

Simplificación Administrativa y «Regulación Positiva» en la Normativa Ambiental y Minera

Francisco Tong González*

Resumen:

En el presente artículo el autor reflexiona acerca de los objetivos y principios trazados en la década del noventa, en lo que respecta específicamente a la simplificación administrativa comparándolos con los objetivos actuales de dinamización de la economía y reducción de trámites innecesarios; principalmente, los referidos a procedimientos mineros y ambientales. Finalmente, el autor plantea la necesidad de un cambio estructural en la regulación ambiental y minera bajo la forma de lo que denomina una «regulación positiva».

Palabras clave:

Minería – Medio ambiente – Simplificación administrativa – Procedimientos administrativos – Regulación positiva – Fiscalización ambiental

Abstract:

In this article, the author studies the objectives and principles established during the 90's, with respect to administrative simplification in contrast with the current governmental objectives for the optimization of the economy and reduction of unnecessary procedures, basically related to mining and environmental proceedings. Finally, the author proposes the need for a structural change in Peruvian Mining and Environmental Regulations under the framework of what he calls a «positive regulation».

Keywords:

Mining – Environmental – Administrative simplification – Administrative proceedings – Positive regulation – Environmental control

Sumario:

1. Introducción – 2. El régimen actual – 3. ¿Qué modelo regulatorio tenemos? – 4. La situación actual en el sector minero – 5. La situación actual de la normativa ambiental – 6. La opción de la regulación «positiva» como una alternativa

* Socio de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Presidente del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía. Abogado por la Universidad de Lima Master en Derecho de la Minería por la Universidad de Dundee, Escocia. Se agradece a la ayuda de Ramón Huapaya Tapia y Flavia Queirolo-Nicolini Pflucker, asociados de Rodrigo, Elías & Medrano, en la elaboración del presente artículo.

1. Introducción

Habiendo transcurrido poco más de veinte años de la promulgación de la Ley de Simplificación Administrativa, Ley No. 25035 («Ley de Simplificación Administrativa»), y de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, aprobada por Decreto Legislativo No. 757 («DL 757»), cabría preguntarnos si efectivamente se han cumplido los objetivos y principios trazados en la década del noventa, en lo que respecta específicamente a la simplificación administrativa y qué es lo estaría pendiente. En la misma línea, cabría preguntarse si las recientes normas promulgadas de cara a promover la inversión y dinamizar la economía, son suficientes para lograr esos objetivos.

Como se sustenta en los siguientes párrafos y al menos en lo que a la normativa ambiental y minera se refiere, creemos que si bien se ha avanzado mucho, hace falta un cambio estructural en sus respectivos diseños que recojan la esencia dinámica de los proyectos de inversión y las realidades de las zonas donde se desarrollan. Todo esto, en el marco de lo que llamaremos una «Regulación Positiva».

Antes de analizar en detalle los referidos temas, conviene repasar la historia de los dispositivos referidos al inicio.

Como se sabe, la Ley de Simplificación Administrativa¹ fue fundamental al reconocer que la actuación de la Administración Pública en lo que respecta al procedimiento administrativo se encontraba sujeta a principios.² Entre ellos, la presunción de veracidad, la eliminación de las exigencias y formalidades innecesarias, la desconcentración de los procesos decisorios, y, la participación de los ciudadanos en el control de la Administración Pública.

Por su parte, el Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa, aprobado por Decreto Supremo No. 070-89-PCM, definió el concepto de «simplificación administrativa» como *«...los principios y acciones derivadas de éstos, que tienen por objeto eliminar los obstáculos o costos innecesarios para la sociedad, que genera el inadecuado funcionamiento de la Administración*

Pública».³ Asimismo, reconoció, entre otros, los siguientes derechos a los administrados: (i) fiscalizar la aplicación de las reglas de simplificación administrativa, (ii) participar en la aplicación de las normas de simplificación administrativa detectando obstáculos, trabas o impedimentos, y (iii) proponer la creación, supresión o modificación de normas administrativas, cautelando que aquellas no generen nuevas o innecesarias trabas a los particulares.⁴

Posteriormente, en línea con dicha Ley, el Decreto Legislativo No. 757 exigió a las entidades de la administración pública la formulación de un Texto Único de Procedimientos Administrativos (en adelante, «TUPA»), documento que cada entidad debía aprobar por Decreto Supremo del sector respectivo, Decreto Ejecutivo Regional u Ordenanza Municipal, según correspondiese.⁵ Recordemos que hasta ese momento las entidades de la administración pública eran conocidas por exigir documentos e información no solo que la entidad podía ya tener en sus archivos sino además por pedir el cumplimiento de requisitos dependiendo en muchos casos del criterio discrecional del funcionario que pudiera encontrarse a cargo de la ventanilla de recepción de documentos. Todo esto cambió con los TUPA pues se obligó a las entidades a diseñar profesionalmente sus procedimientos y a definir previamente los requisitos que les serían aplicables.

Así pues, los TUPA debían incluir información acerca de: (i) todos los procedimientos administrativos que se realicen ante la entidad, (ii) una descripción clara y detallada de los requisitos exigidos para la realización de cada procedimiento administrativo, (iii) la calificación de cada trámite según se trate de: aprobación automática o evaluación previa (así como la indicación de si se aplica el silencio administrativo positivo o el silencio negativo), (iv) los casos en los que procede el pago de derechos y el monto de los mismos, (v) la dependencia ante la cual deben presentarse las solicitudes, (vi) la autoridad competente para la aprobación de cada trámite, y (vii) las autoridades o entidades competentes para resolver los recursos impugnativos.⁶

De acuerdo a lo anterior, es evidente pues que desde hace veinte años, se inició una tendencia

1 Hoy derogada por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

2 Aun cuando el antiguo Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos de 1967 ya señalaba que la actuación administrativa se encontraba sujeta a ciertos principios, es recién con el artículo 2 de la Ley de Simplificación Administrativa que éstos son recogidos en una norma con rango de ley.

3 Según lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley de Simplificación Administrativa, aprobado por Decreto Supremo No. 070-89-PCM, actualmente derogado.

4 Conforme a lo dispuesto por los literales a), b) y c) del numeral 3 del Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa, aprobado por Decreto Supremo No. 070-89-PCM, actualmente derogado.

5 Según el artículo 22 del DL 757, actualmente derogado.

6 De acuerdo con lo señalado por el artículo 21 del DL 757, actualmente derogado.

legislativa orientada a simplificar y organizar los procedimientos administrativos de tal manera que el administrado pudiese tener certeza y predictibilidad respecto de los trámites y procedimientos que debía realizar ante la Administración Pública para el ejercicio regular de sus derechos. Sin embargo, es muy claro también que los mecanismos diseñados hace más de veinte años requieren urgentemente ser modernizados y adaptados a las actuales circunstancias.

2. El régimen actual

Con la entrada en vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No. 2744, («LPAG») se recogieron, entre otros, los siguientes principios aplicables a los procedimientos administrativos: legalidad, razonabilidad, informalismo, simplicidad, privilegio de controles posteriores y predictibilidad⁷.

Asimismo, se recogió la figura del TUPA, estableciendo que los procedimientos administrativos que, por exigencia legal, deben iniciar los administrados para satisfacer o ejercer sus intereses o derechos, se clasificarán de acuerdo el siguiente detalle:

- (i) Procedimientos de aprobación automática.
- (ii) Procedimientos de evaluación previa, los cuales pueden estar sujetos a silencio positivo o silencio negativo.

Asimismo, estableció que los procedimientos, requisitos y costos debían estar contemplados en el TUPA.⁸ Así, las entidades sólo podrían exigir aquellos procedimientos, presentación de documentos, suministro de información o pago por derecho de tramitación, siempre que estos se encontraran contenidos en el TUPA.

Sin embargo y como se discutirá más adelante, todo lo previsto en la LPAG resulta insuficiente actualmente para facilitar la realización de proyectos de inversión por distintos motivos. Por un lado, si bien los TUPA contienen valiosa información y son muy útiles para procedimientos sencillos, en el caso de procedimientos administrativos complejos no podemos saber realmente si el permiso o autorización detallada aplica a nuestro caso ni mucho menos entender qué tan complicado será obtenerlo. Esto se debe en muchos casos a que no se especifica claramente si para solicitar el permiso convenía haber tramitado previamente otro u otros permisos.

De otro lado, pareciera que los principios de razonabilidad, predictibilidad, simplicidad e informalismo no son suficientes el día de hoy esto principalmente a los cuestionamientos frecuentes, muchas veces del propio Estado y la Contraloría General de la República, a los que tienen que enfrentarse los funcionarios públicos que, siguiendo su criterio y los principios referidos, toman la decisión de autorizar una actividad o pronunciarse acerca de la no necesidad de obtener uno u otro permiso, toda vez que no existe ninguna norma que lo exija expresamente y por lo tanto se trata de una actividad libre⁹. Más aún cuando en nuestra legislación los funcionarios públicos, salvo excepciones, deben asumir el costo de su defensa.

En la misma línea, consideramos que se debe incentivar un modelo regulatorio de los procedimientos administrativos que no caiga en un control excesivo, en donde las actividades para ser desarrolladas, requieran de innumerables permisos y autorizaciones o incluso el obtener un permiso que no resulte aplicable solo por la tranquilidad de que la actividad que será desarrollada esté expresamente autorizada. Más aun teniendo en cuenta que, de acuerdo al literal a. del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución, *«nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe»*, o principio-derecho fundamental de libertad de las personas, que pareciera no estar contenido en la regulación administrativa o en todo caso no tiene mayor trascendencia para el Estado al momento de legislar respecto a los procedimientos y trámites administrativos. Con arreglo a lo anterior, se hace evidente la necesidad de un cambio estructural en nuestra regulación administrativa.

3. ¿Qué modelo regulatorio tenemos?

Como hemos señalado precedentemente, la mayor parte de la regulación administrativa en el Perú se ha basado en regular sobre la base de prohibiciones y/o creando y regulando permisos, autorizaciones y licencias. Esto, en definitiva, responde a la «actividad» o «poder de policía», que desempeña el Estado. Al respecto, GASPARIÑO se refiere a la «actividad de policía» como aquella: *«(...) actividad que se manifiesta a través de normas o actos «de imperio», en cuanto que se imponen coactivamente a los ciudadanos. Se trata de limitaciones, condicionamientos o cargas, necesarios para una ordenada convivencia. Incluye esta actividad tanto la potestad legislativa como la*

7 Los principios del procedimiento administrativo se encuentran contemplados en el numeral IV del Título Preliminar de la LPAG.

8 Ver artículo 37 de la LPAG.

9 Es más, pese a que los principios del derecho administrativo son las directrices básicas de esta rama del derecho, cuando un funcionario público decide aplicar principios para resolver un caso resuelto por una norma no escrita, generalmente es sujeto de observaciones y acusaciones de ilegalidad, pese a que al aplicar un principio (como el de razonabilidad) está aplicando una norma jurídica.

reglamentaria, con todas sus secuelas de aplicación limitadora y coactiva, o incluso ablativa, plasmada en instrumentos como las órdenes, licencias, permisos, prohibiciones, etc».¹⁰

Como se puede advertir, es a raíz de la «actividad de policía» del Estado, que éste ha venido estableciendo prohibiciones y/o creando y regulando permisos, autorizaciones y licencias, para que el administrado pueda finalmente desarrollar sus actividades. Ahora bien, la actividad administrativa de policía responde a la necesidad que tiene el Estado de ponderar las actividades empresariales con el interés público¹¹. Así, en el caso de la minería especialmente, se tiene que ponderar la actividad empresarial y el derecho fundamental a la libre iniciativa privada, con otros derechos fundamentales y bienes jurídicos protegidos por la Constitución, como el derecho al desarrollo sostenible, la preservación del medio ambiente, diversidad biológica, entre otros.

Sobre el particular, la «actividad de policía» administrativa o de «regulación»¹², puede ser interpretada a través de dos modelos, uno sumamente intervencionista y controlador, o uno más flexible. Sobre el particular, AGUILAR VALDEZ señala que existen dos modelos regulatorios, por un lado, el modelo de comando y control y, de otro lado, el de incentivos. El primero es el modelo tradicional, que de acuerdo al autor ha tenido mayor desarrollo respecto de aquellas actividades calificadas como riesgosas y en los servicios públicos.

Así AGUILAR VALDEZ, indica:

«En este sistema, básicamente el Estado suplanta a la empresa en la adopción de las principales decisiones vinculadas a la operación de su actividad. Así, es el regulador quien le impone a la empresa lograr determinados «resultados» (ej.: metas de calidad de emisión de polución, de calidad de servicio o de niveles de producción) mediante el empleo de los «medios» o «instrumentos» (ej.: inversiones dinerarias mínimas o máximas, obras, insumos, etc.) que aquél indica por medio de las normas y órdenes regulatorias, todo ello garantizado con un régimen sancionatorio y hasta determinado

el precio que el productor debe percibir de los consumidores. (...) Así, todo aquello que no se adecue a las exactas prescripciones regulatorias es una conducta «prohibida», «ilícita» y, por ende, sancionable. Se trata entonces, de un régimen de «mandato-sanción» que se funda en la «orden» o «directiva» como mecanismo de regulación y que convierte al «regulador» en el manager de la actividad y a la «regulación» en una suerte de manual de instrucciones» del que el regulado no puede apartarse sin ser sancionado».¹³

De otro lado, AGUILAR VALDEZ describe al segundo modelo regulatorio, como un modelo de incentivos, según se menciona a continuación:

«Esta regulación, a diferencia de la «tradicional», no utiliza como mecanismo de interferencia a la «directiva» sino a los «incentivos» que se ponen en cabeza del regulado, tal como veremos seguidamente. En lo sustancial, la imposición regulatoria está fundada en la obtención por parte de éste de una serie de «resultados» -básicamente de calidad de servicio, mas, a diferencia del anterior esquema de «comando y control», la «regulación» no le impone al prestado los «medios» por medio de los cuáles éste deberá alcanzar aquellos. Esta labor queda librada al regulado.¹⁴

Como se puede notar, este segundo modelo regulatorio tiene la ventaja de permitir que el administrado tenga una mayor flexibilidad para alcanzar sus resultados. Del mismo modo, permite que la administración pueda fiscalizar ex post y pueda aplicar las penalidades correspondientes, de ser el caso, según se detalla a continuación:

«Por un lado, y al convertirse en un régimen de control de resultados ex post resulta fundamental la existencia de un régimen de «penalidades» que, antes que estar orientado a «sancionar» el incumplimiento de los «resultados»-pasado- está destinado a «incentivar» al prestador a su logro – futuro. Para lograr este objetivo, las sanciones deben tener una entidad tal que, aún desvinculadas al daño causado a los usuarios o al «servicio», la señal trasluzca sea que le resulta al gestor económicamente más conveniente – tanto en el corto como en largo plazo- arribar a

10 ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Modalidades de Actuación Administrativa en la Vida Económica, En: Principios de Derecho Público Económico. ARA Editores, Lima, 2004, p. 336-339. Sobre la actividad de policía ver los siguientes autores: ESTEVE PARDO, José. «De la policía administrativa a la gestión de riesgos» en: Revista Española de Derecho Administrativo N° 119; y, CANDA, Fabián Omar. «Régimen Jurídico de la Actividad de Policía».. En: AAVV. Policía, Servicio Público y Fomento. Ediciones RAP. Buenos Aires, 2003.

11 Sobre este equilibrio fundamental, véase LAGUNA DE PAZ, José Carlos: La autorización administrativa. Civitas. Madrid, 2006.

12 Usamos los términos como sinónimos, usando para ello las nuevas sistemáticas del derecho administrativo empleadas por autores como Santiago MUÑOZ MACHADO (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV. Editorial Iustel, Madrid, 2011) y José ESTEVE PARDO (Lecciones de Derecho Administrativo, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2011).

13 AGUILAR VALDEZ, Oscar. «Consideraciones jurídicas sobre modelos regulatorios». En: Jurisprudencia Argentina 2005-I, Buenos Aires, 2005, pg. 34

14 Ibid., pg. 39

los resultados regulados antes que no hacerlo y abonar la multa correspondiente».¹⁵

Aun cuando este modelo al igual que el primero tenga sus deficiencias que no serán materia de este trabajo, es evidente que este modelo busca otorgarle al administrado ciertas libertades pero siempre sujeto a que los resultados buscados finalmente se produzcan. En caso el administrado incumpla, estaría sujeto a un estricto régimen de sanciones como el que ya existe en nuestro país y funcionaría perfectamente considerando que al menos la autoridad de fiscalización ambiental se encuentra perfectamente preparada para asumir el reto de un esquema de regulación más inclinado al modelo de incentivos.

Lo dicho precedentemente nos lleva a reflexionar sobre la forma como se regulan, por lo general, los permisos y autorizaciones administrativas aplicables a las actividades reguladas de los distintos sectores económicos de nuestro país. Básicamente, en la actualidad, al momento de determinar la regulación administrativa aplicable, se piensa en la conducta que se desea prohibir o regular, de manera tal que la legislación se concentra y enfoca fundamentalmente en determinar, (de la forma más amplia y genérica posible) cuál será la conducta prohibida o la que requiere la expedición de un permiso o licencia, para que así no se aproveche las limitaciones de una limitada redacción de la norma para eludirla. Este enfoque de la regulación, sin embargo, hace que actividades que resultan perfectamente razonables y justificadas para ser desarrolladas en forma libre, caigan dentro del ámbito de la nueva regulación simplemente porque la norma fue redactada de manera muy general. Aun cuando esta forma de actuar vulnera principios administrativos como el de razonabilidad, informalismo, fiscalización posterior, entre otros, se piensa que es la mejor forma de regular las conductas de los privados en las actividades sujetas a control administrativo.

Este enfoque, adicionalmente, genera el riesgo para la administración de ser cuestionada posteriormente por órganos de control administrativo y judicial, por eventualmente permitir el desarrollo libre de una actividad que supuestamente caía dentro del supuesto de hecho regulado por la norma.

De otro lado, si bien es cierto que desde hace buen tiempo, los proyectos de normas consideran un análisis costo beneficio, este análisis por lo general es muy pobre y básicamente se refiere al costo

para el Estado de implementar una norma; sin que dentro del parámetro de los costos, se midan lo que el Estado y la sociedad dejarán de percibir por proyectos que no podrán ser desarrollados o que demorarán más tiempo debido a la existencia de una nueva carga regulatoria que deberá ser superada para acceder al mercado.

4. La situación actual en el sector minero

Como ocurre con la mayoría de proyectos de inversión, los proyectos mineros requieren el inicio de diversos procedimientos administrativos y la obtención de cientos de permisos y autorizaciones, unos más complejos que otros.

A manera de ejemplo, podemos mencionar que cualquier proyecto minero requiere, entre otros, aprobaciones ambientales, autorizaciones de inicio de actividades, procedimientos de participación ciudadana, obtención de concesiones mineras, concesiones de transporte o concesiones de beneficio, aprobaciones de derechos de agua que a su vez constan de diversos permisos previos, certificaciones arqueológicas, permisos y autorizaciones en materia de insumos químicos, explosivos, autorizaciones sanitarias, entre otros.

El problema radica en que el administrado se encuentra no sólo frente a un universo de permisos, sino también ante un universo de entidades con las cuales debe tratar. Ello, en la medida en que los permisos requeridos para operar un proyecto minero son diversos y requieren de la intervención de varias entidades, que en su mayoría no tienen vinculación con el sector minero ni entienden su dinámica.

En efecto, si bien las autoridades mineras han hecho y continúan haciendo esfuerzos significativos por orientar al administrado, respecto de los permisos o autorizaciones que deben obtenerse en su sector muy pocos de estos documentos brindan información completa del abanico de permisos y autorizaciones requeridos para su desarrollo, muchos de los cuales están ligados unos con los otros. Por eso es común escuchar acerca de la necesidad de contar con un ejército de abogados (y de profesionales dedicados al *permitting* regulatorio) para desarrollar un proyecto minero al igual que otro tipo de proyectos. Así pues, es el propio administrado¹⁶ el que debe averiguar y determinar los permisos que requiere, basándose en el listado de procedimientos consignados en los procedimientos TUPA de las diversas entidades involucradas, sin si quiera tener la seguridad de cuál de ellos le es aplicable, y asimismo, sin tener

¹⁵ *Ibid.*, pg. 40

¹⁶ Que deberá asumir a su propio costo, el asesoramiento profesional necesario para poder hacer un mapa de permisos y cuantificar su tiempo y costo en cuanto al tiempo necesario para el desarrollo de los proyectos.

la certeza si es que la norma vigente es la que está reseñada en el TUPA. Lo anterior, además, se vuelve más complejo cuando muchas veces ciertos permisos o autorizaciones, son pre requisito de otras autorizaciones, como por ejemplo ocurre en el caso de la licencias de uso de agua, otorgadas por la Autoridad Nacional del Agua, que son un requisito indispensable para que el titular minero pueda obtener la concesión de beneficio o sus autorizaciones de inicio de actividades.

Todo esto, nos hace regresar a lo comentado al inicio acerca de que la información consignada en los TUPA resulta hoy en día insuficiente para los administrados, sobre todo para procedimientos complejos como aquellos que se requieren para desarrollar proyectos de inversión en general, y particularmente en el sector minero. Por ejemplo, los procedimientos ambientales en donde la falta de claridad de los pasos a seguir, las etapas de los procedimientos y sobre todo el nivel de detalle que se requiere satisfacer no se encuentran definidos. Asimismo, es muy común que se aprueben nuevos dispositivos normativos, incorporando o modificando requisitos, sin que el TUPA sea actualizado. En consecuencia, la finalidad del TUPA termina distorsionándose. Si bien estas deficiencias se han venido solucionando por la vía de guías aprobadas por las distintas autoridades, términos de referencia, entre otros, esto no ocurre en todos los procedimientos ni en todos los sectores. Con arreglo a lo anterior, resulta evidente la necesidad de un cambio estructural en nuestra regulación, que le permita al administrado acceder a un sistema más claro, más dinámico y sobre todo un panorama global que le permita conocer de antemano, cuáles son los permisos que va a necesitar obtener y cuál es el camino a seguir para obtenerlo.

Una alternativa podría ser, por ejemplo, que los nuevos TUPA incluyan una matriz y flujograma de los permisos y autorizaciones que los proyectos del sector competente, generalmente, deban obtener, lo que implica la preparación del TUPA en conjunto con otras entidades del sector público a cargo de estas aprobaciones. Igualmente, las autoridades deben asegurarse de incluir en estos documentos no solamente los requisitos para iniciar el procedimiento sino las distintas etapas del mismo y qué requisitos aplicarían a cada una de estas.

En general, se necesita que las autoridades administrativas mineras asuman el reto de hacer cumplir el principio de *predictibilidad* de la actuación administrativa, el cual está claramente

consignado en el numeral 1.15 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, en los siguientes términos:

«1.15. Principio de predictibilidad.- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá».

Consideramos que, a la luz de la normativa actual, y pese a esfuerzos puntuales por desenmarañar el marco legal vigente (como los Decretos Supremos N° 054-2013-PCM, N° 060-2013-PCM, y la Ley N° 30230, amén de otras normas sectoriales), actualmente la Administración en materia minera no ha asumido un rol preponderante y determinante en la aplicación práctica del principio de predictibilidad.

Por ello es que estimamos pertinente que se adopten soluciones integrales que permitan a tener a los inversionistas no solo TUPAs actualizados, o normas desreguladoras, sino claridad y certeza en los trámites a seguir, en la secuencia de procedimientos y en la información necesaria para las aprobaciones a ser obtenidas, así como, fundamentalmente, la fijación de plazos reales para su obtención. De lo contrario, el rol de la predictibilidad o de la seguridad jurídica en materia minera continuará dejado de lado, como viene ocurriendo hasta ahora.

5. La situación actual de la normativa ambiental

Como cuestión previa, debemos señalar que de acuerdo a lo dispuesto por la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, Ley N° 27446¹⁷ (que a su vez, se inspira en el artículo 67° de la Constitución¹⁸), los proyectos de inversión pública, privada o de capital mixto, que impliquen actividades, construcciones, obras, y otras actividades comerciales y de servicios que puedan causar impactos ambientales negativos significativos, requieren contar con una certificación ambiental previa. En este sentido, ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local puede aprobar, autorizar, permitir, conceder o habilitar las actividades señaladas en el párrafo si no cuentan previamente con una certificación ambiental.

Como se puede notar, las normas ambientales por lo general se han ocupado de consagrar que

17 Ver Artículo 3 de la Ley del SEIA

18 Constitución Política del Estado. Artículo 67. El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales

nada que pueda generar impactos ambientales significativos (casi cualquier actividad humana los puede generar) se pueda hacer sin la correspondiente certificación ambiental. Nuevamente, en la senda de un modelo de comando y control, nos hemos ocupado de determinar la conducta prohibida, sin pensar en lo que sí está permitido con un criterio más favorable a la libertad y a la creación de riqueza. Tan es así que son pocas las regulaciones ambientales sectoriales que se han ocupado en detalle en identificar qué actividades o modificaciones se pueden hacer a los distintos proyectos sin que esto implique modificar el instrumento de gestión ambiental respectivo.

Sobre el particular, el artículo 48 del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado por Decreto Supremo No. 019-2009-MINAM establece lo siguiente:

«El EIA debe ser elaborado sobre la base del proyecto de inversión diseñado a nivel de factibilidad. La Autoridad Competente no admitirá a evaluación un EIA si no se cumple esta condición».

De acuerdo con la normativa ambiental vigente, los estudios de impacto ambiental se deben elaborar a un nivel de factibilidad, lo cual implica que éste se prepare y apruebe antes de siquiera definir el detalle final del proyecto y evidentemente antes de empezar la construcción y operación del proyecto. Siendo ello así, es inevitable que durante las actividades de diseño final o de detalle o incluso de construcción y posterior operación del proyecto, surjan necesidades que obliguen al titular minero a modificar, incluir o suprimir diversos componentes, tales como plataformas, tuberías, campamentos, instalaciones, entre otros, en su estudio de impacto ambiental, toda vez que éste se preparó a nivel factibilidad en una etapa preliminar.

Sin embargo, los instrumentos de gestión ambiental, como están actualmente planteados, no permiten que el titular de la actividad minera pueda tener la libertad de efectuar dichos cambios por mínimos que sean. En efecto, para poder implementar dichos cambios, es muy probable que se requiera iniciar un trámite de modificación de estudio de impacto ambiental, lo cual en definitiva implica que el proyecto se paralice, por un periodo aproximado de un (1) año. De hecho, pareciera ser que existe una presunción por parte de la autoridad, para considerar que los cambios

van a generar mayores impactos ambientales, y que, en consecuencia requieren ser aprobados por la autoridad competente.

Ahora bien, lo cierto es que los cambios o modificaciones son naturales, toda vez que es imposible determinar todos los alcances de todas las actividades, sin que en el camino se pueda detectar que existen mejores alternativas, o que la implementación de una medida es más viable que otra, y esto no se pudo detectar cuando el instrumento de gestión ambiental se elaboró y aprobó a nivel de factibilidad.

Esto último permite notar que al marco regulatorio ambiental, así como a sus procedimientos, les falta una cuota importante de flexibilidad, para permitir cambios y modificaciones de los instrumentos de gestión ambiental. Esto no significa eliminar la evaluación de los cambios, sino por ejemplo, la posibilidad de permitir una mayor libertad del particular en realizar tales adecuaciones y cambios sujetos a una verificación administrativa o a la adopción de un plan de manejo ambiental. Sin embargo, actualmente, se le impone a las empresas mineras la necesidad de gestionar modificaciones de los EIA que en la práctica demoran tanto como solicitar un nuevo Estudio.

Como se puede notar, nuestra regulación actual resulta insuficiente en este tipo de escenarios, no sólo por lo mencionado en párrafos anteriores, sino también en el marco de los procedimientos administrativos de aprobación de los estudios de impacto ambiental, en donde los funcionarios terminan requiriendo a los administrados información y requisitos adicionales, que nunca estuvieron contemplados en ninguna norma, para evitar cualquier tipo de responsabilidad. Esto último viola cualquier regla de predictibilidad, ya que el inversionista, con el afán de obtener el permiso, termina sometándose a la discrecionalidad (espuria, ya que no nace de la ley) del funcionario, en lugar de obtener un permiso con los requisitos preestablecidos por ley.

Por tanto, en general, también podemos observar que en la regulación medioambiental, no se respeta, por lo general, el principio de predictibilidad, y por lo general, se regula mediante técnicas de comando y control o de «luz roja»¹⁹, como estándares basados en prohibiciones. Sin embargo, esta forma de regular, como lo hemos señalado, implica un sacrificio desmedido de la libertad de empresa y la iniciativa privada, no respeta la seguridad jurídica, e inclusive, podríamos calificarla de desproporcionada. Se

19 Sobre el tema puede verse también MONTT, Santiago: Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación juridificadora del derecho administrativo y sus principios fundamentales. En: AAVV. DERECHO ADMINISTRATIVO Y REGULACION ECONOMICA. Liber amicorum Profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz. La Ley. Madrid, 2011. Páginas 55-80.

impone entonces, la necesidad de pensar formas de superar este esquema de regulación.

6. La opción de la regulación «positiva» como una alternativa

Luego de haber explicado de forma muy resumida la situación actual del modelo regulatorio en manera medio ambiental y minera, consideramos se deberían aprobar medidas legislativas que apuesten por un modelo más flexible y dinámico en donde se reconozca como principio administrativo vinculado a los principios de informalismo, predictibilidad, y razonabilidad al principio de **regulación positiva**.

Así pues, la Regulación Positiva pasa por el reconocimiento como principio administrativo del principio jurídico y constitucional de que «lo que no está prohibido está permitido» y está relacionada con otros principios generales del Derecho, como el de libre iniciativa privada, la subsidiariedad regulatoria y el de «favor libertatis» o el de la interpretación más preferente hacia la libertad en lugar que las restricciones en materia administrativa.

¿Cuáles serían las finalidades y características de este nuevo principio?

Pasa por darle a la administración la tranquilidad de que no será cuestionada posteriormente por aceptar expresamente, desde la propia ley, que no cabe el otorgamiento de un permiso cuando la norma no lo exige expresamente, lo mismo en relación con el administrado.

Pasa por que al momento de analizar una nueva regulación no solo se identifique la conducta prohibida sino además qué conductas se entienden permitidas o aquellas a las que la norma que se pretende expedir no alcanza. Es decir, objetivar adecuadamente el campo de aplicación de la norma²⁰.

Asimismo, requiere que al efectuar dicho análisis, el legislador evalúe también el efecto real de una nueva regulación, prohibición o procedimiento identificando, por obligación, aquellas actividades a las que no se pretende alcanzar y en todo caso que quede muy claro que la imposición de esta nueva regulación podría generar impactos significativos en la ejecución de nuevos proyectos y cuáles serían los efectos para el país de estos. Para ello es fundamental, trabajar exposiciones de motivos, y guías metodológicas que deben

ser aprobadas de forma conjunta con las nuevas regulaciones.

En conjunto con lo anterior, es necesario contar con una regulación que promueva la simplificación administrativa que fue planteada en la década de los noventa. En este sentido, se podría trabajar en promover la comunicación y coordinación entre todas las autoridades administrativas que tengan alguna incidencia en los permisos, autorizaciones y licencias requeridas para la operación de un proyecto minero, y así se pueda elaborar un documento consolidado conjunto que permita conocer de antemano, la mayoría de los permisos, autorizaciones y licencias que se van a requerir para poder empezar a operar un proyecto.

De hecho, este modelo se podría complementar con la figura de las declaraciones juradas, como medio sustitutorio de ciertos títulos habilitantes, figura que ya fue incorporada en la Ley de Simplificación Administrativa, pero que ha perdido ciertamente mucho espacio en nuestro ordenamiento (pese a también estar contemplada en la LPAG). Conviene tener presente que esta figura, que tuvo una de sus primeras utilidades a nivel mundial en el Perú, ya ha sido empleada y comprobada en legislación foránea. Así, por ejemplo, en el derecho italiano se habla de la «*declaración de inicio de actividades*». Al respecto, NUÑEZ LOZANO, señala lo siguiente:

*«El rasgo más significativo del régimen de la declaración de inicio de actividad es el de que con ella se prescinde, no ya del acto escrito (que es lo que sucede con las diferentes modalidades de silencio administrativo que contempla la propia Ley 241/1990), sino del acto en sí, la autorización o del acto administrativo mismo (...). Señaladamente, la declaración de inicio de la actividad en el Derecho italiano sustituye a la decisión de la Administración, lo que a juicio de la doctrina, justifique que no se trate de un supuesto de inactividad de la Administración».*²¹

Del mismo modo, esta figura también ha sido regulada en España, con las figuras «comunicación previa» o «declaración responsable», las mismas que se detallan a continuación:

«La comunicación previa es descrita, por el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, como aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un

20 Como lo hace por ejemplo la Ley de Contrataciones del Estado, la cual señala expresamente a cuáles contratos sí aplica, y a cuáles contratos no aplica.

21 NUÑEZ LOZANO, María del Carmen. Las actividades comunicadas a la Administración. Madrid: Marcial Pons, 2001, pg. 37-40.

derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1. Se recoge como declaración responsable el mismo precepto: el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento mediante un periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio

La normativa califica a ambas figuras, de entrada, de «documentos» Documentos que deben suscribir las personas interesadas en ejercitar un derecho, facultad o desempeñar una actividad».²²

De acuerdo a lo anterior, se podría evaluar esta posibilidad, incluyendo una serie de actividades y permisos, que por su propia naturaleza, no requieran una intensiva participación del Estado, para aprobarla. Un claro ejemplo, podría darse en el campo de los instrumentos de gestión ambiental, en donde la figura de las Declaraciones Juradas podría convertirse en una solución frente al exceso de regulación que existe actualmente.

En efecto, a través de las Declaraciones Juradas, se le podría otorgar una mayor libertad al administrado, para incluir, modificar o sustituir componentes que inicialmente estuvieron contemplados en su estudio de impacto ambiental, pero que en la práctica requieren ser modificados o suprimidos, por las razones anteriormente expuestas. Así, para aquellos proyectos que ya cuenten con un EIA aprobado, se podría establecer que las modificaciones del mismo, que no representen una variación sustantiva, y que por su naturaleza no generan un impacto ambiental negativo, se puedan realizar a través la figura de la Declaración Jurada. Así, el titular minero asumiría la responsabilidad de dichas modificaciones. De hecho, para el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, «OEFA») sería fácil advertir las modificaciones efectuadas,

teniendo en cuenta no sólo las comunicaciones que efectúa el administrado, sino también la línea base contemplada en el estudio de impacto ambiental.

Es decir, en vez de someternos a un régimen controlador, en donde cualquier modificación del instrumento de gestión ambiental, que no haya sido aprobada por el sector correspondiente, constituya una infracción, busquemos un esquema regulatorio de incentivos. Lo anterior implica concebir al estudio de impacto ambiental como un instrumento dinámico y no como un instrumento estático, como lo es actualmente.

De acuerdo a lo anterior, consideramos que sería recomendable elaborar un listado de actividades permitidas, es decir actividades que de por sí, no debieran generar un impacto significativo en el ambiente, y que para realizarlas sólo se necesite presentar una Declaración Jurada, en donde se adjunte un sustento técnico de las modificaciones o cambios a incluir. Dichas comunicaciones, estarían sujetas a un estricto control por parte de la autoridad, asumiendo el titular minero, la responsabilidad por las mismas.

La idea detrás de estas alternativas, es brindar al administrado un régimen de verdadera simplificación administrativa, en «donde el administrado tenga facultad para actuar, y la administración poder para fiscalizar. Vale decir, adoptar un esquema administrativo de «luz verde» adecuadamente combinado con esquemas represivos de «luz roja». Determinar adecuadamente las zonas de aplicación de lo prohibido, pero también precisar y juridificar el ámbito de las zonas permitidas para así generar más transparencia y predictibilidad para la inversión privada. Esto último acompañado con nuevas tendencias y técnicas que permitan la predictibilidad necesaria para que los administrados y la propia Administración colaboren en el desarrollo *sostenible* del país en materia minera y ambiental. ☒

22 RODRIGUEZ FONT, Mariola. «Técnicas de control en la Transposición de la Directiva de Servicios: Comunicación previa y declaración responsable». En: *La Termita Bolkestein*. Navarra: Aranzadi, pg. 82.