia de ciertos requisitos fundamentales, sin los cuales no resulta razonable su invocación, en la medida que atentaría contra la integración equilibrada de los aspectos sociales, económicos y ambientales que lo configuran.

En tal sentido, como viene dicho, el peligro de daño debe ser grave o irreversible, es decir, se trata de impactos ambientales negativos que nos ponen frente a posibles situaciones de las que, muchas veces, no hay retorno, como el grave daño a la salud humana, la extinción de alguna especie, hábitat o ecosistema; o la interrupción, alteración o modificación de un proceso ecológico esencial.

Este principio actúa ante la incertidumbre científica e indicios consistentes de una amenaza, pero frente a la incertidumbre científica absoluta debe exigirse la existencia de indicios sólidos, sobre la base de información científica consistente, que lleve a la elaboración de una hipótesis acerca de un riesgo potencial de carácter grave o irreversible.

Ante una incertidumbre científica de este tipo lo que corresponde al Estado, atendiendo al principio de iniciativa institucional y con base en la hipótesis científica que advierte de un riesgo potencial de carácter grave o irreversible, es adoptar decisiones ante la ausencia de pruebas o elementos científicos o ante la ignorancia de ciertas cuestiones referidas al comportamiento de la naturaleza y su vinculación con la actividad propuesta; es decir, acerca de la causalidad, magnitud, probabilidad o naturaleza del daño.

La invocación de este principio, aun cuando se cumplan los requisitos anteriores, no exime al Estado de un análisis costo – beneficio en los niveles social, económico y ambiental, respecto de la acción versus falta de acción. Eso significa que debe evaluarse, en cada uno de estos aspectos, los costos y los beneficios que supondría aplicar tales medidas, sean estas restrictivas o prohibitivas; así como los que se derivarían de la falta de acción. Con esto evitamos que las limitaciones al ejercicio de derechos, por invocación del precautorio, termine afectando bienes jurídicos superiores, como la vida o la salud de las personas.

En muchos ordenamientos jurídicos la tendencia es que, ante la incertidumbre científica y la correlativa hipótesis de un daño grave o irreversible, la prohibición total es la solución preferida; lo cual termina por afectar el aspecto económico y, como ya hemos expuesto, eso impacta negativamente en el aspecto social. Por tal razón las medidas que se adopten deben ser proporcionales con el nivel de protección necesario; en ciertos casos una prohibición total sería la única respuesta posible; en otras situaciones medidas menos gravosas resultarían más apropiadas, como por ejemplo exigir mayor investigación o informar al público de manera inequívoca acerca de los posibles riesgos.

Eso nos conduce a deducir que las medidas adoptadas frente a esta hipótesis acerca de un daño grave o irreversible son provisionales y variables. Esto es así desde que las medidas se han adoptado en virtud de un juicio anticipado acerca de posibles riesgos o daños, por lo tanto, su naturaleza es la de una medida cautelar y, como tal, esta debe estar sometida a periódica revisión científica y, si de tal examen se concluye que el peligro de daño no es grave o irreversible, la prohibición o restricción debe ser levantada o, en su caso, modificada. De igual modo, si los indicios sustanciales indican un riesgo mayor, la adopción de medidas más severas será lo que corresponde.

Bajo el criterio de riesgo creado y riesgo provecho y dada la complejidad que supone la probanza de algo que está justamente bajo una situación de incertidumbre científica, es razonable aplicar la inversión de la carga de la prueba

sobre la actividad o proyecto propuesto y su inocuidad para el ambiente y la salud; por lo tanto, quien propone la actividad o proyecto debe asumir los costos de los estudios científicos que conduzcan a la certeza científica de que no hay riesgos o posibles daños. Como hemos afirmado, esto está en línea con la teoría del riesgo provecho y con el principio de internalización de costos, ya que, haciendo una combinación de ambos, significa que quien lucra con un bien o servicio riesgoso, debe asumir los costos de prevenir los posibles daños potenciales y, obviamente, de los daños concretos.

Para el caso peruano la aplicación del principio precautorio resulta vinculante, desde que está explícitamente recogido en el derecho positivo peruano, entre otros dispositivos, por la LGA²⁸, con el siguiente texto:

Quando haya indicios razonables de peligro de daño grave o irreversible al ambiente o, a través de éste, a la salud, la ausencia de certeza científica no debe utilizarse como razón para no adoptar o postergar la ejecución de medidas eficaces y eficientes destinadas a evitar o reducir dicho peligro. Estas medidas y sus costos son razonables considerando los posibles escenarios que plantee el análisis científico posible. Las medidas deben adecuarse a los cambios en el conocimiento científico que se vayan produciendo con posterioridad a su adopción. La autoridad que invoca el principio precautorio es responsable de las consecuencias de su aplicación.

Por lo tanto, más allá de que es nuestro parecer que este principio no contradice los fines y objetivos del principio de sostenibilidad, recurrir a él es obligatorio cuando se invoque este principio basado en el probable daño grave o irreversible y en la hipótesis, con base científica, de un riesgo de tal tipo de daño.

2. Principio in dubio pro natura

Según Sílvia Cappelli el principio in dubio pro natura significa que en caso de duda, oscuridad o incertidumbre por parte de la autoridad administrativa o judicial sobre el alcance o la colisión entre normas, principios o derechos fundamentales e incluso en el caso de la necesidad de reconocer un derecho sin una regla explícita o la apreciación de una norma ambiental existente, la decisión para tomar debe ser una que proporcione una mayor protección o conservación del medio ambiente. Este es un principio instrumental, interpretativo, metodológico o de aplicación normativa para el uso de la norma más beneficiosa para el medio ambiente en

28 Ley 29050, Ley que modifica el literal k) del artículo 5 de la Ley N° 28245, Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Ministerio del Ambiente [MA], 24-06-2007 (Per.).

caso de duda o incertidumbre jurídica, cuando exista o no un conflicto entre los derechos fundamentales o las normas aplicables al caso²⁹.

Capelli sostiene que su formulación se justifica por la disparidad habitual entre las partes involucradas en posibles conflictos ambientales. Por un lado, las personas y las organizaciones que defienden el medio ambiente, los intereses difusos y colectivos de una población que no tiene el conocimiento científico y técnico para evaluar una actividad que pueda afectarles. Por otro lado, la autoridad administrativa o judicial, enfrentada a un problema legal que involucra una antinomia entre normas, la ausencia normativa, la concreción de un concepto jurídico normativo, el análisis de evidencia, el alcance temporal de la norma o la necesidad de integrarla en sistemas y microsistemas legales. La cuestión central que se considerará en la decisión, independientemente de su objeto, será la vulnerabilidad del propio medioambiente o de sus titulares, que no son solo las personas físicas, uno o más individuos, sino la propia sociedad considerada en forma difusa, sujetos no necesariamente identificables, nacidos en la generación contemporánea del fallo o con posterioridad³⁰.

Este principio no tiene reconocimiento explícito en el ordenamiento jurídico peruano, a diferencia, por ejemplo, de Ecuador que lo reconoce a nivel constitucional en el numeral 4 de su artículo 395, con el siguiente texto:

En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.

Esta norma ha sido desarrollada además por el Código Orgánico del Ambiente ecuatoriano, publicado el 12 de abril de 2017, que en su artículo 9.5 dispone que el principio *in dubio pro natura* es de aplicación obligatoria por las autoridades administrativas y judiciales; y entiende los alcances del mismo de la siguiente manera:

Cuando exista falta de información, vacío legal o contradicción de normas, o se presente duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, se aplicará lo que más favorezca al ambiente y a la naturaleza. De igual manera se procederá en caso de conflicto entre esas disposiciones³¹.

29 Sílvia Cappelli, El principio *in dubio pro natura* y su relación con el Acuerdo de Escazú y la Agenda 2030, 100, (Alicia Bárcena, Valeria Torres y Lina Muñoz Ávila Eds., El Acuerdo de Escazú sobre Democracia Ambiental y su Relación con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, Cepal – Universidad del Rosario, 2021), https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47427/3/S2100857_es.pdf, p 100.

30 *Ídem*.

31 *Ibidem*, 107.

Como vemos, este pretendido principio también actúa ante la duda, pero, a diferencia del principio precautorio, no estamos ante una duda de carácter científico y, correlativamente, frente a una hipótesis con base científica que especula sobre un riesgo grave o irreversible de daño sobre la salud o el ambiente. En el principio *in dubio pro natura* estamos ante una incertidumbre que deriva de la oscuridad o vacío que surge al compulsar más de una norma, a efectos de decidir cuál será aplicada a la resolución de un caso concreto, sea en sede administrativa o jurisdiccional; en cuyo caso, se nos dice, debe optarse por aquella norma que proporcione una mayor protección al ambiente. Esto, evidentemente, contradice frontalmente el principio de sostenibilidad que apuesta por la integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo; y, cuando ello no es posible, otorga un mayor peso específico a la variable social.

En principio *in dubio pro natura* se sustenta, según se nos dice, en la asimetría del conocimiento que supuestamente existe entre quienes provocan los impactos ambientales negativos y quienes defienden el ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, así como de quienes aplican el derecho a estas situaciones. Se dice que quienes patrocinan la defensa de los intereses difusos y colectivos de una población y quienes aplican derecho, en sede administrativa o judicial, carecen del conocimiento científico y técnico para evaluar una actividad o proyecto que pueda afectarles.

Este argumento carece de racionalidad, pues no resulta aceptable que quien desconoce las dimensiones y consecuencias de un daño ambiental asuma el patrocinio de las supuestas víctimas, incluida la naturaleza, en una causa en sede administrativa o judicial. Tal cosa sería simplemente irresponsable y no puede sostenerse que el principio *in dubio pro natura* tiene por objeto suplir esta ignorancia. Por lo demás, no resulta cierto que quienes patrocinan intereses ambientales, aun cuando sean de carácter complejo, carezcan necesariamente de conocimiento científico y técnico para evaluar la actividad o proyecto que pudiera afectar a sus defendidos, incluido el ambiente. Por el contrario, son cada vez más las ONG especializadas en la defensa ambiental y que cuentan con un *staff* de profesionales altamente solventes en el manejo de este tipo de conocimientos o que hacen alianzas con la academia o consultoras para que sean *amicus curiae* en los procedimientos administrativos o en los procesos judiciales. Lo propio se puede decir de las firmas de abogados especializadas en derecho ambiental.

Sabido es que una de las particularidades del derecho ambiental es su carácter técnico reglado, es decir, es necesario que sus operadores estén capacitados para entender los complejos procesos que se dan en la interdependencia de la supuesta acción lesiva y el daño ambiental en la salud humana o en el estado

del ambiente, lo cual solo puede ser explicado con la asistencia de la ciencia y la técnica, tanto del ámbito de las ciencias naturales como de las sociales. Esto obliga a un abordaje multidisciplinario para el patrocinio de intereses ambientales y para la aplicación del derecho a los casos concretos, sean estos individuales, colectivos determinados o intereses difusos. Tales profesionales han de tener la solvencia requerida para tal propósito y no se puede pretender que sus deficiencias sean suplidas aplicando el supuesto principio *in dubio pro natura*, en todo caso, sin quien administra justicia -administrativa o judicial- carece de solvencia científica -en ciencias naturales o ciencias sociales, incluido el derecho-, siempre puede recurrir a la prueba pericial, para que sea orientado mediante el dictamen de un profesional especializado y debidamente formado. Aceptar lo contrario implica dejar librada a la ignorancia la adopción de decisiones, administrativas o judiciales, dirigidas a la restricción, limitación o prohibición de actividades o el desarrollo de proyectos, que es donde provienen los recursos económicos que permiten atender los problemas sociales.

Consideramos que, aunque pueda ser muy popular, por lo menos en el sector ambientalista o ecologista, sostener que el *in dubio pro natura* constituye un principio de derecho que debe formar parte del ordenamiento jurídico, es nuestra opinión que no debe aceptarse la incorporación del mismo en el derecho positivo, como ya lo hizo Ecuador, no solo por las razones ya vertidas sobre su pretendida aplicación ante la ignorancia; sino también porque contradice los fines y objetivos del principio de sostenibilidad, es decir, va en contra de una integración equilibrada de los aspectos sociales, económicos y ambientales del desarrollo, pues siempre toma partido por la variable ambiental; cuando en el ordenamiento ambiental internacional, y también en el peruano, ante la imposibilidad de mantener un equilibrio perfecto entre las tres variables y estando en riesgo el bienestar humano, el principio de sostenibilidad, concordado con el principio de equidad, obliga a otorgar mayor peso específico a la variable social.

Por estas consideraciones y atendiendo además a los preceptos de la Declaración de Río, la Declaración de Estocolmo y los ODS, es muy improbable que el principio *in dubio pro natura* sea aceptado en el derecho internacional como un principio del derecho ambiental internacional o se constituya en costumbre internacional; y, desde luego, en modo alguno recomendamos que sea recogido por el derecho positivo interno.

3. Principio de no regresión o de prohibición de retroceso ambiental

En los últimos tiempos existe fuerte presión para que los Estados incorporen a su ordenamiento jurídico el llamado principio de no regresión o de prohibición de retroceso ambiental, según el cual:

La normativa, la actividad de las Administraciones Públicas y la práctica jurisdiccional no pueden implicar una rebaja o un retroceso cuantitativo ni cualitativo respecto de los niveles de protección ambiental existentes en cada momento, salvo situaciones plenamente justificadas basadas en razones de interés público, y una vez realizado un juicio de ponderación entre los diferentes bienes jurídicos que pudieran entrar en contradicción con el ambiental³²

Una primera cuestión que destacaremos es que, según nuestro parecer, este principio contradice una característica propia del derecho ambiental, que es ser dinámico y, por lo tanto, flexible, ya que es ineludible que debe adecuarse a las características variables del ambiente, en constante cambio; y a los avances que se logren en su estudio, en constante progreso. Son también variantes las políticas nacionales e internacionales ambientales, las legislaciones, las interpretaciones a las normas, el rol que juega el factor ambiental en las prioridades sociales y económicas, entre otros³³. No puede pretenderse que las “conquistas ambientales” queden grabadas en piedra, eso va en contra de la naturaleza misma de esta disciplina y tampoco está en línea con el principio de sostenibilidad, ya que este exige ponderar los bienes jurídicos implicados en los niveles ambiental, social y económico; y, si hay que optar por uno, obliga a inclinarse por el que garantice el bienestar humano, es decir, el aspecto social.

Esta característica del derecho ambiental no es debidamente sopesada por sectores del ecologismo, pues defienden la preeminencia de la variable ambiental por sobre las variables social y económica; cuando lo que debe primar es la integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo. Por ello, con desbordante entusiasmo, plantean la existencia de este supuesto principio de no regresión o de prohibición de retroceso ambiental.

Según este principio, la normativa ni la jurisprudencia deberían ser modificadas si esto implicase retroceder respecto a los niveles de protección ambiental alcanzados con anterioridad, por ello la nueva norma o sentencia, no debe ni puede empeorar la situación del derecho ambiental preexistente en cuanto a su alcance, amplitud y efectividad. Sostienen que su finalidad es evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, e implica necesariamente una obligación negativa de no hacer, por lo que el nivel de protección ambiental ya alcanzado debe ser respetado, no disminuido, sino más bien incrementado³⁴. Lo que corresponde cautelar, con arreglo al principio

32 Preámbulo de la Ley 7/2021 de España sobre Cambio Climático. Ley 7/2021 de 20 de mayo de cambio climático y transición energética (C.C), Boletín Oficial del Estado (B.O.E), 03-10-2022 (Esp.).

33 Enrique Santander Mejía, Instituciones de Derecho Ambiental, 29 (ECO, 2002).

34 Mario Peña Chacón, El ABC del Principio de No Regresión, párr. 1 – 2 (2017). <http://ipama.org>.

de sostenibilidad, que el sistema jurídico peruano no solo proclama sino que, conforme con la Declaración de Río y la Declaración de Estocolmo, lo convierte en el principio guía de su gestión ambiental; es el interés público general, no solo el interés público ambiental; no podemos perder de vista que este último no es más que una variable en la ecuación, si no está en balance con el interés público social y económico no es posible lograr el desarrollo sostenible y, consecuentemente, no habrá bienestar para la población y, peor aún, pervivirá el círculo perverso de pobreza – degradación ambiental – más pobreza.

Esto sin perjuicio de que puede resultar que una medida de protección ambiental haya sido adoptada errónea o deficientemente o que ya no se justifique porque ha cambiado el estado del ambiente o el nivel actual de la ciencia aconseja una solución diferente. Este podría ser el caso muchos límites máximos permisibles (LMP) o estándares de calidad ambiental (ECA), que se adoptaron sin haberse realizado los complejos estudios que estos parámetros de contaminación exigen, al punto que muchas veces no son más que copias de otras realidades, pues podría ser el caso que terminen siendo innecesariamente exigentes y eso haga inviable la instalación de fábricas o la realización de otras actividades económicas, con la consecuente afectación a la generación de riqueza y, por lo tanto, a la posibilidad de atender los aspectos sociales. No es razonable pretender que tales niveles de protección ambiental alcanzados son inamovibles porque implican un retroceso respecto a los niveles de protección ambiental alcanzados con anterioridad.

Uno de los instrumentos internacionales que promueve con gran entusiasmo la inclusión explícita de este principio en los ordenamientos jurídicos de los países de nuestra región es 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 Caribe³⁵, conocido como Acuerdo de Escazú, el mismo que establece:

Artículo 3. Principios

Cada Parte se guiará por los siguientes principios en la implementación del presente Acuerdo: (...);

c) principio de no regresión (...).

Como ha sido ya expuesto, no concordamos con este pretendido principio jurídico y, por lo tanto, no estamos de acuerdo con que sea incorporado al derecho positivo peruano, es más, nos parece que el propio Acuerdo de Escazú se

pe/2017/08/12/opinion-abc-del-principio-no-progresividad-2/#:~:text=El%20principio%20de%20no%20regresi%C3%B3n,ni%20puede%20empeorar%20la%20situaci%C3%B3n.

³⁵ Cepal, 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. Acuerdo de Escazú, 15, (Cepal, 2018). <https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu>.

contradice cuando proclama este principio, y en su preámbulo también proclama lo siguiente:

Recordando también que, en el documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro (Brasil) en 2012, titulado “El futuro que queremos”, se reconoce que la democracia, la buena gobernanza y el estado de derecho, en los planos nacional e internacional, así como un entorno propicio, son **esenciales para el desarrollo sostenible, incluido el crecimiento económico sostenido e inclusivo, el desarrollo social, la protección del medio ambiente y la erradicación de la pobreza y el hambre**; se recalca que la participación amplia del público y el acceso a la información y los procedimientos judiciales y administrativos son esenciales para **promover el desarrollo sostenible**, y se alienta la adopción de medidas a nivel regional, nacional, subnacional y local para promover el acceso a la información ambiental, la participación pública en el proceso de toma de decisiones ambientales y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, cuando proceda³⁶ (el destacado es nuestro).

El desarrollo sostenible es garantizado por la aplicación del principio de sostenibilidad que, como hemos dicho, entra en conflicto con el supuesto principio de no regresión. Además, la erradicación de la pobreza se sostiene en los principios de sostenibilidad y de equidad, en virtud de los cuales si no es posible la integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos, cuando el bienestar humano está amenazado, debe optarse por la variable social. El Perú no ha aprobado el Acuerdo de Escazú, y lo recomendable sería que no lo haga, pues automáticamente quedaría incorporado a su derecho positivo este supuesto principio.

Como expresa José Alberto Esain, el Acuerdo de Escazú constituye un super presupuesto mínimo en el sistema de fuentes del derecho ambiental argentino; en tal sentido, en la cuestión de la jerarquía “supralegal” también debe considerarse la vinculación del Acuerdo de Escazú con las pautas ambientales de máxima jerarquía que derivan sobre todo del artículo 41 de la Constitución argentina; por ejemplo, el principio de “no regresión” que deberá integrarse en el marco del desarrollo sostenible que regula este artículo³⁷. Pero no solo esto; por su jerarquía superior a las leyes, el Acuerdo de Escazú adquiere un rol significativo reacondicionando la aplicación de las leyes nacionales, tanto de presupuestos mínimos como los códigos de fondo (Civil y Comercial, de Minería, Penal), así

³⁶ *Ibidem*, p.p. 12-13.

³⁷ José Alberto Esain, *Revista de Derecho Ambiental, doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica* 70, 27-28, (Fundación Expoterra, 2022).

como las leyes federales estrictas, de adhesión, etc.³⁸. En otros términos, obliga a mirar todo el ordenamiento legal ambiental a través del cristal del Acuerdo de Escazú, incluido el llamado principio de no regresión.

En consecuencia, siendo que este pretendido principio de no regresión contradice una característica básica del derecho ambiental, que consiste en ser dinámico y flexible en función de los cambios constantes que se dan en el ambiente y en las manifestaciones humanas -lo social, cultural, político, económico, etc.- que interactúan con tal ambiente; y siendo además que no pasa la prueba ácida de estar alineado con el principio de sostenibilidad, concluimos que no merece ser catalogado como principio de derecho y, como tal, no es para nada recomendable su inserción en el derecho positivo de los países.

IV. CONCLUSIONES

Tanto en el derecho internacional ambiental como en el derecho interno peruano, el principio de sostenibilidad es el más importante en el derecho ambiental y, como tal, es el que orienta el sentido de todas las decisiones enmarcadas en la gestión ambiental, se aplica entonces en la formulación de políticas y normas, y también en la aplicación de las mismas, en sede administrativa o judicial. Este principio dispone que el ejercicio y la protección de los derechos a un ambiente sano y al desarrollo sostenible se sustentan en la integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo nacional; y que, cuando no sea posible lograr esta integración equilibrada, tendrá un mayor peso específico la variable social, en tanto garantiza el bienestar humano. Por lo tanto, toda la normativa ambiental y cualquier pretendido principio de derecho, como son el principio *in dubio pro natura* o el principio de no regresión, que buscan darle un peso mayor al componente ambiental, carecen de basamento jurídico. El principio precautorio, por el contrario, no contradice el principio de sostenibilidad por cuanto actúa con base en una hipótesis científica acerca de un riesgo de daño grave o irreversible para la salud o el ambiente, hipótesis que, de verificarse, anularía a los otros dos factores del desarrollo sostenible, es decir, los aspectos sociales y económicos.

V. REFERENCIAS

Cepal, 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. Acuerdo de Escazú, 15, (Cepal, 2018). <https://www.cepal.org/es/>

³⁸ *Ibidem*, p. 40.

acuerdodeescazu.

Comex Perú, *Perspectivas de la Inversión Privada para 2022*, Semanario 1108, 3 (Comex, 2022), <https://www.comexperu.org.pe/articulo/perspectivas-de-la-inversion-privada>

Daniel Elgueta, *El concepto de Estado social y democrático de derecho en el Tribunal Constitucional*, 22 *Revista de Economía y Derecho*, 105-116 (UPC, 2009), <https://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/issue/view/48>.

Enrique Santander Mejía, *Instituciones de Derecho Ambiental*, 29 (ECOPE, 2002).

José Alberto Esain, *Revista de Derecho Ambiental*, doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica 70, 27-28, (Fundación Expoterra, 2022).

Luis Fernando Macías Gómez, *Introducción al Derecho Ambiental*, 55 (Legis,1998).

Mario Peña Chacón, *El ABC del Principio de No Regresión*, párr. 1 – 2 (2017). <http://ipama.org.pe/2017/08/12/opinion-abc-del-principio-no-progresividad-2/#:~:text=El%20principio%20de%20no%20regresi%C3%B3n,ni%20puede%20empeorar%20la%20situaci%C3%B3n>.

Marcial Rubio Correa, *El sistema Jurídico*, *Introducción al Derecho*, 316 (Fondo Editorial PUCP, 1984).

Naciones Unidas, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, [ICNUMAD], 1-468 (1993), <https://www.preventionweb.net/files/resolutions/N9283658.pdf>.

Naciones Unidas, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, [ICNUMH], 3-82 (1972), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N73/039/07/PDF/N7303907.pdf?OpenElement>

Naciones Unidas, *Objetivos de Desarrollo Sostenible [ODS]*, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>.

Sílvia Cappelli, *El principio in dubio pro natura y su relación con el Acuerdo de Escazú y la Agenda 2030*, 100, (Alicia Bárcena, Valeria Torres y Lina Muñoz Ávila Eds., *El Acuerdo de Escazú sobre Democracia Ambiental y su Relación con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Cepal – Universidad del Rosario, 2021), https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47427/3/S2100857_es.pdf, p 100.

Silvia Jaquenod de Zsögön, *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*, 366, (Dykinson, 1991).

Fuentes Legales

Constitución Política del Perú, [C.P.].

Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano [DEMAH], 16-06-1972.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo [DRMAD], 14-06-1992.

Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo 757 [DL] 13-11-1991 (Per.).

Ley 7/2021 de 20 de mayo de cambio climático y transición energética (C.C), Boletín Oficial del Estado (B.O.E), 21-05-2021 (Esp.).

Ley 29050, Ley que modifica el literal k) del artículo 5 de la Ley N° 28245, Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Ministerio del Ambiente [MA], 24-06-2007 (Per.).

Ley 28611, Ley General del Ambiente, El Peruano [EP] 15-10-2005 (Per.).

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú 0008-2003-AITC, Pleno Jurisdiccional [Constitutional Court], 11 de noviembre de 2003 (Per.).