

Análisis de las medidas (en materia ambiental) para reactivar la economía

A continuación expresamos nuestra opinión legal sobre las medidas que en materia ambiental han sido recientemente propuestas por el Ejecutivo. Creemos que algunas de las medidas pueden ser mejoradas; sin embargo, ninguna de ellas es inconstitucional.

Algunas medidas propuestas le exigirían al Ministerio del Ambiente que cuente con la participación de los demás ministerios para decidir sobre algunas materias que en los últimos años han demostrado ser motivo de conflictos o desacuerdos entre las propias entidades públicas. No creemos que estas medidas, por sí mismas, impacten negativamente en las facultades que le fueron otorgadas al Ministerio del Ambiente por su ley de creación.

1. Respetto de los ingresos por concepto de multas administrativas y de que ya no sean fuente de financiamiento como recursos directamente recaudados, sino recursos del Tesoro Público (arts. 12 al 15 del proyecto de ley)

Opinamos que esta propuesta podría ser mejorada.

(i) Actualmente el OEFA tiene como fuente de financiamiento los “recursos directamente recaudados” por los cobros de las multas que impone, tal como lo estableció el literal c) del artículo 27 de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. La finalidad del proyecto de ley es que los cobros de las multas no sean fuente directa de financiamiento del OEFA, sino recursos del Tesoro Público. Para ello, en lo que concierne a este año, se permitiría la modificación del presupuesto de OEFA a fin de reemplazar la partida correspondiente.

(ii) Sin embargo, de aprobarse esta medida, consideramos que parte del dinero que iría al Tesoro Público debería ser destinada a un fondo cuya finalidad sea la rehabilitación de zonas del país ambientalmente degradadas y respecto de las cuales no se encuentre un responsable, o determinado el responsable, este no tenga la capacidad económica para hacerlo. De esta manera las multas servirían también para que la sociedad enfrente aquellas externalidades cuyo costo ya no va a poder ser asumido por quienes las generaron.

2. Respetto del mandato que se le impondría a OEFA para que priorice las acciones orientadas a la prevención y corrección de las conductas infractoras (art. 19 del proyecto de Ley)

Opinamos que esta propuesta es conveniente.

(i) El Principio de prevención que informa nuestro sistema jurídico, imprime un carácter fundamental al derecho ambiental peruano. La priorización de las acciones preventivas es indispensable porque muchos daños ambientales son irreparables y la sola imposición de una multa no mejora la calidad del ambiente. El proyecto de ley propone que si OEFA detecta, en los próximos tres años, alguna infracción debe primero ordenar medidas correctivas para revertir la conducta infractora.

(ii) Hay que tener en cuenta que si de proteger el ambiente se trata, las medidas correctivas (previstas ya en el artículo 38 del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo 012-2012-OEFA/CD) son más efectivas que las multas. Aquellas se dirigen a la modificación

inmediata de la conducta infractora por medio de órdenes de paralización, suspensión temporal e incluso decomiso de bienes, entre otros. Además entre estas medidas también se encuentran las de reposición de la situación alterada y por ello incluye los mandatos de adecuación, restauración y compensación ambiental (acápito III.3 del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo 010-2013-OEFA/CD).

(iii) A diferencia de las multas, las medidas correctivas ordenadas no se suspenden inmediatamente con la sola impugnación a nivel administrativo. Estas constituyen por sí mismas, en la mayoría de casos, un desincentivo mayor que aquel que genera una multa.

3. Respeto del límite de 35% para las multas impuestas por OEFA durante tres años (art. 19 del proyecto de Ley)

Opinamos que esta medida no es necesaria porque el proyecto de ley ya le impone a OEFA un mandato para que priorice las acciones preventivas y correctivas.

(i) Hoy lo importante no es la reducción de los montos de las multas, sino la mejora en la fiscalización ambiental, así como la existencia de medidas de fomento de la producción limpia y de prevención de la contaminación. Por lo tanto, si el proyecto de ley ya le impone un mandato para que priorice las acciones preventivas y si OEFA va a actuar respetando los principios de la potestad sancionadora administrativa (art. 230 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General), no hace falta disponer temporalmente la reducción de los montos de las multas.

(ii) Según el literal b), del artículo 136.2 de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (modificado por la Ley N° 30011), el valor máximo que se puede establecer como multa ambiental es de 30,000 UIT. Según las escalas vigentes aprobadas por el OEFA, hay infracciones que podrían ser sancionadas con multas de hasta 25,000 UIT cuando se tratan de excesos de LMP que generen daño a la vida o a la salud humana y sin contar con título habilitante (literal d. del artículo 5.1 de la Resolución de Consejo Directivo 045-2013-OEFA/CD). Sin embargo, hasta el momento el OEFA no ha impuesto ninguna multa tope.

(iii) Según el proyecto de ley, el tope de 35% no regiría para los casos de infracciones muy graves, aquellas que generen daño (el proyecto lo llama “daño real” utilizando un término poco feliz acuñado por el OEFA) y muy grave a la vida y salud; además de otros supuestos que el proyecto de ley ha establecido (actividades desarrolladas en zonas prohibidas, así como aquellas que no cuenten con el instrumento de gestión ambiental o la autorización de inicio correspondiente, además del supuesto del administrado que es reincidente).

4. Respeto de la modificación al artículo 7 de la Ley N° 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas para que las Zonas Reservadas sean establecidas por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros (art. 20 del proyecto de ley).

Opinamos que esta propuesta es conveniente, aunque por razones coyunturales podría ser inoportuna.

(i) La creación de un Área Natural Protegida es una decisión de política de Estado que afecta parte del territorio peruano, declarándolo como patrimonio de la Nación para fines prioritarios de conservación (este término incluya el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales).

(ii) La condición natural de un Área Natural Protegida debe ser mantenida a perpetuidad (art. 3, Ley N° 26834). Además, una vez establecida, su reducción física o su modificación de categorización sólo puede ser aprobada por ley del Congreso de la República (art. 3, Ley N° 26834).

(iii) Si bien la Zona Reservada no es aún un Área Natural Protegida con una extensión y categoría definitiva, sí es parte del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SINANPE), por lo que es recomendable que su establecimiento sea una decisión compartida por todos los sectores.

(iv) La falta de coordinación que en esta materia ha existido por varios años al interior del Estado y ha causado múltiples conflictos, exige que haya consenso y coordinación entre los distintos sectores. Por lo tanto, creemos que esta propuesta de modificación legislativa que exige Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros es conveniente.

5. Respecto de las opiniones para la evaluación del EIA (art. 21 del proyecto de ley).

Opinamos que esta propuesta es conveniente por las siguientes razones:

(i) El que la entidad encargada de la aprobación del EIA deba elaborar un “informe consolidado” con, únicamente, “las opiniones emitidas por las entidades en el marco de sus competencias” y remitirlo al administrado, va a ordenar parte del procedimiento de evaluación técnica de los EIA.

(ii) La exigencia del “informe consolidado” mejorará la labor de las entidades encargadas de la aprobación de los EIA. Hasta el momento las entidades encargadas de la aprobación de los EIA vienen renunciando parcialmente a su función de autoridad ambiental competente, haciendo de intermediarios entre las entidades que emiten opinión y los administrados.

Sin embargo, opinamos que la propuesta puede ser mejorada por las siguientes razones:

(iii) En materia ambiental la seguridad jurídica depende, entre otros aspectos, del sustento científico y técnico, así como de la corrección en la evaluación previa que realiza el Estado. No sólo la argumentación legal, sino también la evaluación técnica sostienen la motivación exigida como requisito de validez de los actos administrativos (art. 3.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444). Es decir una mala o incompleta evaluación de un EIA puede tener como consecuencia la declaración de nulidad de la opinión emitida.

(iv) Exigir que los funcionarios emitan en 30 días hábiles y “bajo responsabilidad” todas las opiniones vinculantes referidas a los EIA (dándole más importancia al plazo que a la calidad de la evaluación) podría generar vicios insalvables en aquellos EIA que por su complejidad requieren de un mayor tiempo de evaluación. Tales vicios redundarían en la nulidad del acto administrativo (la Certificación Ambiental) y perjudicar así el proceso de evaluación del EIA que se pretende, con esta modificación, mejorar. Si se pretende exigir a los funcionarios públicos que cumplan con plazos perentorios bajo responsabilidad, deben contar con los recursos suficientes para ello. En este momento no parecen contar con ellos.

(v) Por lo tanto, si no se quiere poner en riesgo la validez de algunas certificaciones ambientales al imponer una obligación de evaluación en un plazo que en algunos casos no se puede cumplir, se debería aprobar también un mecanismo de exoneración para aquellos casos cuya complejidad así lo ameriten.

6. Respeto de la política nacional de Ordenamiento Territorial (art. 22 del proyecto de ley)

Opinamos que esta propuesta es conveniente.

(i) Que el proyecto de ley disponga que la Política Nacional de Ordenamiento Territorial sea aprobada mediante Decreto Supremo, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, contribuirá a buscar consensos en esta materia. De hecho, la legislación vigente ya prevé que la ZEE del país se aprueba a propuesta de la Presidencia del Consejo de Ministros en coordinación intersectorial (art. 11 de la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales). El sentido de estas disposiciones responde al hecho que el Ordenamiento Territorial y la ZEE tienen carácter transectorial.

(ii) El que el proyecto de ley mencione que ni el Ordenamiento Territorial ni la ZEE asignan usos ni exclusiones de uso, responde a la legislación vigente. Para mayor detalle en cuanto a los objetivos de estos procesos, se pueden consultar los “Lineamientos de Política para el Ordenamiento Territorial” aprobados por Resolución Ministerial N° 026-2010-MINAM del propio Ministerio del Ambiente.

7. Respeto de los estándares de calidad ambiental -ECA- y de los límites máximos permisibles -LMP- (art. 23 del proyecto de ley).

Opinamos que esta propuesta es conveniente.

(i) Actualmente los ECA y LMP son aprobados mediante Decreto Supremo del Ministerio del Ambiente, con la opinión del sector correspondiente (artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1013). Lo que propone el proyecto de ley es que no sólo se requiera la opinión de los ministerios, sino una conformidad efectiva de éstos refrendando el Decreto Supremo de aprobación. Al tratarse de una propuesta que obliga a la coordinación y aprobación de los sectores, esta es favorable para lograr la eficacia debida en el cumplimiento de los LMP y en alcanzar el nivel deseado de los ECA.

(ii) La propuesta no constituye un mecanismo ajeno a nuestra experiencia en esta materia pues el procedimiento antes vigente ya preveía la aprobación mediante Decreto Supremo de la Presidencia del Consejo de Ministros (inciso 4 del artículo 1 del Decreto Supremo 33-2007-PCM, derogado tácitamente por el Decreto Legislativo N° 1013), refrendado por los sectores involucrados (artículo 12 del derogado Decreto Supremo 44-98-PCM). Es decir, el proyecto de ley pretende rescatar la indispensable participación de los sectores involucrados para lograr un consenso que redunde en la eficacia de tales disposiciones.

(iii) Los LMP son uno de los tantos instrumentos de gestión ambiental utilizados por el Estado para tutelar nuestro derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de nuestra vida (numeral 22 del artículo 2 de la Constitución). Un derecho que en el caso peruano no considera la protección de la naturaleza como fin en sí mismo, sino a la luz de la protección de la calidad de vida de las personas. Precisamente

el término “equilibrio” en la Constitución alude al desarrollo sostenible, que busca un balance entre la protección al ambiente y el desarrollo de la sociedad, aquello que es considerado como adecuado para la calidad de vida de las personas.

(iv) Incorporar criterios de impacto regulatorio y económico para la determinación de nuevos o más exigentes LMP no es un desatino. Estos criterios al igual que los de protección ambiental son elementos propios de la naturaleza jurídica de los LMP, los cuales determinan umbrales de riesgo tolerable para no poner en peligro el equilibrio debido entre el hombre y su entorno.

8. Respeto de la integración de los procedimientos de otorgamiento de la autorización de desbosque y de la autorización de vertimiento con los instrumentos del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (art 24 del proyecto de ley).

Opinamos que esta propuesta es muy conveniente.

(i) Se trata de una disposición que no sólo beneficia a los administrados sino también al Estado. Es una medida de simplificación administrativa que no pone en riesgo la rigurosidad científica con que las solicitudes de estas autorizaciones y de aprobación de los EIA deben ser evaluadas.

(ii) La evaluación de los EIA ya incluye parte de la información técnica que la Dirección General Forestal y de Fauna Silvestre del Ministerio de Agricultura y la Autoridad Nacional del Agua (con la opinión de DIGESA) requieren actualmente para otorgar la autorización de desbosque y la autorización de vertimiento, respectivamente.

(iv) La Autoridad Nacional del Agua ya emite una opinión técnica vinculante en la materia de su competencia durante la evaluación de los EIA. Es decir, ya ha evaluado el modo como los aspectos relacionados a los recursos hídricos son tratados en los EIA.

9. Respeto de la modificación al artículo 25 de la Ley N° 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y Edificaciones, la cual exceptuaría de la aprobación de EIA a las edificaciones de vivienda, comercio y oficinas en áreas urbanas (art. 59 del proyecto de ley).

Opinamos que esta propuesta es conveniente, aunque convendría precizarla.

(i) Las disposiciones relativas a la habilitación urbana y a las edificaciones, entre ellas el Decreto Supremo N° 004-2011-VIVIENDA que aprobó el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano, ya contemplan las consideraciones relevantes en cuanto a los impactos ambientales urbanos que pudiera generar la construcción de edificios de vivienda, comercio y oficinas. Es decir, en muchos casos de edificaciones la obligación de elaborar y presentar un EIA aparte genera la obligación de seguir un procedimiento administrativo innecesario.

(ii) Sin embargo, somos de la opinión de que esta exoneración debe estar sujeta a excepciones para los casos de edificaciones que por su magnitud sí debieran requerir de un EIA. De esta manera se respetaría los principios que rigen al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (Ley N° 27446, modificada por Decreto Legislativo N° 1078 y reglamentada por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM).

Lima, 23 de junio de 2014

Lorenzo de la Puente
Luzmila Zegarra