

ENFOQUES

42 DERECHO



PUNTO DE VISTA

No regulemos las pymes

Luis Pizarro

**"Insólitas" resoluciones
a favor del pobre**

Eduardo Sotelo

DE REOJO

**La CVR dos años después:
¿todavía existen bases para
que resurja el terrorismo?**

Salomón Lerner

ENFOCADOS

**Nueva Ley del Medio Ambiente
...y después de la tormenta
¿vendrá la calma?**

Lorenzo de la Puente

ZOOM

Por un comercio eficiente.

Carlos Urriola

BAJO LA LUPA

**"Ojos que no ven" u
"¿Ojos que no quieren ver?"**

Jorge Luis Alvarado



Nueva Ley del Medio Ambiente ...y después de la tormenta ¿vendrá la calma? Enfocados

Dr. Lorenzo de la Puente
Abogado especialista en Derecho
Ambiental

Por: Daniel Flores Consiglieri

Después de largo tiempo de discusión y debate, la Ley General del Medio Ambiente ha sido aprobada. Dada la importancia del tema por tratarse de una legislación tan novedosa, Enfoque Derecho tuvo la oportunidad de conversar con el Dr. Lorenzo de la Puente sobre sus principales alcances, los temas más controvertidos de la misma, entre otros. Prohibido perderselo.

¿En términos generales, es realmente favorable la Ley General del Medio Ambiente, tomando en cuenta que gran parte de nuestra economía tiene como base el aprovechamiento de recursos naturales?

La ley por sí misma no va a significar ni un obstáculo ni un impulso para que se pueda desarrollar la actividad extractiva en el Perú. La finalidad que persigue la Ley es que en el territorio peruano cada uno de los ciudadanos podamos tener una buena calidad de vida, lo cual implica un medio ambiente saludable y adecuado para nuestro desarrollo personal y social. En ese sentido la norma sí es buena; es una norma que incorpora, por un lado, conceptos de derecho ambiental modernos no incorporados anteriormente y, por otro, sistematiza conceptos legales que ya estaban incluidos en diferentes normas de nuestra legislación, dándole la consistencia necesaria para ser el fundamento sobre el cual se desarrolle un sólido Derecho Ambiental en el Perú.

Se podría decir que nuestra historia legislativa propiamente ambiental se inicia en 1990 con el Código del Medio Ambiente. Luego de 15 años hemos modificado dicho Código, años en los que ha habido un largo recorrido legislativo y de conflictos. Eso se ha visto reflejado en el debate de esta norma, en el cual se trajeron a la mesa los elementos de un conflicto que no debiera existir entre la industria extractiva y la salud de las personas. Es de este conflicto que nace la discusión sobre si la norma va a ser favorable o no a la industria.

¿No cree que la Ley limitará la inversión privada como se ha estado afirmando?

No creo, pues la inversión privada responsable requiere de jurisdicciones que tengan reglas claras. Obviamente esta Ley tiene sus elementos confusos, pero pienso que una vez superados va a contribuir a una regulación ambiental más rica y en ese sentido, los inversionistas responsables que buscan jurisdicciones con reglas de protección ambiental, verán el Perú como una jurisdicción interesante desde el punto de vista ambiental. Obviamente, hay en el Perú problemas sociales a raíz de problemas ambientales. Por ello, respecto de esta Ley, hay dos elementos a tener en cuenta: el teórico legal y el social. En el ámbito social, seguirán habiendo conflictos que la Ley por sí misma no podrá solucionar. Con respecto al ámbito técnico legal, la Ley no trae ningún cambio serio que pueda significar impedimento a la inversión privada. Los aspectos más serios que se consideraron como obstáculo para la inversión privada fueron tomados en cuenta por el Congreso y frente a ellos se allanó porque fueron materia de las observaciones que se discutieron: la inversión de la carga de la prueba; la incorporación a la legislación nacional de estándares ambientales aceptados internacionalmente y aquellos aprobados por la Organización Mundial de la Salud (OMS); la formalización de la denuncia penal por parte del fisco (éste está obligado por mandato legal a pedir opinión técnica a la autoridad ambiental antes de formalizar la denuncia); y la incorporación del Principio Precautorio.

¿El Principio Precautorio genera algún problema?

Hay que tener en cuenta que el llamado Principio Precautorio, no aceptado de manera universal en todas las jurisdicciones, ya había sido incorporado en la legislación peruana el año pasado a través de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, y no ha generado ningún problema. Sin embargo, la aplicación del mismo por los tribunales o autoridades administrativas, cruzando la línea de la racionalidad, sí podría generar inconvenientes. Ante estas dudas es que el texto final de la Ley General del Ambiente ha incorporado el texto de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Por cierto, el Tribunal Constitucional ya ha aplicado el Principio Precautorio en una de sus decisiones relativas a antenas de telecomunicaciones.

¿Cuál es su opinión con respecto a la inversión de la carga de la prueba que se propuso en la Ley?

Yo creo que se puede sostener su inconstitucionalidad, aunque haya ámbitos del Derecho Administrativo en nuestra legislación donde ya se aplica la inversión de la carga de la prueba. Pero lo importante aquí, y quiero resaltarlo, es intentar comprender por qué algunos ciudadanos y el Congreso de la República siguen interesados en aprobar esta norma. Un sector de la población está preocupado por la existencia de una desigualdad entre las poblaciones pobres y la empresa privada respecto del acceso a la justicia y de sus mecanismos; por ello, no debemos preocuparnos sólo de evitar este tipo de normas por su inconstitucionalidad, sino también debemos preocuparnos porque existan los mecanismos apropiados para el acceso eficaz de todos los ciudadanos a los tribunales. Pienso que la discusión sobre este tema no se acaba aquí, será materia de continuo debate a partir de ahora.

¿Aparte de estos temas que ya han sido debatidos, encuentra alguna otra crítica a la Ley?

Hay un gran vacío en la Ley, y es el tema de la ausencia de incentivos para la prevención de la contaminación a través de incentivos tributarios. Al no haber un consenso claro entre el Ejecutivo y el Legislativo, además de que el Ejecutivo tiene una política fiscal que busca recaudar más tributos, lo que ha sucedido es esto: se exige a las empresas pero no se les incentiva. La única forma de incentivar a las empresas es otorgándoles beneficios realmente tangibles con mecanismos de corte económico. Esta Ley se ha quedado en el modelo Command and Control, ya superado en muchos otros países, es decir, el Estado te ordena que cumplas y si no cumplas, te sanciona. Se podría decir que el Estado Peruano perdió la oportunidad de que con esta Ley se pase a una segunda etapa de la historia legislativa ambiental peruana: la etapa de incentivos a la industria para promover la producción limpia.

Sin embargo, donde estoy más preocupado es por el primer efecto que va a causar la Ley. Se suponía que la Ley tenía que ser el nuevo marco legal para empezar con una gestión ambiental del Estado que ayude a resolver los

¿Sabe usted si es que recientemente ha sido aprobada la Ley del Medio Ambiente?

SI: 9%

NO: 91%

Encuesta realizada sobre la base de 100 personas en la PUCP.

conflictos que habían estado surgiendo como consecuencia de temas ambientales. Sin embargo la discusión final de la misma ha caído, de manera desafortunada, en el campo de batalla entre quienes supuestamente defienden al ciudadano de a pie y quienes defienden la inversión privada. Los conflictos que se buscaban evitar se han agravado.

Otro vacío en la Ley es la consideración de la informalidad e ilegalidad como elementos contaminadores de nuestro territorio. Lamentablemente la discusión final sobre la Ley se centró en inversión privada cargándose las tintas en la minería; pero, hay que ser claros, la mayor contaminación que existe en el Perú proviene de los informales y de la mala gestión de muchas municipalidades. Hoy en día el Estado no sabe cuáles son las prioridades en materia ambiental. Probablemente la minería no es la mayor contaminadora, sino las propias ciudades y la agricultura. Desafortunadamente, las normas legales sólo alcanzan de manera directa a los formales. Todo esto ha generado que el Estado Peruano sea esquizofrénico al exigir el cumplimiento de la legislación ambiental; no se exige lo mismo a todos, violándose el principio constitucional de igualdad ante la ley. El nivel de exigencia ambiental depende de las respuestas a las siguientes preguntas: ¿quién eres? ¿qué haces? y ¿dónde estás?. A un extranjero se le exige más que a un nacional; a una empresa minera se le exige muchísimo más que a una curtiembre (que es una actividad que puede ser altamente contaminante); y si se está en un valle agrícola se exigirá más que si se está en zona urbana.

Para que haya un verdadero Derecho Ambiental Peruano, tiene que haber una gestión ambiental del Estado que tiene que tener, por lo menos, tres componentes: normas ambientales racionales, una fuerte institucionalidad (autoridades ambientales) y una real política ambiental. La Ley General del Ambiente necesita que haya una autoridad que se haga respetar y una política ambiental que hasta la fecha no existe. De no ocurrir ello, no será eficaz.

Ahora bien, como elemento positivo, entre muchos otros, la Ley habla de la participación ciudadana en la toma de decisiones de los aspectos ambientales, cosa que considero muy importante porque va a generar un impulso a nivel de participación de los

ciudadanos y de mayor vigilancia ambiental. Esto es interesante porque hasta ahora el tema de vigilancia ciudadana no estaba considerado formalmente en nuestra legislación, a pesar de que sí se ha venido aplicando. Antes que un temor, la industria debe ver esto como una oportunidad.

¿Es cierto que nuestros Límites Máximos Permisibles (LMP) son más permisibles que los recomendados por la OMS?

Hay que tener en cuenta que cuando se habla de LMP o estándares, se está hablando de distintos tipos de parámetros. No todos los estándares o límites de la OMS están considerados en la legislación peruana y no todos los parámetros considerados en la legislación peruana tienen su equivalente en los parámetros de la OMS, por lo que no se puede generalizar diciendo que nuestros límites son menos exigentes que los de la OMS.

¿Cuál es la razón de ser del principio de Gradualidad?

En cuanto al principio de gradualidad que está incorporado en la Ley, hay que entender que éste responde a la naturaleza de las cosas. Muchas de las nuevas exigencias ambientales que se van imponiendo a lo largo del tiempo no pueden ser exigidas de manera inmediata por la autoridad porque requieren de modificaciones en los procesos industriales, lo cual toma tiempo y requiere de inversión. Aplicar la gradualidad a nivel legal otorga el tiempo necesario y razonable para que la industria se adecue a las nuevas reglas de juego. Exigir algo de un día para otro iría incluso contra la propia racionalidad de la norma: no se puede exigir un imposible. Por esto es que existen los periodos de adecuación y ahí se entiende la gradualidad que otorgan instrumentos como los programas de adecuación y manejo ambiental (PAMA).

¿Qué papel debe desempeñar el CONAM dentro de este proceso por promover el ambiente sostenible y la Responsabilidad Social Empresarial?

El CONAM, creado en 1994, es la autoridad ambiental nacional, es el órgano rector y controlador de la política ambiental. La Ley General del Ambiente ha otorgado facultades de fiscalización cuando haya vacíos en aspectos no fiscalizados por las

autoridades ambientales sectoriales; sin embargo, aún no está muy claro en qué aspectos va a poder fiscalizar.

El primer reto del CONAM es, como ente rector de la política ambiental, lograr que haya una verdadera política ambiental del Estado y efectiva coordinación entre las autoridades. Hoy en día, esta realidad sí significa un freno claro para la inversión privada.

El CONAM tiene que coordinar con las autoridades para fortalecer la gestión ambiental: el Ministerio de Energía y Minas piensa distinto que el Ministerio de Salud; el Ministerio de Salud piensa distinto que el Ministerio de Agricultura, quien a su vez piensa distinto que el Ministerio de la Producción. Esto nos lleva a concluir que lo que tenemos son políticas sectoriales y no una política del Estado, pero no debemos olvidar que hay un interés nacional sobre cada uno de los intereses sectoriales. Estos sectores (conformados por autoridades, personas naturales, personas jurídicas y comunidades) tienen que ceder frente al interés nacional y el bien común; el CONAM tiene que poner sus energías en esto.

¿Cree usted que la Ley podría influir de alguna forma en el TLC que se está negociando con los Estados Unidos?

Pienso que influirá para bien. Lo que se establecería en el TLC (y que está ya expresado en el texto de los anteriores Tratados de Libre Comercio firmados por Estados Unidos con Chile y Centroamérica) es que el Perú se compromete a asegurar el cabal cumplimiento de su legislación ambiental; además de mejorar las leyes, las políticas y la capacidad de gestión del Estado; esto es de interés de los Estados Unidos. Por ello, en teoría, se podría decir que la Ley General del Ambiente puede influir para bien en las negociaciones del TLC ya que está mostrando a la otra parte (Estados Unidos) que hay una intención de exigir el cumplimiento de las normas legales ambientales en el Perú y de mejorar la gestión ambiental del Estado; elementos sumamente relevantes para ese país en su política comercial internacional. Tanto así, que el texto del TLC será materia de un procedimiento de evaluación ambiental por los Estados Unidos, como lo ha sido hace poco el TLC suscrito con Centroamérica.