

¿Buscando Revertir la Desaceleración de la Economía a Través de la Reducción de los Estándares Regulatorios?: Un Análisis de los Aspectos Ambientales del Paquete de Reactivación Económica*

Xennia Forno Castro Pozo**
Miguel Ángel Soto Palacios***

Resumen:

La economía mundial viene atravesando una fase de transición donde la inversión en proyectos de industrias extractivas se ha desacelerado drásticamente, lo cual conlleva a que muchos gobiernos compitan por generar incentivos regulatorios que vuelvan más atractivas sus jurisdicciones. En ese contexto, el Ministerio de Economía y Finanzas creó un Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión, cuyo propósito es identificar todos aquellos problemas y trabas que afectan la ejecución de las inversiones, a fin de proponer la adecuación de los marcos normativos. Es así que, a propuesta del referido equipo, recientemente fue aprobada por el Congreso la Ley No. 30230, conocida como el Paquete de Reactivación Económica, que contempla una serie de medidas vinculadas con la regulación ambiental y la inversión privada.

Partiendo del análisis de las referidas medidas, los autores proponen que la Ley no busca reducir los estándares o exigencias ambientales, sino más bien alcanzar aquella seguridad jurídica que permita otorgar certeza y predictibilidad a los inversionistas respecto del marco regulatorio.

Palabras clave:

Inversión privada – Minería – Desarrollo Sostenible – Supervisión ambiental – Fiscalización ambiental – Actividades extractivas – Áreas Naturales Protegidas – Estándares de Calidad Ambiental – Ordenamiento Territorial – Zonificación ecológica económica

Abstract:

Global economy is going through a transition where investments in extractive industry projects have drastically slowed down, which results in a competition among governments for establishing regulatory incentives to make their jurisdictions more attractive. In this context, the Ministry of Economy and Finance has created a Specialized Team to Track Investment Execution, which is intended to identify all the issues and obstacles that hinder the execution of investments so as to adjust their regulatory frameworks. As a result, the aforementioned Team submitted a bill that the Congress has recently approved, Law N°

* Los autores agradecen el valioso apoyo de Carmen Rubiños Soto, asociada del Área de Recursos Naturales de Rubio Leguía Normand, en la elaboración del presente artículo.

** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socia del Área de Recursos Naturales de Rubio Leguía Normand.

*** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales por la misma casa de estudios. Asociado del Área de Recursos Naturales de Rubio Leguía Normand. Ex asociado de la Asociación Civil Derecho & Sociedad.

30230, known as Economic Recovery Package, which provides for a set of measures related to the private investment and environmental regulations

Based on the analysis of the aforementioned measures, the authors propose that this Law does not intend to reduce the environmental standards or requirements but to provide such legal security that gives investors certainty and predictability as to the regulatory framework.

Keywords:

Private investment – Mining – Sustainable Development – Environmental supervision – Environmental oversight – Extractive activities – Protected Natural Areas – Environmental quality standards – Land use planning – Economic-ecological zoning

Sumario:

1. Introducción – 2. Prevención y corrección de conductas infractoras – 3. Áreas Naturales Protegidas: Zonas Reservadas – 4. Opiniones como parte del procedimiento de evaluación ambiental – 5. Ordenamiento Territorial y Zonificación Ecológica Económica – 6. Estándares de Calidad Ambiental y Límites Máximos Permisibles – 7. A modo de conclusión

1. Introducción

Es evidente que nuestra economía viene desacelerándose en los últimos años, como producto de una menor demanda de materias primas del otrora gran consumidor China, debido a la reducción de su tasa de crecimiento, lo que a su vez ha ocasionado una drástica caída de los precios de los metales. A su vez, los costos de producción de materias primas claves tales como cobre, aluminio y níquel están alcanzando máximos insostenibles que, en algunos proyectos, han superado los precios del London Metal Exchange.

Por otro lado, el déficit de infraestructura así como la escasez de fuentes de energía y agua en muchas regiones mineras está elevando los costos y generando retrasos en la implementación de proyectos. A ello hay que sumarle el hecho que, en muchas jurisdicciones, las regulaciones vienen tornándose más exigentes (tributarias, laborales, ambientales) y, mientras que algunos gobiernos adoptan políticas de nacionalización de los recursos naturales, otros ejercen su soberanía sobre ellos a través de nuevas cargas (*taxes and royalties*); sin tomar en cuenta las enormes cargas burocráticas que deben seguir los inversionistas para la obtención de licencias y permisos.

En lo que respecta a competitividad del sector, según la Encuesta Minera 2013 del Instituto Fraser que involucró a 112 países, si bien el Perú ocupa el puesto 19° en cuanto a potencial minero, en lo referido a incertidumbre sobre la regulación ambiental ocupa el puesto 55° y con relación a duplicidades e inconsistencias regulatorias ocupa el puesto 59°, lo cual representa un descenso con relación a la encuesta anterior y evidencia una creciente preocupación de los inversionistas por el contexto regulatorio y político de nuestro país.

Es evidente que el potencial minero de nuestro país es bastante prometedor dado que en la actualidad sólo el 1.05% del territorio nacional se encuentra ocupado por actividades mineras, ya sea por unidades en producción o proyectos de exploración y, según estimaciones recientes, únicamente se ha extraído el 12% de los recursos minerales determinados, por lo que con tecnología adecuada se podría triplicar la actual producción, especialmente en metales básicos.

Sin embargo, ¿Basta con tener un potencial geológico prometedor para poder seguir creciendo al mismo ritmo? Las decisiones de inversión corporativa están siendo afectadas por las razones antes indicadas, lo cual pone en riesgo la ya sincerada proyección de crecimiento de 5.2% para el segundo semestre del presente año y que para el próximo se ha considerado optimistamente en 6% por parte del Ministerio de Economía y Finanzas.

En ese contexto, en mayo de 2013 el Ministerio de Economía y Finanzas creó un Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión, cuyo propósito es, entre otros, identificar todos aquellos problemas y trabas que afectan la ejecución de las inversiones, a fin de proponer la adecuación de los marcos normativos y medidas para el fortalecimiento de las capacidades institucionales que afecten la oportuna y eficiente ejecución de los proyectos de inversión.

Es así que, a propuesta del referido equipo, se aprobaron los Decreto Supremo No. 054-2013-PCM y No. 060-2013-PCM, que establecieron una serie de medidas que incluyen la reducción de los plazos para la expedición de certificaciones, autorizaciones y procedimientos.

Posteriormente, y complementando las normas señaladas precedentemente, el Congreso aprobó el

denominado Paquete de Reactivación Económica, Ley No. 30230 («Ley»), Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país; que contempla una serie de reformas regulatorias cuyo objeto es destrabar algunos de los obstáculos que retrasan la puesta en marcha de proyectos, a través de la generación de mayor predictibilidad en las actuaciones administrativas.

Tomando en consideración lo anterior, en el presente artículo analizaremos aquellas medidas ambientales que han sido previstas en la Ley, las cuales han resultado mediáticamente controversiales por ser consideradas como un retroceso de los estándares regulatorios.

2. Prevención y corrección de conductas infractoras

En materia de fiscalización ambiental, el artículo 19° de la Ley dispone otorgar un plazo de 3 años durante los cuales el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental («OEFA») privilegie acciones orientadas a la prevención y corrección de las conductas infractoras, razón por la cual: (i) un procedimiento sancionador podrá concluir si se cumple con las medidas dispuestas para corregir la conducta infractora, y; (ii) en caso no se cumplan con dichas medidas, se impondrá una multa que será superior al 50% del monto que correspondería ordinariamente.

¿Se renuncia a la potestad sancionadora? Es preciso recalcar que la referida disposición no aplica en los siguientes supuestos: (i) infracciones muy graves que generen un daño real a la vida y la salud de las personas; (ii) actividades que no cuenten con certificación ambiental o autorización de inicio de operaciones, y; (iii) reincidentes, entendiéndose por tales a quienes cometan la misma infracción dentro de un período de 6 meses desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.

En ese sentido, lo que trata de hacerse es privilegiarse la corrección de conductas infractoras, evitando la errada percepción de que el único fin de la supervisión ambiental es el punitivo.

La imposición de sanciones tiene por objeto generar incentivos negativos a fin de que se cumplan con las obligaciones establecidas y desincentivar la afectación de aquellos bienes jurídicos que la sociedad –a través de la regulación– pretende proteger, de ahí que –en términos económicos– se prevea que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

Lo anterior guarda relación con los fines de la pena, que por un lado tiene por objeto castigar al infractor para prevenir una nueva acción similar en el futuro (prevención especial), y por el otro alertar a los demás sujetos sobre los efectos que tendría el incurrir en una conducta sancionable (prevención general).

Sin embargo, resulta pertinente señalar que conforme a lo previsto en el artículo 11° de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental No. 29325, la función supervisora tiene como objetivo, en adición a garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la regulación ambiental, promover la subsanación de los presuntos incumplimientos de las obligaciones ambientales siempre que la acción u omisión no haya generado riesgo, daños al ambiente o a la salud; pudiendo el OEFA disponer el archivo de la investigación correspondiente.

En concordancia con lo anterior, la referida ley prevé como instrumento de fiscalización a las medidas correctivas, que son aquellas que podrán ordenarse para revertir, o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas. En ese sentido, dichas medidas van más allá de los fines puramente punitivos de la sanción, pues en líneas generales lo que se busca es la reposición de la situación alterada.

Como ha sido precisado en la Resolución de Consejo Directivo del OEFA No. 010-2013-OEFA, las medidas correctivas pueden ser las siguientes: (i) de adecuación, cuyo objeto es que el administrado adapte sus actividades a estándares determinados, para así asegurar la mitigación de posibles efectos perjudiciales en el ambiente o la salud de las personas; (ii) de paralización, que pretenden paralizar o neutralizar la actividad que genera daño ambiental; (iii) de restauración, para rehabilitar o reparar la situación alterada, y; (iv) de compensación ambiental, cuyo fin es sustituir el bien ambiental afectado que no puede ser restaurado.

Siguiendo la finalidad correctiva, el Reglamento de Supervisión Directa del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA/CD, prevé la posibilidad de que se descarte la tramitación de un procedimiento sancionador cuando el administrado subsana oportunamente incumplimientos de menor trascendencia.

Siendo así, mediante Resolución de Consejo Directivo del OEFA No. 046-2013-OEFA-CD se aprobó el Reglamento para la Subsanación Voluntaria de Incumplimientos de Menor Trascendencia, cuyo artículo 2° define a dichos

hallazgos como aquellos hechos relacionados al presunto incumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables que por su naturaleza no generen daño potencial o real al ambiente o a la salud de las personas, puedan ser subsanados y no afecten la eficacia de la función de supervisión directa ejercida por el OEFA.

Con la finalidad de garantizar la vigencia del principio de predictibilidad que rige la actuación administrativa, las conductas que califican como hallazgos de menor trascendencia se detallan en una lista que como Anexo forma parte del mencionado Reglamento. Sin embargo, y partiendo de la premisa que la norma no puede prever todos aquellos supuestos en que resultaría aplicable, la referida lista es enunciativa y el OEFA puede calificar como hallazgo de menor trascendencia una conducta que no se encuentre prevista expresamente en la misma, siempre que cumpla con los criterios establecidos en el artículo 2° del citado Reglamento.

Como consecuencia de lo anterior, resulta evidente que incluso antes de la dación de la Ley, una finalidad dentro del nuevo enfoque de la fiscalización ambiental es promover la corrección, oportuna y sólo en determinados casos (no generación de daño y no ser reincidente), de ciertas conductas que podrían eventualmente calificar como una infracción.

¿Por qué incentivar el cumplimiento y la corrección? Desde la creación del OEFA, este organismo ha llevado a cabo un aproximado de 5,517 supervisiones en los sectores minería energía, pesca e industria, de las cuales se ha impuesto 941 multas, que corresponde a un 1.7% del total supervisado; es decir, de cada 100 supervisiones menos de 2 terminan en un proceso administrativo sancionador que finaliza en una multa¹.

Como podrá advertirse, resulta evidente que el sector privado formal –que es sobre quien recae la mayor presión supervisora– cumple en su gran mayoría con la regulación y compromisos ambientales asumidos, a diferencia de los sectores informales y de los propios organismos públicos; razón por la que otorgar el incentivo de concluir un procedimiento sancionador cuando se haya corregido la infracción, no resulta desproporcional, tomando en cuenta que la Ley expresamente ha contemplado 3 supuestos en los cuales dichos incentivos no resultarían aplicables.

3. Áreas Naturales Protegidas: Zonas Reservadas

En este ámbito, la propuesta es que la declaración de Zonas Reservadas se efectúe mediante Decreto

Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, dejando de ser establecidas por la sola decisión del Ministerio del Ambiente a través de una Resolución Ministerial.

Cabe indicar que las Zonas Reservadas no son Áreas Naturales Protegidas («ANP»), sino áreas que requieren de estudios para determinar, en un determinado plazo, si son categorizadas como tales. Sin embargo, como no podrá negar ningún ambientalista, existe en la regulación vigente una contradicción, pues aun cuando no son ANP, quedan sujetas a todas las disposiciones que regulan dichas áreas. Ello en la práctica ha determinado que se apliquen a las Zonas Reservadas las mismas restricciones que a una ANP, sumado al hecho que en muchos casos el plazo «transitorio» para llevar a cabo los estudios, parece tener vocación de permanencia.

3.1 Áreas Naturales Protegidas

De acuerdo con la regulación vigente, las ANP son los espacios continentales y/o marinos del territorio nacional, expresamente reconocidos y declarados como tales, incluyendo sus categorías y zonificaciones, para conservar muestras representativas de la diversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico, así como por su contribución al desarrollo sostenible del país.

La creación de un ANP del Sistema Nacional y de las Áreas de Conservación Regional se realiza mediante Decreto Supremo, aprobado en Consejo de Ministros, refrendado por el Ministro del Ambiente.

De acuerdo a la naturaleza y objetivos de cada ANP, se asignará una categoría que determine su condición legal, finalidad y usos permitidos. Las ANP contemplan una gradualidad de opciones que incluyen:

- a) Áreas de uso indirecto
Son aquellas que permiten la investigación científica no manipulativa, la recreación y el turismo, en zonas apropiadamente designadas y manejadas para ello. En estas áreas no se permite la extracción de recursos naturales, así como modificaciones y transformaciones del ambiente natural. Son áreas de uso indirecto los Parques Nacionales, Santuarios Nacionales y los Santuarios Históricos.
- b) Áreas de uso directo
Son aquellas que permiten el aprovechamiento o extracción de recursos, prioritariamente por las poblaciones locales, en aquellas zonas y

1 Diario Gestión. Entrevista al Presidente del Consejo Directivo del OEFA. Publicado el 26 de agosto de 2014.

lugares y para aquellos recursos definidos por el plan de manejo del área. Otros usos y actividades que se desarrollen deberán ser compatibles con los objetivos del área. Son áreas de uso directo las Reservas Nacionales, Reservas Paisajísticas, Refugios de Vida Silvestre, Reservas Comunales, Bosques de Protección, Cotos de Caza y Áreas de Conservación Regionales.

En ese sentido, el desarrollo de actividades extractivas quedan impedidas en las ANP de uso indirecto, mientras que en las de uso directo, el otorgamiento de derechos para el aprovechamiento de recursos naturales queda supeditado a la emisión de una Opinión Técnica Previa Vinculante favorable por parte del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas («SERNANP»), organismo técnico especializado adscrito al Ministerio del Ambiente.

3.2 Zonas de Amortiguamiento y Zonas Reservadas: ¿Áreas Naturales Protegidas?

Las ANP poseen espacios adyacentes que, por su naturaleza y ubicación, requieren un tratamiento especial que garantice su conservación, a los que se denomina Zonas de Amortiguamiento. Las actividades realizadas en dichas zonas no deben poner en riesgo el cumplimiento de los fines del ANP.

Por otro lado, la regulación sobre ANP prevé un estado transitorio denominado Zonas Reservadas, que son aquellas áreas que reuniendo las condiciones para ser consideradas como ANP, requieren de la realización de estudios complementarios para determinar, entre otras, la extensión y categoría que les corresponderá como tales.

Al respecto, si bien las Zonas de Amortiguamiento y las Zonas Reservadas no constituyen un ANP; sin embargo, (i) en el caso de las primeras, las actividades que pretendan realizarse en ella deben ser compatibles con los fines de creación del ANP y acorde con el Plan Maestro aprobado; y (ii) respecto de las segundas, se precisa que forman parte del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, y por lo tanto quedan sujetas a las disposiciones que corresponden a las ANP de acuerdo con la regulación vigente².

En ese sentido, el otorgamiento de derechos y la autorización para el desarrollo de actividades en Zonas de Amortiguamiento y Zonas Reservadas requiere la anuencia del SERNANP a través de la correspondiente Opinión Técnica Previa Vinculante, aún cuando no sean ANP.

Ahora bien, en atención a lo previsto en el artículo 59° del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, los dispositivos legales para el establecimiento de una Zona Reservada deben contener cuando menos lo siguiente:

- Expediente técnico justificatorio, incluyendo mapa y memoria descriptiva.
- Objetivos y usos permitidos compatibles con su finalidad.
- La conformación de una comisión para definir la(s) categoría(s) y extensión definitiva, que incluirá la participación de las poblaciones locales, Gobiernos Regionales y Municipales.
- El plazo máximo que se concede a la comisión para proponer la categoría definitiva, extensión y límites del ANP, o si es que la misma no debe ser incluida en el SINANPE.
- Evaluación de la presencia en la zona, de comunidades campesinas o nativas así como de indicios razonables de la existencia grupos humanos en aislamiento voluntario de contacto inicial o esporádico.

Es preciso señalar que en aplicación del principio precautorio y de acuerdo a su naturaleza, en el caso de Zonas Reservadas se puede determinar que no sea posible realizar actividades relacionadas a explotación de recursos naturales no renovables hasta su categorización final; motivo por el cual, como lo veremos más adelante, la idoneidad de su delimitación y el plazo para la realización de los estudios son determinantes a efectos de que un fin de conservación válido no termine resultando atentatorio contra la seguridad jurídica, la predictibilidad de las actuaciones administrativas y la promoción de las inversiones.

3.3 ¿Compatibilización en Zonas Reservadas?

De conformidad con el artículo 116³ del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas,

2 Artículo 59 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas.- Zonas Reservadas

59.1 El Ministerio de Agricultura (entiéndase Ministerio del Ambiente) podrá establecer de forma transitoria, Zonas Reservadas, en aquellas áreas que reuniendo las condiciones para ser consideradas como Áreas Naturales Protegidas, requieren de la realización de estudios complementarios para determinar, entre otras, la extensión y categoría que les corresponderá como tales.

3 El artículo 116° fue modificado mediante Decreto Supremo No. 003-2011-EM; sin embargo, en cuanto a actividad minera, las obligaciones son las mismas. El texto anterior era el siguiente:

Artículo 116.- Procedimientos para operaciones de hidrocarburos o de minería

En caso de las actividades de hidrocarburos o de minería que se superpongan en todo o en parte con un Área Natural Protegida o su Zona de Amortiguamiento, se observa el siguiente procedimiento:

(...)

c) Para el caso de tramitación de petitorios mineros ubicados en estas zonas, la concesión respectiva sólo puede otorgarse previo informe técnico favorable del INRENA;

existen dos oportunidades en donde el SERNANP podrá emitir su pronunciamiento respecto a la viabilidad del desarrollo de actividades en una ANP y/o su Zona de Amortiguamiento así como en una Zona Reservada, que son:

a) Emisión de la Compatibilidad

La emisión de Compatibilidad es aquella Opinión Técnica Previa Vinculante que consiste en una evaluación a través de la cual se analiza la posibilidad de concurrencia de una propuesta de actividad, con respecto a la conservación del ANP en función a la categoría, zonificación, Plan Maestro y objetivos de creación del área en cuestión.

La compatibilidad que verse sobre la Zona de Amortiguamiento de un ANP será emitida en función a ella, y en el caso de las Zonas Reservadas en función a los objetivos de su creación o establecimiento y de la Zonificación Provisional, de contar con ella.

Las entidades competentes para otorgar autorizaciones, permisos y concesiones, solicitarán al SERNANP la emisión de Compatibilidad previamente al otorgamiento de derechos orientados al aprovechamiento de recursos naturales en las ANP y/o sus Zonas de Amortiguamiento.

b) Opinión Técnica Previa Favorable

La Opinión Técnica Previa Favorable es aquella Opinión Técnica Previa Vinculante que consiste en una evaluación del contenido del instrumento de gestión ambiental correspondiente a una actividad a realizarse al interior de un ANP y/o de su Zona de Amortiguamiento así como en una Zona Reservada, a fin de pronunciarse sobre su viabilidad ambiental, en virtud a los aspectos técnicos y legales correspondientes a la gestión del ANP.

En consecuencia, el Instrumento de Gestión Ambiental exigido por la legislación respectiva, sólo podrá ser aprobado por la autoridad competente si cuenta con la Opinión Técnica Previa Favorable del SERNANP.

Como lo indicáramos precedentemente, las Zonas Reservadas no constituyen ANP; por lo que sería incongruente concluir que las limitaciones

establecidas a dichas áreas se extienden además a las Zonas Reservadas.

Por ello, a diferencia de las ANP, las Zonas Reservadas son áreas transitorias y en evaluación, lo cual no permite una eficiente compatibilización del eventual desarrollo de una actividad, por lo que establecer restricciones carentes de motivación técnica determinaría que dichas zonas no tengan diferencia alguna con un ANP.

Así, al no estar una Zona Reservada categorizada como de uso directo o indirecto, el proceso de compatibilización debería ser más riguroso. Teniendo en cuenta que la compatibilización es casuística, SERNANP deberá considerar los impactos potenciales de la actividad proyectada a nivel de factibilidad, motivo por el cual la oportunidad constituye un factor determinante a fin de no extender las consecuencias previstas para las ANP a las Zonas Reservadas.

Cabe recalcar que lo que queremos hacer notar es que, aún cuando consideremos la importancia del establecimiento de Zonas Reservadas, éstas no pueden tener un mismo reconocimiento que la zona núcleo de un ANP. Así, resulta erróneo proponer restricciones *«per se»* al desarrollo de actividades en dichas zonas, ya que ello implicaría una desnaturalización del régimen de protección del patrimonio natural.

La motivación es un requisito de toda actuación administrativa, más aún cuando de por medio está la aplicación del principio precautorio, toda vez que la eventual restricción a una actividad en una Zona Reservada se basaría en la falta de certeza respecto de si dicha área constituye una muestra representativa de la diversidad biológica o valores asociados, que merezca protección.

Al respecto, el presupuesto esencial para la aplicación del principio precautorio es precisamente la falta de certeza científica – aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo–, siendo exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables⁴.

Es pertinente señalar que no resulta factible alegar la falta de certeza respecto a las implicancias de las actividades propuestas en una Zona Reservada

d) La autoridad sectorial competente solicita al INRENA aportes a ser incorporados a los Términos de Referencia para la elaboración del EIA;

(...)

f) El EIA debe tener como mínimo el contenido establecido en el Artículo 95 del Reglamento y debe recibir la opinión técnica previa favorable del INRENA;

(...)

4 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 4223-2006-PA/TC.

sino tan solo respecto del área en estudio, toda vez que existen estudios técnicos idóneos que pueden llegar a concluir, en un caso en concreto, que el ecosistema no sería afectada por una actividad extractiva con prácticas ambientalmente sostenibles.

Ahora bien, independientemente de la legalidad o no de las opiniones emitidas por el SERNANP al compatibilizar una determinada actividad, dicha institución en la mayoría de casos determina la improcedencia del otorgamiento de opiniones favorables para actividades extractivas en Zonas Reservadas y, en consecuencia, en el caso minero por ejemplo, la autoridad se ve obligada a declarar la cancelación del petitorio minero o la improcedencia del otorgamiento de la certificación ambiental.

Asimismo, en virtud de la transitoriedad de las Zonas Reservadas, en algunos casos los procesos de categorización han determinado que se liberen áreas por no formar parte de las ANP que finalmente se declaran; lo que a su vez ha generado casos *sui generis* en los que una propuesta de actividad por parte de un titular inicialmente rechazada por estar en una Zona Reservada, sea posteriormente autorizada a otro titular aun cuando esté en la misma área, solo por el hecho de que ésta quedo liberada.

Por ello, a fin de cuentas, nos encontramos ante una situación en que las Zonas Reservadas reciben en la práctica el mismo tratamiento que una ANP, estableciéndose restricciones en donde las opiniones de la autoridad por lo general son siempre desfavorables, con lo que la compatibilización deja de cobrar sentido.

En suma, si bien la legislación sobre protección del patrimonio natural establece una diferencia entre lo que constituye un ANP y una Zona Reservada que es transitoria, la necesidad de la emisión de una compatibilización para ambos casos ha generado que las actuaciones administrativas de las autoridades competentes demuestren lo contrario, desnaturalizándose la normativa vigente y generando inseguridad jurídica.

3.4 A propósito de la compatibilización de actividades mineras

Si bien no es materia de las disposiciones contenidas en la Ley, consideramos pertinente abordar en la presente sección lo referido a la oportunidad de la compatibilización para el desarrollo de actividades mineras.

Sobre el particular, el otorgamiento de una concesión minera no autoriza por sí mismo el desarrollo de actividades mineras, dado que se

encuentra condicionado a la obtención de otros permisos y autorizaciones, de los cuales el más importante es la certificación ambiental, por lo que a fin de cuentas será en el procedimiento de evaluación ambiental donde la autoridad certifique la viabilidad ambiental de un proyecto minero.

En ese sentido, resulta válido sostener que la compatibilización respecto al desarrollo de actividades mineras en ANP y principalmente en Zonas Reservadas debería efectuarse durante el procedimiento de evaluación ambiental, donde el proyecto se encuentra diseñado a nivel de factibilidad.

En la actualidad, el Reglamento para la Protección Ambiental para la Actividad Minero Metalúrgica, aprobado mediante Decreto Supremo No. 016-93-EM y el Reglamento Ambiental para Actividades de Exploración Minera, aprobado mediante Decreto Supremo No. 020-2008-EM, rigen la regulación ambiental del sector minero.

Adicionalmente, la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental No. 27446 («Ley del SEIA») y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo No. 019.2009-MINAM, complementan las normas citadas en el párrafo precedente en cuanto a la elaboración de los instrumentos de gestión ambiental requeridos para el desarrollo de actividades mineras.

En ese sentido, las herramientas principales aplicables para el cumplimiento de las regulaciones ambientales aplicables en el sector minero son: (i) la Declaración de Impacto Ambiental; (ii) el Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado, y; (iii) el Estudio de Impacto Ambiental.

La Declaración de Impacto Ambiental es requerida para aquellos proyectos de exploración minera que involucren: (i) un máximo de 20 plataformas de perforación; (ii) un área efectivamente disturbada menor a 10 hectáreas considerando en conjunto dichas plataformas, trincheras, instalaciones auxiliares y accesos, y; (iii) la construcción de túneles de hasta 50 metros de longitud, en conjunto. Si las labores de exploración superan lo indicado precedentemente, será necesaria la aprobación de un Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado.

Por su parte, el Estudio de Impacto Ambiental se requiere para proyectos de explotación minera en donde se espera que tengan un efecto cualitativo y cuantitativo severo en el medio ambiente.

De ese modo, la viabilidad ambiental del desarrollo de las actividades mineras se encuentra supeditado al otorgamiento de una certificación

ambiental, producto de la evaluación del instrumento de gestión que resulte aplicable, conforme a lo establecido en el artículo 15° del Reglamento de la Ley del SEIA.

Cabe señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25° de la Ley General del Ambiente No. 28611, los Estudios de Impacto Ambiental son instrumentos de gestión que contienen una descripción de la actividad propuesta y de los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente físico y social, a corto y largo plazo, así como la evaluación técnica de los mismos, indicando las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables.

Tomando en consideración lo señalado precedentemente, las diversas clases de estudios ambientales describen las actividades proyectadas a nivel de factibilidad; es decir, plantean cada una de las actividades y/o componentes tal y como van a ser implementados, por lo que se proponen medidas de mitigación y prevención respecto a los eventuales impactos ambientales que puedan originarse.

Es así que la Certificación Ambiental implica el pronunciamiento de la Autoridad Competente sobre la viabilidad ambiental del proyecto, en su integridad; tomando en cuenta el análisis de los reales impactos que la actividad proyectada pueda generar

En concordancia con lo indicado anteriormente, consideramos que la emisión de una Opinión Previa Técnica Vinculante en el Procedimiento Ordinario Minero, y más aún respecto a Zonas Reservadas, carecería de motivación pues al momento de formular un petitorio minero no se tiene certeza alguna sobre las actividades que se pretenden desarrollar, dado que la concesión minera, a fin de cuentas, lo único que otorga es una prioridad catastral para el aprovechamiento de un recurso una vez obtenido los demás permisos y autorizaciones requeridas.

Cabe señalar que el solicitante de un petitorio minero únicamente ha identificado un área de interés, no contando con los mecanismos que desarrollará para ejecutar su actividad, ni los métodos que utilizará, pues ello corresponderá a la etapa de donde se determine la factibilidad del proyecto ya sea de exploración o explotación.

Por ello, la compatibilidad del desarrollo de actividades mineras debiera corresponder a la evaluación ambiental, etapa en la cual se propondrán las medidas de mitigación que se tomarán para ejecutar las labores, las cuales serán o no aprobados por la autoridad competente.

Al respecto, el Consejo de Minería, en reiterada jurisprudencia⁵ ha establecido que con la sola petición del derecho minero no puede determinarse fehacientemente el impacto que la actividad minera puede producir en el área peticionada pues SERNANP, en esta parte del procedimiento, no cuenta con el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental, el que recién deberá ser elaborado una vez titulado el derecho minero y antes de iniciar sus operaciones de exploración y explotación.

Por tanto, es en el procedimiento de evaluación ambiental donde el SERNANP tendrá todas las herramientas necesarias para poder determinar con certeza la compatibilidad del eventual desarrollo de las actividades mineras en un ANP y Zonas Reservadas.

3.5 Acerca del proceso de categorización de las Zonas Reservadas

Como ya ha sido señalado precedentemente, las Zonas Reservadas son transitorias y pueden determinar restricciones a la implementación de ciertas actividades, razón por la cual el plazo dispuesto para la realización de los estudios así como la intervención de los sectores involucrados son determinantes.

Actualmente, el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado está compuesto por 64 ANP, 12 de las cuales son aún Zonas Reservadas, que ocupan una extensión de 22 160 614.52 hectáreas que es equivalente a un 16.93% del territorio nacional.

Ahora bien, puede apreciarse en el «Cuadro 1: Zonas Reservadas y Categorización» que el plazo previsto para que se elaboren los correspondientes expedientes técnicos que propongan una categorización de las Zonas Reservadas en la mayoría de los casos ha sido superado en exceso; es decir, la transitoriedad de dichas áreas tiene vocación de permanencia, lo cual de por sí ya constituye una afectación a la seguridad jurídica que busca un inversionista, sumado al hecho que –como lo hemos visto– la discrecionalidad de la autoridad pudiese ser más amplia y llegar incluso a la arbitrariedad al momento de la emisión de las opiniones técnicas.

Es más, en algunas Zonas Reservadas que posteriormente fueron declaradas como un ANP, el periodo transitorio tomó hasta 12 años, razón por la que resulta prudente que el establecimiento de dichas zonas no esté tan solo en manos de un sector, sino de todos aquellos que pudiesen verse involucrados.

5 Resolución N° 004-2009-MEM/CM, Resolución N° 190 -2008-MEM/CM, Resolución N° 150 -2008-MEM/CM, Resolución N° 102-2011-MEM/CM, entre otras.

Cuadro 1: Zonas Reservadas y categorización⁶

ZONA RESERVADA	RESOLUCIÓN	PLAZO	¿PLAZO VIGENTE?	¿SE CATEGORIZÓ?
Ancón	R.M. 275-2011-MINAM R.M. 140-2013-MINAM	6 meses	No	No
Bosque de Zárate	R.M. 195-2010-MINAM	6 meses	No	No
Chancaybaños	D.S. 001-96-AG	4 meses	No	No
Cordillera Huayhuash	R.M. 1173-2002-AG R.M. 076-2011-MINAM	7 meses	No	No
Humedales de Puerto Viejo	R.M. 064-2008-AG	6 meses	No	No
Illescas	R.M. 251-2010-MINAM	6 meses	No	No
Lomas de Ancón	R.M. 189-2010-MINAM R.M. 036-2012-MINAM	11 meses	No	No
Reserva Paisajística Cerro Khapia	D.S. 008-2011-MINAM	-	-	No
Río Nieva	R.M. 187-2010-MINAM	6 meses	No	No
Santiago Comaina	D.S. 005-99-AG D.S. 029-2000-AG D.S. 023-2007-AG	180 días	No	Parcialmente Parque Nacional y Reserva Comunal D.S. 023-2007-AG
Sierra del Divisor	R.M. 0283-2006-AG R.M. 01546-2006-AG	6 meses.	No	No
Yaguas	R.M. 161-2011-MINAM	7 meses	No	No
Laguna de Huacachina	R.M. 141-2012-MINAM	6 meses	-	Sí, en el 2014 Área de Conservación Regional D.S. 008-2014-MINAM
Allpahuayo Mishana	D.S. 006-99-AG	120 días	-	Sí, en el 2004 DS 002-2004-AG
De Tumbes	R.M. 0594-94-AG	-	-	Sí, en el 2006 D.S. 046-2006-AG
Pucacuro	R.M. 0411-2005-AG	6 meses	-	Sí, en el 2010 D.S. 015-2010-MINAM
San Fernando	R.M. 147-2009-MINAM	6 meses	-	Sí, en el 2011 D.S. 017-2011-MINAM
Güepí	D.S. 003-97-AG	1 año	-	Sí, en el 2012 D.S. 006-2012-MINAM
Cordillera de Colán	R.M. 0213-2002-AG	120 días	-	Sí, en el 2009 D.S. 021-2009-MINAM
Megantoni	R.M. 0243-2004-AG	6 meses	-	Sí, en el 2004 D.S. 030-2004-AG

En ese sentido, y tomando en consideración que en la declaración de una determinada área como Zona Reservada existe ya, sujeto a los estudios correspondientes, una decisión del Estado de conservar una muestra representativa de la diversidad biológica y sus valores asociados; es necesaria la participación de todos los sectores productivos que puedan localizarse en dicha área, pues podrían generarse incertidumbres que determinen la suspensión de proyectos o de iniciativas para el emprendimiento de actividades productivas.

En consecuencia, y partiendo de que subyace un fin conservacionista por parte del Estado, es pertinente que exista una visión integral –

expresada a través de un Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros– para que se tome la decisión de establecer una Zona Reservada, lo cual favorecerá a que exista un consenso y una adecuada coordinación entre todos los sectores involucrado y, de ese modo, evitar conflictos que afecten tanto la conservación del patrimonio natural como la seguridad jurídica que buscan los inversionistas.

4. Opiniones como parte del procedimiento de evaluación ambiental

La Ley establece que las opiniones de otros sectores, vinculantes y no, que requiere la

⁶ Las primeras 12 corresponden a las Zonas Reservadas actualmente vigentes, y las siguientes corresponden a algunas Zonas Reservadas que finalmente fueron categorizadas como un ANP.

autoridad competente para aprobar un Estudio de Impacto Ambiental, deberán emitirse en un plazo máximo de 45 días hábiles. ¿Se reducen estándares ambientales? Es evidente que lo que se busca es que las actuaciones administrativas sean céleres y eficientes.

Al respecto, una de las primeras cuestiones a tener en cuenta es la función de cada ente administrativo que participa en el procedimiento de evaluación ambiental. Así pues, existen diversas funciones que ejercen cada órgano u organismo administrativo; según Roberto Dromi⁷, la función administrativa en razón de la materia o naturaleza de la actividad, puede ser activa, consultiva o de control.

En ese sentido, la función activa es la realización de la actividad decisoria, resolutoria, ejecutiva, directiva u operativa de la Administración, también llamada función administrativa propiamente dicha. Por otro lado, la función consultiva es aquella actividad administrativa desplegada por los órganos competentes que, por medio de dictámenes, informes, opiniones y pareceres técnico-jurídicos, asesoran a los órganos que ejercen la función administrativa activa, facilitándoles elementos de juicio para la preparación y formación de la voluntad administrativa.

Asimismo, Dromi señala que el obrar estatal es tan amplio, que para poder decidir con acierto en las distintas y complejas materias, es necesaria la colaboración de órganos de consulta técnicos y profesionales que asesoren a los órganos activos sobre los actos o resoluciones que deben adoptar en el cumplimiento de sus funciones.

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta el momento, queda claro que el organismo competente para el otorgamiento de la certificación ambiental es la Autoridad Ambiental Competente –como por ejemplo las Direcciones Generales de Asuntos Ambientales Mineros y Energéticos del Ministerio de Energía y Minas–, quien dependiendo el caso requeriría el pronunciamiento técnico de otras autoridades en el marco de sus competencias –como por ejemplo el Ministerio de Agricultura y Riego, la Autoridad Nacional del Agua, el SERNANP, el Servicio Nacional Forestal y Fauna Silvestre, entre otros–.

En dicho escenario, tenemos que la función activa la ejerce la Autoridad Ambiental Competente, ya que es el organismo que realiza las actividades decisorias; mientras que, la función consultiva la ejercen los demás órganos y organismos competentes, constituyendo una actividad preparatoria de la decisión de la Autoridad Ambiental Competente,

la misma que se traduce en la formulación de una opinión técnico-jurídica calificada, sobre la oportunidad y legalidad de la futura voluntad administrativa.

A pesar de que la Ley del Procedimiento Administrativo General No. 27444 emplea la palabra Informe y Dictamen indistintamente, es de gran relevancia establecer una distinción entre ambos términos. En principio, nos encontramos de acuerdo con Juan Carlos Morón Urbina⁸, cuando señala que, en sentido estricto, es ámbito de aplicación del primero, la incorporación de algún dato, noticia o constancia al expediente administrativo por causa del instructor del procedimiento o del propio administrado; mientras que el Dictamen se dirige a la promoción de una instancia consultiva, es decir, de una entidad especializada distinta del instructor, que emite su opinión técnica y/o jurídica sobre alguna arista del procedimiento iniciado por el particular.

Siguiendo dicha línea de argumentación, Roberto Dromi⁹ también ha dedicado unas líneas para explicar qué debe entenderse por Dictamen, precisando que este es el resultado de la colaboración específica de órganos de consulta, técnicos y profesionales con competencia para emitir opiniones en asuntos administrativos y gubernamentales, los mismos que asesoran con sus dictámenes, opiniones y pareceres a los órganos activos, sobre actos y resoluciones que deben tomar en cumplimiento de sus funciones.

Teniendo lo anterior, podemos concluir en que toda vez que se haga referencia a un Informe Técnico de este tipo nos encontraremos frente a un Dictamen propiamente dicho, ello en virtud de que es una decisión de la Administración en ejercicio de su función administrativa que contiene un pronunciamiento que versa sobre una cuestión técnico-jurídica, por la que se realiza un juicio que importa una apreciación axiológica y valorativa, y que forma parte de los actos previos a la emisión de la voluntad, y se integra como una etapa de carácter consultivo- deliberativo.

Ahora bien, existen ciertos principios jurídicos de la actividad consultiva, a saber: (i) declaración de juicio a petición de un órgano activo; (ii) opinión para el caso concreto; y, (iii) carácter facultativo u obligatorio. Respecto a esto último, con relación a si el Informe es obligatorio o no, resulta evidente que en muchos casos al ser las opiniones expresamente vinculantes, determinan la continuación del procedimiento de evaluación ambiental, no pudiendo la autoridad que ejerce la

7 Derecho Administrativo, Tomo I – Roberto Dromi, Gaceta Jurídica.

8 Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Juan Carlos Morón Urbina. Ed. Gaceta Jurídica, 2005.

9 Derecho Administrativo – Tomo I, José Roberto Dromi. Editorial Astrea, 1992.

función activa resolver algo distinto a lo resuelto por la autoridad que ha ejercido la función consultiva.

En dichos casos, las opiniones vinculantes constituyen no solo un acto preparatorio del acto administrativo (certificación ambiental), sino un acto más complejo que eso, se trata de un solo y mismo acto, ya que sin la decisión favorable contenida en la opinión, la voluntad de la Autoridad Ambiental Competente será inevitablemente negativa. Nos encontramos frente al caso en el que la vinculación del dictamen dentro del procedimiento de evaluación ambiental es absoluta, porque obliga a actuar y resolver en el sentido informado, sin posible resolución en contrario del órgano activo.

Sin perjuicio de lo expuesto, según Roberto Dromi y Miguel Acosta Romero¹⁰, estos dictámenes son desestimados en la doctrina, ya que importan un exceso en el alcance consultivo, razón por la cual no puede aceptarse que los órganos activos deban ceñirse estrictamente a los pareceres de los cuerpos consultivos porque estaríamos en presencia de la sustitución de la voluntad del órgano activo, con facultades para decidir, por la del órgano consultivo, sin facultades decisorias.

Sin llegar a la conclusión que arriban los autores indicados en el párrafo precedente, el ordenamiento vigente ha otorgado la competencia a determinados organismos, de manera expresa, que efectúen opiniones vinculantes durante el procedimiento de evaluación ambiental, con lo cual se arriba a la conclusión de que dichas opiniones no son un mero informe cuyas recomendaciones pueden o no seguirse, sino que constituye verdaderamente un acto administrativo que resuelve si el administrado obtendrá o no un derecho, por lo que se entiende que sus efectos sí recaen directamente sobre él.

En ese sentido, y tomando en cuenta que determinadas opiniones constituyen la real declaración por la cual se concluirá la continuación de un procedimiento de evaluación ambiental, el artículo 21° de la Ley prevé lo siguiente: (i) la opinión debe emitirse en un plazo máximo de 45 días hábiles, si son vinculantes la no emisión en dicho plazo acarrea la responsabilidad administrativa del funcionario responsable; (ii) sólo se considerarán las opiniones emitidas por las entidades en el marco de sus competencias, y; (iii) la Autoridad Ambiental Competente elaborará un informe consolidando todas las opiniones, debiendo remitírsele al administrado para las subsanaciones o aclaraciones que correspondan.

Sobre el particular, el artículo 17° del Reglamento de la Ley del SEIA precisa que si alguno de los aspectos relacionados al proyecto de inversión (emplazamiento, infraestructuras, instalaciones, uso de recursos naturales u otros) es regulado por otra autoridad sectorial, la Autoridad Ambiental Competente debe requerir la opinión de la citada autoridad. Dicho trámite debe realizarse dentro del plazo establecido para la expedición de la Certificación Ambiental correspondiente (120 días hábiles en el caso de un Estudio de Impacto Ambiental y 90 días para un Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado).

Así, el artículo 52° de la citada norma establece que la opinión técnica previa de otras autoridades debe formularse en un plazo no mayor de 40 días hábiles para el Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado, el cual comprende hasta 30 días hábiles para la evaluación y hasta 10 días hábiles para evaluar la subsanación de observaciones. Para el Estudio de Impacto Ambiental, la opinión técnica deberá formularse en un plazo no mayor de 50 días hábiles, el cual comprende hasta 40 días hábiles para la evaluación y hasta diez (10) días hábiles para evaluar la subsanación de observaciones.

Con relación a lo anterior, es evidente que lo que busca la Ley no es que se disminuyan los estándares regulatorios, sino que las actuaciones administrativas sean céleres y predecibles, no dilatando innecesariamente el procedimiento de evaluación ambiental.

Como ha podido advertirse, el plazo de 45 días hábiles para la emisión de una opinión técnica no vulnera en modo alguno la regulación del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental; sin embargo, es claro que para cumplirse con los plazos no basta con que se hayan dispuesto sanciones a los funcionarios sino que la Administración deberá destinar los recursos técnicos, financieros y humanos necesarios para que las actuaciones administrativas resulten eficientes.

5. Ordenamiento Territorial y Zonificación Ecológica Económica

El Ordenamiento Territorial («OT») y la Zonificación Ecológica Económica («ZEE») son instrumentos claves para orientar la toma de decisiones, toda vez que permiten incorporar mayor información sobre el uso del territorio, el aprovechamiento de recursos y la superposición de derechos; sin embargo, su aplicación en muchos casos ha desconocido que: (i) dichos instrumentos no asignan ni restringen usos, y; (ii) el componente ambiental es sólo un aspecto, no el único, para el OT.

10 Compendio de Derecho Administrativo, Parte General. Miguel Acosta Romero. Editorial Porrúa, 2003.

Conforme a la regulación vigente, el OT es un instrumento técnico, administrativo y político de toma de decisiones concertadas para la ocupación y uso del territorio teniendo en cuenta sus potencialidades y sus limitaciones. Es así que el OT permite contribuir con el desarrollo del país a través del aprovechamiento sostenible de sus recursos naturales renovables y no renovables, contribuyendo al bienestar de la población y la preservación del medio ambiente

El OT coadyuva al conocimiento sobre las limitaciones y potencialidades del territorio, a fin de lograr la generación de riqueza y la solución de conflictos en el uso y su ocupación. Conflictos que pueden sobrevenir por: (i) desconocimiento de los peligros y limitaciones del territorio; (ii) práctica de actividades no adecuadas para el espacio; (iii) superposición de intereses por el acceso a recursos que no han sido debidamente asignados, y; (iv) combinación de los anteriores.

Cabe recalcar que el OT no es posible concebirlo independientemente de la política económica, social y ambiental, toda vez que es un instrumento mediante el cual la sociedad adopta la organización del espacio a las necesidades de los procesos económicos y sociales que operan en el territorio. De ahí que el OT deba ser un instrumento que deba formar parte de la política de Estado sobre desarrollo sostenible. Por ello, la Ley establece correctamente 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, pues tiene un carácter intersectorial.

Ahora bien, bajo nuestro sistema dominialista, el derecho de aprovechamiento sostenible de un recurso natural no confiere derechos sobre otros recursos naturales que se encuentren en el mismo entorno (exclusivo y excluyente); razón por la cual se requiere instrumentos de compatibilización para su aprovechamiento a fin de evitar superposiciones y eventuales conflictos entre sectores o particulares.

En ese sentido, la ZEE se aprueba como apoyo al OT, a fin de evitar superposición de títulos y usos inapropiados y tiene por objeto principal orientar la formulación, aprobación y aplicación de políticas nacionales, sectoriales, regionales y locales sobre el uso sostenible de los recursos naturales y del territorio, así como la gestión ambiental en concordancia con las características y potencialidades de los ecosistemas, la

conservación del ambiente, y el bienestar de la población.

La ZEE es un instrumento técnico (instrumento de gestión ambiental): (i) orientador del uso sostenible del territorio y sus recursos naturales; (ii) orienta la toma de decisiones sobre los mejores usos del territorio considerando las necesidades de la población que la habite y en armonía con el ambiente; (iii) provee sustento técnico en la formulación de planes de desarrollo y de ordenamiento territorial; (iv) orienta la formulación, aprobación y aplicación de políticas, y; (v) provee información y el marco referencial para promover y orientar la inversión pública y privada.

Asimismo, la ZEE tiene una especial importancia para el desarrollo de actividades económicas, pues permite conciliar los intereses nacionales de la conservación del patrimonio natural con el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales así como proveer información técnica y el marco referencial para promover y orientar la inversión pública y privada.

En consecuencia, el OT y la ZEE son mecanismos orientadores en la toma de decisiones que permiten incorporar mayor información sobre los usos del territorio y la superposición de derechos, para prevenir conflictos ambientales derivados del uso y acceso a recursos naturales; razón por la cual no habilitan o restringen actividades.

Sin embargo, dichas herramientas en algunos casos han sido mal empleadas por los Gobiernos Regionales, toda vez que pretenden restringir una actividad en particular –como la minería– en determinadas zonas de su jurisdicción. Por ello, la Ley incluye expresamente las precisiones metodológicas señaladas precedentemente, en base a lo dispuesto por la regulación vigente, para evitar un erróneo entendimiento de los referidos instrumentos de gestión.

6. Estándares de Calidad Ambiental y Límites Máximos Permisibles

¿Sirve de algo determinar un Estándar de Calidad Ambiental («ECA») o Límites Máximos Permisibles («LMP») sin un análisis de impacto regulatorio y económico? Por ejemplo, para el año 2014 se determinó un ECA para el parámetro Dióxido de Azufre de 20ug/m³; sin embargo, su aplicación tuvo que ser mediatizada en determinadas zonas debido a que no se tomó en cuenta la realidad de cada área, ni las inversiones ni la tecnología que resultaban necesarias para lograr dicha meta¹¹.

11 Mediante Decreto Supremo 006-2013-MINAM se dispuso que en aquellas ciudades o zonas en las que el Ministerio del Ambiente establezca que, como resultado de los monitoreos ambientales continuos y representativos, registren valores diarios superiores a 20 ug/m³ de dióxido de azufre (SO₂) en el aire, se deberán considerar, en los Planes de Acción para el Mejoramiento de la Calidad del Aire de sus cuencas atmosféricas, las acciones, metas, plazos y mecanismos de adecuación que se requieran para lograr que dichas concentraciones se reduzcan de manera gradual y progresiva.

Es de recalcar que la determinación de nuevas exigencias ambientales debe responder al principio de gradualidad, previendo ajustes progresivos así como una evaluación de la razonabilidad de los plazos, el equilibrio de medios-fines y la viabilidad económica de su cumplimiento.

En ese sentido, la Ley dispone que la determinación y revisión de los ECA y LMP: (i) se basen en un análisis de impacto regulatorio y económico sobre las industrias y poblaciones involucradas; y; (ii) sean aprobados con el refrendo de los sectores involucrados.

¿Se reducen estándares ambientales? No, lo que se busca es reducir la discrecionalidad a través de la ejecución de evaluaciones –técnicas y económicas– idóneas.

6.1 Instrumentos de gestión ambiental preventivos

Uno de los principios en los que se basa la regulación ambiental es el de prevención, según el cual sus objetivos prioritarios son vigilar y evitar la degradación del ambiente. Para ello, se han previsto diversos instrumentos de gestión ambiental, algún de los cuales actúan como estándares de control para armonizar el desarrollo de actividades económicas con la salud de la población y la conservación del ambiente.

Entre dichos instrumentos de gestión se encuentran los ECA y los LMP. El primero de ellos establece el nivel de calidad adecuado que debe tener un determinado cuerpo receptor (aire, agua, suelo), a fin de que no represente un riesgo significativo para la salud de las personas ni al ambiente; por lo cual en principio no resultan exigibles a los titulares de actividad, a menos que se demuestre que existe causalidad entre la actividad y la trasgresión de dichos estándares.

Por otro lado, los LMP miden el nivel de concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. En consecuencia, son exigibles a los titulares de actividad pues guardan relación con los efectos que una actividad humana puede tener sobre el ambiente, sustentándose en normas constitucionales que disponen que el ejercicio

del derecho a la libertad de empresa no debe ser lesivo a la salud ni a un ambiente equilibrado.

Sin embargo, la regulación en los últimos años ha ido por el camino de tratar de hacer exigible a los titulares de actividades el cumplimiento de los ECA, como en el caso de los ECA para Agua en el que se previeron plazos de adecuación a los mismos. Sin embargo, ello supondría una desnaturalización de dicho estándar, en la medida que un titular de actividad no necesariamente se encuentra en la capacidad de controlarlo cuando existan actividades concurrentes –con impactos acumulativos– que incidan sobre un mismo cuerpo receptor.

6.2 ¿Cuándo contaminamos?

Lo anterior conlleva a que nos hagamos la pregunta referida a cuándo estamos frente a una actividad contaminante.

Sobre el particular, es preciso mencionar que la regulación ambiental ha pasado de un diseño en el cual se pretendía actividades con «impacto cero» a uno en el cual se busca la gestión de los riesgos que son inherentes a toda actividad humana. Es así que se habla de tolerancia frente a «impactos permitidos o controlados», partiendo la premisa de que es imposible desarrollar actividades exentas de todo riesgo, por lo cual, en aras de intereses colectivos y del bienestar general, es preferible permitirla antes que prohibirla; claro está, dentro de determinados límites.

En ese sentido, partiendo de estándares mínimos, cada sociedad tiene plena libertad para determinar dónde «poner la valla» respecto a los impactos que considera tolerables; de ahí que las regulaciones ambientales tengan diversos niveles de exigencia dependiendo la jurisdicción y que una actividad sea considerada contaminante cuando genere impactos no tolerables en una realidad en particular. Ello, traído a nuestra legislación, correspondería a un incumplimiento de los LMP, en tanto estándar exigible a una actividad concreta.

Sin embargo, aun cuando la regla sea la aplicación de LMP para el desarrollo de actividades productivas, la propia Ley General del Ambiente contempla una excepción a ello, disponiendo que ninguna autoridad judicial o administrativa podrá

En virtud al Informe Técnico N° 453-2013-DGCA-VMGA/MINAM de la Dirección General de Calidad Ambiental, se concluyó que resulta necesario establecer las cuencas atmosféricas en las cuales se excede el ECA Aire para Dióxido de Azufre (SO₂) de 20 ug/m³, requiriéndose de acciones que permitan alcanzar los niveles establecidos por el citado Estándar Ambiental, a través de la implementación de límites máximos permisibles para sectores económicos claves, así como, la culminación de medidas sectoriales como la efectiva comercialización de diesel con contenido de azufre de 50 ppm a nivel nacional, entre otras acciones. Así, mediante Resolución Ministerial No. 205-2013-MINAM se establecieron las ciudades de Arequipa, Ilo y La Oroya como las cuencas atmosféricas donde se determinarán las metas, plazos, cronogramas y mecanismos de reducción de concentraciones de emisiones de SO₂.

hacer uso de los ECA con el objeto de sancionar bajo forma alguna a personas jurídicas o naturales, a menos que se demuestre que existe causalidad entre su actuación y la transgresión de dichos estándares.

Así, existen casos en que los ECA para Aire han sido considerados como un compromiso de cumplimiento, debido a particularidades propias de la actividad productiva que determinan que su desarrollo incida directamente en la calidad del cuerpo receptor en una determinada área (macroemisores).

Sobre el particular, el artículo 8° del Reglamento de los Niveles de Estados de Alerta Nacional para Contaminantes del Aire, aprobado mediante Decreto Supremo No. 009-2003-SA, considera como macroemisor de contaminantes provenientes de fuentes fijas: (i) a los titulares de actividades de una fuente fija que sean responsables de más del 25% de las emisiones de un contaminante crítico dentro de la jurisdicción de una Zona de Atención Prioritaria, y; (ii) al conjunto de titulares de dos o más fuentes fijas del mismo ramo productivo que generen emisiones superiores al 50% de un contaminante crítico de una Zona de Atención Prioritaria.

Cabe precisar, a modo de ejemplo, que mediante el Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire, aprobado mediante Decreto Supremo No. 074-2001-PCM, se declaró como Zona de Atención Prioritaria a La Oroya con el objetivo de activar en forma inmediata un conjunto de medidas destinadas a prevenir el riesgo de la salud y evitar la exposición excesiva de la población a los contaminantes del aire que pudieran generar daños a la salud humana en dicha zona. En ese sentido, mediante Carta No. 2638-2005-CONAM/PCD de fecha 12 de diciembre de 2005, el Concejo Nacional del Medio Ambiente comunicó a Doe Run Perú S.R.L. su condición oficial como macroemisor a consecuencia de la emisión de los contaminantes (i) dióxidos de azufre (SO₂); (ii) material particulado (PM10), y; (iii) plomo (Pb) en la ciudad de La Oroya, por una cantidad de emisiones al aire superiores al 99%.

6.3 Idoneidad de los Estándares de Calidad Ambiental

Inversiones en tecnología idónea para la reducción y control de emisiones resultarán necesarias para alcanzar las metas previstas en cuanto a los ECA para aire contemplados en el Decreto Supremo No. 003-2008-MINAM (Dióxido de Azufre - 20ug/m³, Benceno - 2ug/m³ y Material Particulado menor a 2.5 micras - 25ug/m³).

Sin embargo, se advierte que –desde un punto de vista técnico– dichas metas no podrían ser alcanzadas debido a la poca razonabilidad en la determinación del valor, así como del plazo para su implementación. Al respecto, es de recalcar que la determinación de nuevas exigencias ambientales debe responder al principio de gradualidad, previendo ajustes progresivos así como una evaluación de la razonabilidad de los plazos, el equilibrio de medios-fines y la viabilidad económica de su cumplimiento.

Es más, como podrá advertirse del «Cuadro 2: Comparativo de Estándares de Calidad Ambiental para Aire. Dióxido de Azufre», los ECA para Aire del parámetro Dióxido de Azufre (SO₂) que se han propuesto para nuestro país resultan ser mucho más exigentes que otras jurisdicciones, como Estados Unidos, Australia, Canadá o la Unión Europea, que son economías consolidadas y que cuentan con una mayor tecnología, y que de ningún modo son vistas como jurisdicciones con estándares regulatorios ambientales débiles.

Cuadro 2: Comparativo de Estándares de Calidad Ambiental para Aire – Dióxido de azufre¹²

PERÚ	AUSTRALIA	CANADÁ	CHILE	CHINA	USA	JAPÓN	UNIÓN EUROPEA
20	210	301	250	150	365	105	125

Similar es el caso de los ECA para Agua de la Categoría 3 (Riego de Vegetales y Bebida de Animales), que contienen algunos parámetros con valores iguales o más exigentes de los estándares de agua para Riego de Vegetales establecidos por la Organización Mundial para la Agricultura y Alimentación – FAO, por los valores guías del Consejo de Conservación Ambiental de Australia y de Nueva Zelanda – ANZECC, por el Concejo Canadiense de Ministros del Ambiente – CCME y por los valores guías de calidad de agua del estado de Sudáfrica – SWAF (Ver: «Cuadro 3: Comparativo de Estándares de Calidad Ambiental para Agua»).

Cuadro 3: Comparativo de Estándares de Calidad Ambiental para Agua – Dióxido de azufre

PARÁMETROS	ECA CATEGORÍA 3 (MG/L)	ESTÁNDARES INTERNACIONALES (MG/L) ¹³
Sulfatos	300	1000
Nitritos	0.06	20 – 30
Cloruros	100 - 700	250 – 350
Nitratos	10	58
Calcio	200	-
Sodio	200	-
Aluminio	0.2	37

12 Expresados en µg/m³ en un periodo de 24 horas.

13 USEPA, Canadá, Nueva Zelanda, Australia, Sudáfrica, FAO.

Tomando en consideración lo anterior, resulta idóneo que al proponerse los ECA y LMP se efectúe un análisis de impacto regulatorio y económico, pues ello permitirá determinar el costo-beneficio para garantizar los estándares ambientales y, de ese modo, lograr un crecimiento sostenible en el largo plazo.

7. A modo de conclusión

La promoción de medidas que incentiven la inversión así como la eliminación de trabas que retrasan la puesta en marcha de proyectos son imperativas que merecen una pronta implementación. Es preciso recalcar que un factor imprescindible para la implementación de las que ahora son las grandes proyectos de inversión en nuestro país fue la política de seguridad y estabilidad jurídica, iniciada en la década de los noventa, plasmada en legislación moderna, transparencia en la información así como en reglas de juego claras para los inversionistas.

Sin embargo, en los últimos años hemos sido testigos de una serie de manifestaciones estatales, que en muchos casos exceden el marco legal vigente, las cuales constituyen un discurso que no contribuye a un clima favorable a las inversiones y que repercuten en la imagen de nuestro país y en las seguridades necesarias para atraer nuevos capitales.

La nota característica es que, aun cuando pueda tenerse buenas intenciones, la determinación de estándares regulatorios es en muchos casos carente de consideraciones técnicas.

En atención a lo anterior, vale la pena indicar que cuando un inversionista busca y exige la seguridad jurídica ofrecida, no pretende que se «suavicen o faciliten» los procedimientos establecidos en el ordenamiento legal vigente, sino más bien, que se le otorgue certeza y predictibilidad respecto a las reglas de juego, restringiéndose la discrecionalidad de las autoridades en los mismos. Es decir que las leyes se cumplan tanto por parte de los inversionistas como del propio Estado.

Cabe recalcar que, desde un punto de vista legal, la seguridad jurídica va de la mano con la limitación de la arbitrariedad; es decir, toda decisión gubernamental debe encontrarse debidamente sustentada y motivada en el marco legal vigente, caso contrario nos encontraríamos frente a un acto arbitrario dictado al amparo del ejercicio abusivo del poder y, por ende, inconstitucional. Así, conforme a nuestra Constitución Política, cuando más amplio es el poder de decisión que ostenta una autoridad pública, más intenso es el grado del deber de motivación de su ejercicio, por lo cual resulta indispensable se expliquen las razones objetivas que sustentan la decisión.

En consecuencia, si bien es loable la aprobación de medidas que busquen incentivar las inversiones y destrabar los obstáculos que retrasan la puesta en marcha de proyectos, a través de la generación de mayor predictibilidad en las actuaciones administrativas; resulta claro que ello no servirá de nada si no se complementa con la adecuada dotación de recursos y la capacitación que requieren los funcionarios públicos para resolver eficientemente las solicitudes que se les plantean. ■