

RESPECTO A LA RECOMENDACIÓN DE LA SECRETARÍA PARA LAS SOLICITUDES SOBRE ASUNTOS DE CUMPLIMIENTO AMBIENTAL PARA EL DESARROLLO DE UN EXPEDIENTE DE HECHOS

POSICIÓN DEL GOBIERNO DEL PERÚ

I. ANTECEDENTES

1. El 9 de julio de 2018, la Federación Nativa del Río Madre de Dios y Afluentes – FENAMAD, presentó ante la Secretaría para las Solicitudes sobre Asuntos de Cumplimiento Ambiental (en adelante, la “Secretaría”), una solicitud en la que alega incumplimiento de la legislación ambiental por parte del Perú en el proceso de elaboración, deliberación, aprobación y promulgación de la Ley 30723, Ley que declara de prioridad e interés nacional la construcción de carreteras en zonas de frontera y el mantenimiento de trochas carrozables en el Departamento de Ucayali (en adelante, la “Solicitud”).
2. El 28 de diciembre de 2018, la Secretaría remitió a los miembros del Consejo de Asuntos Ambientales (CAA) la Determinación SACA-SEEM/PE/002/2018/D1 por medio de la cual considera que la Solicitud cumple con los requisitos de admisibilidad previstos en el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos (en adelante, “APC”). En la misma fecha, mediante comunicación N° SACA-SEEM/PE/002/2018/02, la Secretaría responde a FENAMAD indicando que se pondrá dicha determinación completa a disposición de las Partes y del público. Por lo tanto, la Determinación se agregará a la web de la Secretaría y ésta informará oportunamente a FENAMAD sobre los avances y siguientes pasos en cumplimiento de los artículos 18.8 y 18.9 del APC.
3. El 11 de enero del 2019, la Secretaría remitió a los miembros del CAA la Determinación SACA-SEEM/PE/002/2018/D2, solicitando al Perú una respuesta respecto al asunto materia de la Solicitud, de conformidad al artículo 18.8.5 del APC.
4. El 12 de marzo de 2019, el Gobierno del Perú remitió su posición a la Secretaría respecto de la Solicitud, indicando que:
 - Resulta imperioso aprobar los procedimientos de trabajo de la Secretaría.
 - La Solicitud no debió ser admitida a trámite, dado que la norma reclamada es una declaración de interés nacional, la cual tiene naturaleza programática y, como tal, no genera efectos jurídicos.
 - La Solicitud no cumple con los requisitos de admisibilidad establecidos en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 18.8 del APC.
5. A pesar de lo indicado en la respuesta del Gobierno peruano, el 24 de mayo de 2019 la Secretaría, a través del documento SACA-SEEM/PE/002/2018/N1, notifica al CAA que la Solicitud justifica el desarrollo de un Expediente de Hechos respecto de la aplicación efectiva de los artículos 1, 4, 5 y 8 de la Ley N° 28736, la Ley N° 29785 y el numeral 12 del artículo II de la Ley N° 29763¹
6. El 17 de junio de 2019 el Gobierno de Estados Unidos instruye a la Secretaría a preparar un Expediente de Hechos, conforme a lo dispuesto por el artículo 18.9 del APC.

¹ Cabe señalar que el Director Ejecutivo de la Secretaría indicó en el numeral 69 del documento SACA-SEEM/PE/002/2018/N1, lo siguiente:

“69. Asimismo, la Secretaría no recomienda el desarrollo de un Expediente de Hechos respecto de la aplicación efectiva del artículo N° 70 de la Ley N° 28611 en tanto la Ley N°30723 no tiene como propósito el diseño y aplicación de la política ambiental o de proceso de ordenamiento territorial, propósitos a los que directamente se refiere el artículo N° 70 de la Ley N° 28611. De igual manera, la Secretaría no recomienda el desarrollo de un Expediente de Hechos respecto de la aplicación efectiva del numeral 3 del artículo 18.11 del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos.”

II. POSICIÓN DEL GOBIERNO DEL PERÚ

II.1 Las normas cuyo incumplimiento se alega no califican como legislación ambiental en los términos del artículo 18.14 del APC.

7. El artículo 18.8.1 del APC dispone que:

“1. Cualquier persona de una Parte podrá presentar una solicitud invocando que una Parte está dejando de aplicar efectivamente su legislación ambiental. Dichas solicitudes deberán ser presentadas ante una secretaría u otro órgano competente (secretaría) que las Partes designen.”

8. En concordancia con la referida disposición, el artículo 18.14 del APC define el término “legislación ambiental” de la siguiente manera:

*“**legislación ambiental** significa cualquier ley o regulación de una Parte, o disposiciones de las mismas, cuyo propósito principal sea la protección del medio ambiente o la prevención de un peligro para la vida o salud humana, animal o vegetal, mediante:*

(a) la prevención, reducción o control de una fuga, descarga o emisión de contaminantes ambientales;

(b) el control de sustancias o productos químicos, materiales y desechos tóxicos o peligrosos para el medio ambiente, y la difusión de información relacionada con ellos;

(c) la protección o conservación de flora y fauna silvestres, incluyendo las especies en peligro de extinción, su hábitat y las áreas naturales bajo protección especial;

(d) para el Perú, el manejo de los recursos forestales,

en áreas con respecto a las cuales una Parte ejerce soberanía, derechos de soberanía, o jurisdicción, pero sin incluir ninguna ley o regulación, o ninguna disposición contenida en las mismas, relacionadas directamente con la seguridad o la salud de los trabajadores.”

9. Ahora bien, en el documento SACA-SEEM/PE/002/2018/D1 la Secretaría considera que la Solicitud cumple con los requisitos del artículo 18.8 del APC, es decir que la misma ha invocado, adecuadamente, que el Perú estaría dejando de aplicar efectivamente su legislación ambiental. No obstante, como se ha indicado en el documento de posición del Gobierno peruano de marzo de 2019, la solicitud de FENAMAD no cumple los requisitos de admisibilidad, dado que las leyes invocadas por la Solicitante y admitidas por la Secretaría no califican como legislación ambiental en el marco de la definición establecida en el artículo 18.14 del APC.

10. Adicionalmente, en el documento SACA-SEEM/PE/002/2018/N1, en el párrafo 39², la Secretaría precisa que FENAMAD no cuestiona la construcción de una carretera, o cualquier otra acción del Poder Ejecutivo sino más bien lo que motiva la solicitud es la falta de aplicación efectiva de la legislación ambiental en su proceso de elaboración,

² La Secretaría señala en el párrafo 39, del citado documento lo siguiente:

“39. Es importante tener en cuenta que la Solicitud SACA-SEEM/PE/002/2018 no sostiene que es la construcción de una carretera, o cualquier otra acción del Poder Ejecutivo, lo que motiva la Solicitud. En efecto, lo que sostiene la Solicitante es que, la falta de aplicación efectiva de la legislación ambiental se da en el proceso de elaboración, deliberación, aprobación y promulgación de la Ley N°30723.”

deliberación, aprobación y promulgación, lo cual no corresponde al ámbito de aplicación de lo acordado y dispuesto expresamente en el APC.

11. Ahora bien, en el párrafo 23 de su determinación, la Secretaría señala que en la solicitud se indica que la ley 30723 tiene por objeto impulsar la construcción de carreteras pues es fundamental para “comercializar diversos cultivos” y lograr “polos de desarrollo económico, turísticos y comerciales” y afirma que, estos asuntos están vinculados con los objetivos del capítulo 18 del APC. Sin embargo, el solicitante no cuestiona propiamente esta ley, ni la relaciona con el objetivo del capítulo de medio ambiente del APC, sino que lo que alega es que durante la elaboración, deliberación, aprobación y promulgación de la Ley 30723, el Estado Peruano habría dejado de aplicar efectivamente legislación ambiental. En este sentido, no corresponde emitir una determinación sobre el proceso de emisión de una Ley peruana, dado que, un proceso de esta naturaleza no está vinculado en ninguna forma a los objetivos del capítulo 18 del APC, ni a las funciones de la Secretaría.
12. Al respecto, cabe indicar que es claro que el ámbito del APC está delimitado a la no aplicación efectiva de la legislación ambiental, definida en los términos del artículo 18.14, y no a otro tipo de normas, ni a sus procedimientos de elaboración, deliberación, aprobación y promulgación. En este sentido, el Perú no está de acuerdo con la interpretación que ha realizado la Secretaría con relación a la admisión de esta Solicitud y al recomendar la elaboración de un Expediente de Hechos. Lo anterior en virtud de que no es función de dicha Secretaría en el marco de lo establecido en los artículos 18.8 y 18.9 del APC, cuestionar el proceso de elaboración, deliberación, aprobación y promulgación de normas emitidas por el Congreso de cada una de la Partes.
13. Asimismo, en el párrafo 48³ del citado documento, la Secretaría se refiere sólo a una parte del texto del artículo 18.14 del APC, sin considerar adecuadamente los incisos de dicha disposición que delimitan el alcance de la definición de legislación ambiental.
14. Es decir, la Secretaría realiza una errada interpretación del artículo 18.8.1 del APC ampliando, sin ningún sustento, el ámbito de aplicación del APC, lo cual excede sus funciones, por cuanto no se encuentra facultada a realizar dicha actividad. Cabe destacar que en la sustentación efectuada por la Secretaría para recomendar el desarrollo de un Expediente de Hechos para este caso, la Secretaría omite, en su análisis, consideran que el artículo 18.14 del APC, hace referencia al propósito “principal” de la legislación cuestionada.
15. De ese modo, la Secretaría estaría vaciando de contenido la disposición establecida en el artículo 18.14 del APC, toda vez que ésta indica que para que una norma califique como legislación ambiental, su “**propósito principal**” y no sólo “propósito”, debe ser la protección del medio ambiente o la prevención de un peligro para la vida o salud humana, animal o vegetal.
16. Por consiguiente, la Secretaría estaría efectuando una interpretación que no se ajusta a lo acordado por las Partes en el APC. Como es de conocimiento, cada término acordado en una negociación ha sido incluido con la diligencia debida, a efectos de delimitar con claridad y precisión los derechos y obligaciones que asumen las partes. En este sentido,

³ El referido párrafo indica lo siguiente:

“48. Al respecto, la Secretaría considera que ha efectuado un análisis correcto de la legislación invocada. En ese sentido, la Secretaría es de la opinión que en tanto la legislación – o disposiciones de las mismas – invocada por la Solicitante tenga el propósito de proteger el medio ambiente, prevenir algún peligro para la vida o salud humana, animal o vegetal mediante uno o más [d]e los cuatro supues[tos] que ofrece la definición del APC, dicha legislación puede ser considerada “legislación ambiental” de acuerdo a la definición que brinda el APC.

cada palabra es negociada con mucho cuidado, justamente para evitar interpretaciones más allá de lo que las Partes buscaron al celebrar un Acuerdo. Al respecto, cabe tener en consideración lo dispuesto por el párrafo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que dispone que *“Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”*. En ese sentido, justamente se trata de distinguir esta legislación de cualquier norma que pudiera tener contenido ambiental pero cuyo propósito fundamental sea otro.

17. Partiendo de esta errada interpretación, la Secretaría procede a identificar, bajo su criterio, las leyes invocadas en la Solicitud que habrían dejado de aplicarse y que se enmarcarían en el APC. Así, en el párrafo 68 del documento SACA-SEEM/PE/002/2018/N1, la Secretaría recomienda el desarrollo de un Expediente de Hechos de acuerdo al siguiente detalle:

a) **Artículos 1, 4, 5, y 8 de la Ley No. 28736, Ley para la protección de los pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (PIACI)**

18. En los documentos SACA-SEEM/PE/002/2018/D1 y SACA-SEEM/PE/002/2018/N1⁴, la Secretaría señala que los artículos 1, 4, 5 y 8 de la Ley para la protección de los pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (PIACI) citados por la Solicitante califican como legislación ambiental, en particular, de acuerdo al artículo 18.14(c) de dicha ley referido a la protección de flora y fauna silvestres, especies en peligro de extinción, su hábitat y las áreas naturales bajo protección especial.

19. Dicha línea argumentativa no se ajusta a lo dispuesto en el APC, en la medida en que la Ley del PIACI no tiene como objetivo principal ni la protección del medio ambiente ni la prevención de un peligro para la vida o salud humana, animal o vegetal mediante la protección o conservación de flora y fauna silvestres, incluyendo las especies en peligro de extinción, su hábitat y las áreas naturales bajo protección especial.

20. Más bien, el objetivo principal de la Ley PIACI, se encuentra consignado en su artículo 1:

“La presente Ley tiene por objeto establecer el régimen especial transectorial de protección de los derechos de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Peruana que se encuentren en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, garantizando en particular sus derechos a la vida y a la salud salvaguardando su existencia e integridad.”

21. Adicionalmente, cabe indicar que los artículos 4, 5 y 8 de la Ley PIACI, identificados también por FENAMAD y admitidos por la Secretaría, no se refieren al objeto principal de la referida ley, el cual es claramente la protección de los derechos de los pueblos indígenas y no del medio ambiente. De esta forma, las disposiciones antes referidas no pueden ser calificadas como “legislación ambiental” bajo el APC.

b) **Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originario reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)**

⁴ El documento SACA-SEEM/PE/002/2018/D1, en su párrafo 30 indica lo siguiente:

“30. Los artículos 1, 4, 5 y 8 de la Ley PIACI, citados por la Solicitante, califican como legislación ambiental de acuerdo con la definición de “legislación ambiental” brindada por el artículo 18.14 del APC, en particular el literal (c), referido a la protección de flora y fauna silvestres, especies en peligro de extinción, su hábitat y áreas naturales bajo protección especial”. De igual forma, el documento SACA-SEEM/PE/002/2018/N1, dispone en el párrafo 49 recoge lo dispuesto por el documento SACA-SEEM/PE/002/2018/D1 en el párrafo 30.

22. La Secretaría considera en el párrafo 50⁵ del documento SACA-SEEM/PE/002/2018/N1 que la Ley 29785 - Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)-, es legislación ambiental según la definición del APC, al cumplir con el propósito de proteger los derechos colectivos y existencia física, entre otros, de los pueblos indígenas y originarios que puedan ser afectados directamente por una medida legislativa o administrativa.
23. En la misma línea, la Secretaría señala en el párrafo 40⁶ del documento SACA-SEEM/PE/002/2018/D1 que las disposiciones de la Ley de Consulta Previa se enmarcan dentro de la definición de “legislación ambiental” del literal c del artículo 18.14 del APC.
24. Al respecto, se debe precisar que el propósito de la Ley de Consulta Previa es:

“Artículo 1. Objeto de la Ley. La presente Ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. Se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa 26253.”

25. Nuevamente, se observa que el sustento desarrollado por la Secretaría no se ajusta a lo dispuesto en el APC en la medida en que la Ley de Consulta Previa no tiene como propósito principal la protección del medio ambiente, ni la prevención de un peligro para la vida o salud humana, animal o vegetal mediante la protección o conservación de flora y fauna silvestres, incluyendo las especies en peligro de extinción, su hábitat y las áreas naturales bajo protección especial.
26. En consecuencia, la interpretación efectuada por la Secretaría además de no tener sustento en lo establecido en el Acuerdo, excede lo dispuesto por el APC, por lo que la supuesta falta de aplicación de la Ley de Consulta Previa alegada por FENAMAD, no se enmarca en la definición de legislación ambiental del APC.

c) Ley 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre

27. Tanto FENAMAD como la Secretaría se refieren a la no aplicación del numeral 12 del artículo II de la Ley 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, sin fundamentar, ni brindar motivación suficiente respecto de las razones de su posición.
28. Al respecto, el artículo 1 de la Ley 29763 recita lo siguiente:

“Artículo 1. Finalidad y objeto de la Ley

La presente Ley tiene la finalidad de promover la conservación, la protección, el incremento y el uso sostenible del patrimonio forestal y de fauna silvestre dentro del

⁵ El referido párrafo indica lo siguiente:

“50. En lo que respecta a la Ley de Consulta Previa, la Secretaría considera que cumple con el propósito antes descrito al recoger en su artículo 2 el propósito de proteger los derechos colectivos y la existencia física – entre otros- de los pueblos indígenas y originarios que se puedan ver afectados directamente por una medida legislativa o administrativa; motivo por el cual no debe tomarse como una norma meramente procedimental.”

⁶ Dicho párrafo señala que:

“40. La Secretaría considera que las disposiciones de la Ley de Consulta Previa se enmarcan dentro de la definición de “legislación ambiental” del literal (c) del artículo 18.14 del APC, en la medida en que se hagan referencia a los derechos colectivos de los pueblos indígenas y de la incidencia de su participación en el proceso de consulta previa en relación con la protección de la biodiversidad, recursos naturales, hábitats y áreas naturales bajo protección especial que se encuentran en su ámbito geográfico.”

territorio nacional, integrando su manejo con el mantenimiento y mejora de los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre, en armonía con el interés social, económico y ambiental de la Nación; así como impulsar el desarrollo forestal, mejorar su competitividad, generar y acrecentar los recursos forestales y de fauna silvestre y su valor para la sociedad.

El objeto de la presente Ley es establecer el marco legal para regular, promover y supervisar la actividad forestal y de fauna silvestre para lograr su finalidad.”

29. De otro lado, el numeral 12 del artículo II de dicha ley, invocado por FENAMAD dispone lo siguiente:

“Artículo II. Principios generales

Son principios generales aplicables a la gestión forestal y de fauna silvestre - además de los principios, derechos, deberes y disposiciones aprobados en la Constitución Política del Perú, el Acuerdo Nacional, el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y los demás tratados internacionales- los siguientes:

12. Integración con otros marcos normativos

Las normas relativas a otros recursos naturales o actividades económicas o de cualquier índole que pudiesen afectar directa o indirectamente la integridad, conservación y seguridad del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación se rigen y concuerdan con la legislación vigente en esta materia, incluyendo el reconocimiento y respeto a los derechos de los pueblos indígenas conforme al Convenio 169 de la OIT.

La implementación de la presente Ley, su reglamento y cualquier otra medida relacionada cumplen con las obligaciones estipuladas en los tratados internacionales de los que el país es parte y están en vigor.”

30. Como se puede observar, la referencia realizada por la Secretaría respecto al numeral 12 del art. II de la Ley 29763, está referida a los principios generales aplicables a la gestión forestal y de fauna silvestre vinculados a los derechos de los pueblos indígenas conforme al Convenio 169 de la OIT.
31. Como se ha indicado líneas arriba, la protección de los derechos de pueblos indígenas, a pesar de ser una prioridad del Estado Peruano, en este caso no se ajusta a la definición de legislación ambiental establecida en el artículo 18.14 del APC. Lo anterior sin perjuicio de los mecanismos internos que existen en el Perú para que cualquier ciudadano u organización pueda recurrir a las instancias nacionales o internacionales pertinentes; no siendo una de esas instancias, para este caso específico, la Secretaría establecida en el artículo 18.8 del APC.
32. Sobre el particular, cabe recordar que la propia Ley 30723 reconoce su relación con otros marcos normativos al señalar expresamente en su artículo único: “Declárese de prioridad e interés nacional la construcción de carreteras en zonas de frontera y el mantenimiento de trochas carrozables en el departamento de Ucayali, bajo el irrestricto respeto a las áreas naturales protegidas y los pueblos indígenas que lo habitan.
33. De esa manera, el objeto principal de la Ley 29763 no se relaciona con la finalidad de la Ley 30723. Específicamente, el artículo e inciso invocado de la Ley 29763 se ocupa a los principios generales aplicables a la gestión forestal y de fauna silvestre. En este caso, se estaría argumentando que la integración con otros marcos normativos no ha sido

considerada, es decir, se habría inaplicado, pero como ya se ha indicado previamente, no se han desarrollado argumentos, ni sustento por parte de FENAMAD, ni por la Secretaría respecto a este aspecto, por lo que la Solicitud no debió ser admitida a trámite.

34. Adicionalmente, ni el solicitante ni la Secretaría han sustentado cómo una norma programática que únicamente expresa una intención para la construcción de infraestructura y que de manera expresa señala que dicha construcción se hará “bajo el irrestricto respeto a las áreas naturales protegidas y los pueblos indígenas que lo habitan”, puede generar algún daño.

II.2 La Solicitud y la Secretaría no ofrecen información, ni sustentación suficiente

35. Con respecto a los requisitos de admisibilidad de la solicitud, se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 18.8.2 (c) del APC:

“Artículo 18.8: Solicitudes sobre Asuntos de Cumplimiento

2. La secretaria podrá considerar una solicitud bajo este Artículo si encuentra que la solicitud:

(c) ofrece información suficiente para permitir a la secretaria revisar la solicitud, incluyendo evidencia documentaria en la que la solicitud esté basada e identificación de las leyes ambientales respecto de las que el incumplimiento es invocado;”

36. Como se indicó en los párrafos 24-27 del documento de respuesta del Gobierno del Perú, la Solicitud no cumplió con fundamentar de manera suficiente de qué forma se habría dejado de cumplir efectivamente cada una de las leyes invocadas, más bien solo presenta argumentos respecto a la Ley 28736.
37. En ese sentido, se debe reiterar que la Secretaría sostiene erradamente que el APC no establece que debe ofrecerse información por cada legislación ambiental cuyo supuesto incumplimiento se invoca, sino información suficiente que en su conjunto permita que la Secretaría revise la posible falta de aplicación efectiva. Discrepamos de dicha postura puesto que la falta de fundamentación de la Solicitud respecto a las leyes invocadas, no permite al Gobierno peruano ejercer plenamente su derecho de defensa en el presente caso y además la Secretaría excede sus funciones al aplicar una interpretación que no se ajusta a lo establecido en el APC.
38. En el numeral 61 del documento SACA-SEEM/PE/002/2018/N1, la Secretaría, indica que los requisitos del artículo 18.8.4 a través del cual la Secretaría determina si la Solicitud amerita requerir una respuesta de la Parte, no son requisitos concurrentes como aquellos contenidos en el artículo 18.8.2 y que se trata de criterios o consideraciones que orientan o guían a la Secretaría en esta etapa.
39. En el análisis del cumplimiento por parte de la Solicitud de lo dispuesto en el artículo 18.8 (4) del APC, la Secretaría no ha considerado que para la determinación del requerimiento de una respuesta a una Parte, deben concurrir todos los requisitos previstos en el APC. Ello no se configura en el presente caso, pues no concurren los requisitos establecidos en los incisos (a) y (b)⁷ del Artículo 18.8 (4) del APC. Cabe precisar que, no es función de

⁷ “Artículo 18.8: Solicitudes sobre Asuntos de Cumplimiento

4. Cuando la secretaria determine que la solicitud cumple los criterios descritos en el párrafo 2, la secretaria determinará si la solicitud amerita requerir una respuesta de la Parte. Para decidir si requerir una respuesta, la secretaria se conducirá atendiendo a si:

(a) la solicitud no es frívola e invoca un daño a la persona que hace la solicitud;

(b) la solicitud, independientemente, o en combinación con otras solicitudes, abordan asuntos cuyo estudio en este proceso contribuiría a alcanzar los objetivos de este Capítulo y del ACA, tomando en consideración las

la Secretaría modificar el APC a través de alguna interpretación de lo establecido en el APC, máxime si la disposición es evidentemente clara que hasta no requiere de interpretación. Como se ha señalado anteriormente, cada término del APC ha sido negociado, diligentemente, siendo que la intención de requerir estos requisitos se ha establecido para que sean exigidos de manera concurrente.

40. La Secretaría no sustenta cómo la conjunción copulativa “y” o “e” (en inglés “and”) que ha sido incluida en el subpárrafo (a) del párrafo 4 del Artículo 18.8 no tiene el significado que le corresponde (unir palabras, oraciones y otros grupos sintácticos estableciendo entre ellos relaciones de adición o de agregación) sino el de la conjunción disyuntiva “o”, que es empleada para expresar alternancia o elección entre palabras u oraciones. Cabe señalar que para cualquier procedimiento es importante respetar el debido proceso de las partes y el derecho de defensa, como principios básicos de Derecho, lo cual se logra sustentando debidamente los procedimientos y abordado cada uno de los argumentos y alegaciones que han presentado las partes.

II.3 La Solicitud no acredita el daño

41. Reiteramos que la Solicitud no debió ser admitida a trámite y, por ende, no se debió haber requerido respuesta al Gobierno del Perú, ni procederse al desarrollo de un Expediente de Hechos, dado que la Ley cuestionada es una declaratoria de interés, es decir una norma de carácter programático. En dicha línea, resulta pertinente resaltar que el Perú no ha emprendido acción alguna al amparo de dicha Ley que pudiera ocasionar algún tipo de daño, por el contrario, como la propia Ley lo indica, la declaración de interés se realiza precisando expresamente que cualquier desarrollo de la misma se hará “bajo el irrestricto respeto a las áreas naturales protegidas y los pueblos indígenas que lo habitan”.

42. Con relación al daño, el artículo 18.8.4(a) del APC dispone lo siguiente:

*“Artículo 18.8: Solicitudes sobre Asuntos de Cumplimiento
(...)”*

4. Cuando la secretaría determine que la solicitud cumple los criterios descritos en el párrafo 2, la secretaría determinará si la solicitud amerita requerir una respuesta de la Parte. Para decidir si requerir una respuesta, la secretaría se conducirá atendiendo a si:

*(a) la solicitud no es frívola e invoca un daño a la persona que hace la solicitud;
(...)”*

43. Bajo el razonamiento seguido por la Secretaría, cabría cuestionarse cómo se podría configurar el daño al que se refiere el artículo 18.4 (a) del APC en la supuesta falta de aplicación efectiva⁸ de la legislación ambiental en el proceso de elaboración, deliberación y aprobación de la Ley N° 30723.
44. Asimismo, se debe indicar que FENAMAD invocó daños potenciales para la biodiversidad y los ecosistemas que se encuentran en territorios de los pueblos indígenas; sin embargo, el APC no hace mención a daño potencial, por lo que no resultaría amparable dicha alegación.
45. En dicho contexto, la Secretaría realiza una interpretación extensiva del término “daño”, lo cual no solo excede sus funciones, sino que no se condice con el artículo 31 de la

directrices sobre esos objetivos ofrecidas por el Consejo y la Comisión de Cooperación Ambiental establecida en el ACA;”

⁸ Párrafo 39 del documento SACA-SEEM/PE/002/2018/N1.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, tal como fue indicado por el Gobierno Peruano en el párrafo 43 de su respuesta a la Determinación.

46. Por consiguiente, el Gobierno del Perú se ratifica en lo señalado en los párrafos 44 y 45 del documento de respuesta a la Determinación, los cuales indican lo siguiente:

“44. Sobre el particular, la Real Academia Española define el término “daño” de la siguiente manera:

“Daño: Efecto de dañar.”

“Dañar: causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia.”

45. En ese sentido, resulta que el análisis efectuado por la Secretaría no se ajusta a lo señalado en el APC, puesto que, sin ningún sustento, se está asimilando el “daño potencial” al término “daño”; de forma tal, que se está aplicando indebidamente una interpretación extensiva del APC.”

47. En conclusión, cabe señalar que la Solicitud no invoca un daño real, efectivo y personal causado a FENAMAD, por ende no se ajusta a lo dispuesto en el Artículo 18.8.4 (a) del APC.

II.4 La Secretaría ejerce funciones que no se ajustan a procedimientos del APC y al Entendimiento bilateral

48. En el documento SACA-SEEM/PE/002/2018/N1, la Secretaría incluye en los párrafos 32, 33, 34, 35 y 36, referencias a proyectos de ley e informes sectoriales que no han sido alegados por las Partes.

49. Asimismo, en dicho documento se hace mención a comunicaciones que tampoco han sido presentadas por las Partes. Así, se indica que, el 10 de enero del 2019, el Director Ejecutivo de la Secretaría remitió a los miembros del Consejo de Asuntos Ambientales dos cartas que le dirigiera el Congreso de la República del Perú referidas a la Solicitud de FENAMAD:

a) El Oficio 467-2018-2019/CPAAAE-CR remitido por el Presidente de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología.

b) El Oficio N° 015-2019/MEFF-CR remitido por la Sra. Congresista María Elena Foronda.

50. El Artículo 18.9.4 del APC referido a los Expedientes de Hechos y Cooperación Relacionada señala que, al preparar un expediente de hechos, la Secretaría considerará cualquier información suministrada por una Parte y podrá considerar cualquier información técnica, científica u otra información relevante: (a) que esté públicamente disponible; (b) presentada por personas interesadas; (c) presentada por comités consultivos o asesores nacionales; (d) desarrollada por expertos independientes; o (e) desarrollada de acuerdo al ACA.

51. En este sentido, nuevamente la Secretaría excede sus funciones previstas en el APC en los párrafos 41, 42 y 43 de la Notificación (Acápites II “Análisis”, D “Sobre la Ley N° 30723, Ley que declare de prioridad e interés nacional la construcción de carreteras en zonas de frontera y el mantenimiento de trochas carrozables en el departamento de Ucayali”), al hacer referencia a información y documentación que no ha sido proporcionada por las Partes, lo cual contraviene el APC.

52. Al respecto, cabe advertir que, de conformidad con el artículo 18.9.4 del APC, la Secretaría en la elaboración del expediente de hechos sí podrá hacer uso de información que esté públicamente disponible. Nótese que dicha facultad no es atribuida a la Secretaría en una etapa anterior como las referidas a considerar una solicitud, o a requerir la respuesta de una de las Partes (señaladas en el artículo 18.8 del APC).
53. Conforme a lo señalado, debemos indicar que la Secretaría ha realizado una interpretación errónea respecto a la definición de legislación ambiental establecida en el art. 18.14 del APC y se ha excedido en sus funciones debido a que no ha ajustado su actuación a lo dispuesto en el APC y el Entendimiento para implementar el artículo 18.8 del APC Perú-EEUU.

III. Conclusión

El Gobierno del Perú reitera que la Solicitud no está vinculada con los objetivos, ni el ámbito de aplicación del Capítulo 18 del APC.

Asimismo, la Secretaría no ha fundamentado debidamente su recomendación del desarrollo de un Expediente de Hechos, situación que vulnera el párrafo 1 del artículo 18.9 del APC, según el cual: *“si la secretaría considera que la solicitud, a la luz de cualquier respuesta ofrecida por la Parte, justifica el desarrollo de un expediente de hechos, la secretaría informará de esto al Consejo y expondrá sus razones.”*

En este sentido, la Secretaría no se ha ajustado a lo acordado en el APC en cuanto a que:

- (i) **Las normas cuyo incumplimiento se alega no califican como legislación ambiental en los términos del artículo 18.14 del APC:** como se ha señalado, la interpretación de la Secretaría excede lo establecido en el artículo 18.14 del APC en la medida en que no toma en consideración cuál es el objetivo principal de las normas invocadas.
- (ii) **La Solicitud y la Secretaría no ofrecen información ni sustentación suficiente y esta última ha excedido sus funciones:** la Secretaría no ha fundamentado la procedencia de la calificación como legislación ambiental respecto de cada ley invocada por FENAMAD y ha excedido sus funciones al hacer referencia a documentación e información que no ha sido proporcionada por las Partes en la notificación cuando ello propio de una etapa posterior, es decir, durante la elaboración del Expediente de Hechos de conformidad con el artículo 18.9.4 del APC.
- (iii) **La Solicitud no acredita el daño:** la Secretaría no se ha pronunciado sobre el carácter programático de la Ley cuestionada que declara de interés nacional una materia que es competencia del Poder Ejecutivo (construcción de carreteras). Asimismo, no sustenta en qué sentido se configuraría un daño en la elaboración, deliberación y aprobación de la Ley N° 30723. Cabe reiterar que no corresponde a la Secretaría realizar una interpretación del Acuerdo y que en el mismo no se hace referencia al concepto de daño potencial.
- (iv) **Cuestionamiento a normas aprobadas por el Congreso:** El ámbito de actuación de la Secretaría está establecido en los artículos 18.8 y 18.9 del APC; y la no aplicación efectiva de la legislación ambiental, definida en los términos del artículo 18.14, y no a otro tipo de normas, ni a sus procedimientos de elaboración, deliberación, aprobación y promulgación. En este sentido, rechazamos la interpretación errónea que ha realizado la Secretaría con relación a la admisión de esta solicitud y al recomendar la elaboración de un Expediente de Hechos; ya que no es función de dicha Secretaría en el marco de lo establecido en los artículos 18.8 y 18.9 del APC, cuestionar el proceso de elaboración, deliberación, aprobación y promulgación de normas emitidas por el Congreso de cada una de las Partes.

v) **No debe ofrecerse información por cada legislación ambiental cuyo supuesto incumplimiento se invoca:** la Secretaría sostiene erradamente que el APC no establece que debe ofrecerse información por cada legislación ambiental cuyo supuesto incumplimiento se invoca, sino información suficiente que en su conjunto permita que la Secretaría revise la posible falta de aplicación efectiva. Discrepamos de dicha postura puesto que la falta de fundamentación de la Solicitud respecto a las leyes invocadas, no permite al Gobierno peruano ejercer plenamente su derecho de defensa en el presente caso y además la Secretaría excede sus funciones al aplicar una interpretación que no se ajusta a lo establecido en el APC.