

Conflictos de competencia en la aplicación de la legislación ambiental

Alberto Varillas Cueto

Abogado. Master of Comparative Jurisprudence. University of Texas at Austin.

I. INTRODUCCIÓN.

El Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, aprobado por Decreto Legislativo No. 613 (en adelante «el Código») constituye un intento serio por establecer en el Perú un marco legal claro y ordenado que permita a las diversas actividades económicas desarrollarse en forma razonablemente armónica con el ambiente.

Dentro del marco general dispuesto por el Código, con las modificaciones dispuestas por el Decreto Legislativo No. 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, se han dictado normas que facilitan las inversiones en áreas de gran importancia económica para el país como minería, petróleo, electricidad, pesquería y agricultura.

Las normas dictadas hasta la fecha han mantenido la competencia sectorial en materia ambiental para cada actividad. De esa forma, se busca otorgar a los inversionistas la seguridad normativa y las garantías de estabilidad necesarias para desarrollar su actividad con la absoluta certeza que las normas ambientales, la fiscalización de las mismas y la imposición de sanciones por el incumplimiento de éstas sólo puede provenir del sector de la administración pública al que corresponde su actividad económica.

No obstante lo mencionado en el párrafo anterior, y como se señala más adelante en el presente artículo, el esquema teórico original viene siendo minado por diversas normas ya vigentes y por otras que aún son proyectos pero que, de materializarse, podrían significar el regreso al antiguo caos normativo y de competencia que el Código pretende evitar.

II. MARCO LEGAL ACTUAL: ACTIVIDADES YA REGULADAS.

Tal como se ha indicado, tras la promulgación del Código las regulaciones ambientales se han expedido por los distintos sectores de la administración pública, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 51 y la Novena Disposición Complementaria del Decreto Legislativo No. 757, las que establecen que toda referencia a la «autoridad competente» contenida en el Código debe entenderse hecha a la «autoridad sectorial competente»; es decir, al ministerio del sector al que corresponda la actividad económica que se desarrolla.

Bajo la premisa contenida en el párrafo anterior, y según lo dispuesto por leyes de carácter general como la Ley General de Minería⁽¹⁾, Ley Orgánica de Hidrocarburos⁽²⁾, Ley de Concesiones Eléctricas⁽³⁾, Ley General de Pesca⁽⁴⁾, etc., sectores como energía y minas⁽⁵⁾,

(1) Texto Único Ordenado aprobado por D.S. No. 014-92-EM.

(2) Ley No. 26221.

(3) Decreto Ley No. 25844.

(4) Decreto Ley No. 25977.

(5) Para Minería D.S. No. 016-93-EM. En el caso de hidrocarburos, el D.S. No. 046-93-EM, modificado por D.S. No. 09-95-EM.

pesquería⁽⁶⁾ y agricultura⁽⁷⁾ han emitido reglamentos que establecen las normas vigentes en materia de protección ambiental y el procedimiento que debe seguirse para la adecuación a ellas de las actividades económicas en ejecución. En términos generales, estas normas han establecido la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) en forma previa al inicio de cualquier nueva actividad y el desarrollo de un Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) que en un plazo de cinco, siete o diez años⁽⁸⁾, según corresponda al tipo de actividad, permitirá que las empresas en funcionamiento efectúen las inversiones y adopten las acciones necesarias para cumplir con los estándares de contaminación que oportunamente fije el sector competente o, de ser el caso, el Consejo Nacional del Ambiente (CONAM)⁽⁹⁾.

Las mismas normas regulan también la imposición de multas por parte de cada sector competente en casos de contaminación o de incumplimiento de lo que ellas establecen.

III. TRES CASOS CONCRETOS: LA MARINA DE GUERRA, EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE AGUAS Y LA POLICÍA ECOLÓGICA.

Tal como ha sido expuesto y no obstante la claridad de la competencia sectorial que debería existir en materia ambiental, ella no viene siendo observada

por los distintos sectores del Poder Ejecutivo.

Presentamos tres casos en los cuales la superposición de competencias viene dándose o puede darse en un futuro inmediato si es que el propio Poder Ejecutivo no respeta el esquema que él mismo ha establecido mediante las normas antes señaladas.

a) Injerencia de la Marina de Guerra en las actividades económicas.

La importancia de este caso concreto radica en que se basa en normas legales vigentes cuya aplicación viene dándose en la actualidad. Así, el Reglamento de Capitanías y de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres⁽¹⁰⁾ y el Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Marina de Guerra del Perú (TUPAM)⁽¹¹⁾, otorgan a esta entidad, representada por la Dirección de Hidrografía y Navegación (DHN) y la Dirección General de Capitanías y Guardacostas (DICAPI), competencia en materia ambiental tanto en el mar como en los ríos y lagos navegables.

En tal sentido, el TUPAM establece que la DHN tendrá a su cargo la elaboración de Estudios del Medio Ambiente Acuático, del procesamiento de la información referida a las condiciones del medio ambiente y del arrendamiento al interesado de los equipos, instrumentos y facilidades necesarias para el Estudio del Medio Ambiente Acuático⁽¹²⁾.

(6) D.S. No. 08-94-PE y RR.MM. Nos. 232, 236, 287, 438 y 478-94-PE y 322-95-PE.

(7) Resoluciones Jefaturales Nos. 163-94 y 021-95-INRENA.

(8) Para las actividades de hidrocarburos el plazo es de siete años, pudiendo ser reducido por la Dirección General de Hidrocarburos. En Minería, el plazo variará entre cinco y diez años dependiendo de si la actividad desarrollada incluye o no labores de lixiviación. Para electricidad, el plazo es de diez años.

(9) El esquema brevemente expuesto corresponde, fundamentalmente, al existente para las actividades mineras, de hidrocarburos y de electricidad. No obstante, existen algunas peculiaridades como la Evaluación Preliminar Ambiental (EVAP) exigible para la minería. En agricultura se han establecido consideraciones preliminares para la elaboración de los Estudios de Impacto Ambiental en una guía aprobada por el INRENA. Para la pesquería existen disposiciones referidas a la acuicultura, el procesamiento pesquero y la pesca de consumo humano directo, para la cual ya se han establecido límites permisibles a la emisión de desechos. Por otro lado, si bien para las industrias nuevas o ya establecidas no existe una norma específica que las obligue a adoptar ninguna de las medidas antes expuestas, según el artículo 51 del Decreto Legislativo No. 757, que modifica tácitamente el artículo 8 del Código, es posible para el Ministerio de Industrias disponer que una fábrica, empresa o actividad en particular elabore un EIA recurriendo a los servicios de las empresas autorizadas para ello según el D.S. No. 080-92-ICTI-DGI.

(10) D.S. No. 002-87-MA.

(11) D.S. No. 070-DE/MCP del 14 de Agosto de 1994. Esta norma, además de abordar el tema ambiental establece obligaciones aplicables a las actividades hidrocarburíferas sin contar con la opinión favorable del Ministerio de Energía y Minas, contrariando el artículo 4 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos (Ley No. 26221), impone tasas de naturaleza tributaria, pese a ser un Decreto Supremo y no una Ley, y establece derechos por procedimientos administrativos superiores a una UIT en violación de lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley de Procedimientos Administrativos. Pese a todas estas evidentes ilegalidades, la norma en cuestión sigue vigente y en plena aplicación.

(12) Es importante señalar que el desarrollo de estas actividades implica la ejecución de actividad empresarial por parte de la Marina de Guerra, lo cual requiere de ley expresa sustentada en razones de «alto interés público o la manifiesta conveniencia nacional», observando el criterio de subsidiariedad a fin de evitar derechos monopólicos a favor del Estado, conforme lo dispone el artículo 60 de la Constitución de 1993.

La norma en cuestión no señala en qué casos será exigible la elaboración de los Estudios del Medio Ambiente Acuático, razón por la cual las operaciones petroleras que se desarrollan en el Zócalo Continental, en la selva relacionadas con ríos navegables y las recientemente iniciadas en el Lago Titicaca, no gozan de garantía alguna de que los EIA que han elaborado y han sido aprobados por la Dirección General de Hidrocarburos (DGH) tengan valor suficiente para la Marina de Guerra pues ésta podría, en cualquier momento, requerir de la presentación de un Estudio del Medio Ambiente Acuático similar, complementario o distinto al que ya han elaborado. Este requisito podría ser exigible también a las empresas mineras cuyas áreas de influencia alcanzan a ríos o lagos navegables como sería el caso de las empresas auríferas que laboran en la selva del país.

El incumplimiento de los requisitos antes señalados así como los casos de contaminación que puedan presentarse se encuentran sujetos a sanción. En el caso particular de la contaminación por derrames de petróleo, en la actualidad ya existe el problema de doble sanción. En efecto, en estos eventos, tanto la DGH como la DICAPI⁽¹³⁾ imponen sanciones a las empresas responsables, lo que constituye una doble sanción por un mismo hecho⁽¹⁴⁾.

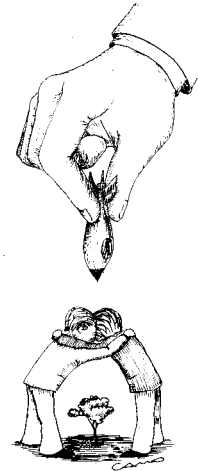
Similares trabas burocráticas y exposición a múltiple sanción por un mismo hecho existe para las empresas pesqueras y de transporte marítimo. Estas facultades, además, serían ratificadas de promulgarse el Proyecto de Ley sobre las Actividades Marítimas Fluviales y Lacustres actualmente en elaboración.

b) El Proyecto de Ley Orgánica de Aguas.

El Proyecto de Ley Orgánica de Aguas, actualmente en debate en el Congreso, contempla la creación de las Autoridades de Cuenca las mismas que, entre otras atribuciones cuentan con la de imponer multas y sanciones por la comisión de infracciones a la ley, tal como la contaminación de las aguas que se encuentran

bajo su competencia.

Esta disposición, al igual que en el caso descrito en el punto anterior implica que, por ejemplo, las empresas petroleras y mineras se encontrarán sujetas también a la imposición de doble sanción por parte de la «autoridad sectorial competente» (DGH o Dirección General de Minería-DGM-)⁽¹⁵⁾, así como por la Autoridad de Cuenca pertinente.



Cabe señalar, a modo de ejemplo, que de aprobarse esta ley una empresa petrolera o minera con operaciones ubicadas cerca a algún río navegable podría estar sujeta a sanciones por parte de la DGH o la DGM, la DICAPI y la Autoridad de Cuenca competente por un mismo hecho contaminante.

c) La Policía Ecológica.

Esta división de la Policía Nacional del Perú (PNP) se crea como consecuencia de la adecuación de la Estructura Orgánica de la PNP teniendo como base a la antigua Policía Forestal y otorgándole como misión «la protección y conservación de los recursos naturales y el medio ambiente».

Ninguna de las normas que sirven como base

(13) La Marina de Guerra sustenta su accionar en el Convenio MARPOL 73/78 que regula la contaminación en el mar. Sin embargo, el MARPOL no otorga competencia absoluta y exclusiva a dicha entidad en materia ambiental sino que otorga cierto margen a la legislación nacional para regular este tema. En todo caso, y tal como se plantea más adelante, siempre sería posible que las facultades que otorga el MARPOL 73/78 sean delegadas a otros sectores.

(14) Es interesante señalar que mientras la DGH no sanciona los derrames de menos de diez barriles de petróleo y tiene una escala de multas según la cantidad de barriles derramados, la DICAPI impone multas a partir de un barril derramado y que, al libre criterio de la autoridad, pueden variar entre 5 y 400 UIT.

(15) Si bien para efectos mineros no existe una escala similar a la referida al derrame de barriles de petróleo, la DGM sanciona el incumplimiento de todas las obligaciones formales que el Reglamento impone y que, según su gravedad y tipificación, pueden estar sujetas a multas que van desde 0.5 UIT hasta 500 UIT existiendo, incluso, la posibilidad del inicio de una acción penal en caso los reportes presentados contengan información falsa.

legal a la existencia y funcionamiento de la Policía Ecológica⁽¹⁶⁾ precisa la forma en la que debe operar la misma ni señala cuál es su ámbito de acción. Como consecuencia de esta falta de claridad normativa, la Policía Ecológica ha decidido intervenir en todos los casos en que se presume la comisión de alguno de los delitos contra la ecología previstos por el Código Penal⁽¹⁷⁾, algunas de las cuales establecen la imposición de pena privativa de la libertad (entre uno y ocho años) como sanción. Si bien algunos de los artículos establecen como requisito para la comisión del delito que éste se lleve a cabo «...sin cumplir las normas sanitarias...» o «...contraviniendo las disposiciones de la autoridad competente...», el carácter general de estas normas, la falta de coordinación con las autoridades legalmente competentes así como el poco manejo de las normas sectoriales por parte de la autoridad policial, han determinado el inicio indebido de investigaciones policiales y de la correspondiente denuncia penal.

Si bien en algunas situaciones se ha logrado que la autoridad competente encauce el inicio de cualquier acción policial, ello ha implicado que el interesado deba justificar la forma de ejecución de sus actividades ante la Policía Ecológica con la presentación, por ejemplo, de un ejemplar del Estudio de Impacto Ambiental aprobado por el sector responsable⁽¹⁸⁾. Esto, sin embargo, no tendría por qué repetirse en el caso de las actividades industriales que, como ya se indicó, no están sujetas a ninguna norma sectorial en la cual ampararse pese a que, el MITINCI es la «autoridad sectorial competente» según el Decreto Legislativo No. 757 y, consecuentemente, la única autorizada a imponer obligaciones y sanciones de tipo ambiental a estas actividades.

IV. CONCLUSIÓN: ¿PUEDE EVITARSE EL REGRESO AL CAOS NORMATIVO?

Como puede verse hasta aquí, el caos normativo ambiental futuro en materia ambiental parece inevitable. Ello se confirma si, a los conflictos intersectoriales

ya indicados, añadimos la intervención de los gobiernos locales o regionales⁽¹⁹⁾ que afecta y sobrepasa la competencia sectorial dispuesta por el Decreto Legislativo No. 757, así como el hecho que, lamentablemente, a la fecha no existen antecedentes en los cuales los sectores correspondientes hayan logrado defender adecuadamente su competencia en beneficio de la seguridad jurídica necesaria para las actividades de las cuales son responsables. Todo lo anterior, sumado a las facultades coactivas de cobranza de las multas impuestas de las que gozan o gozarían las instituciones antes indicadas, no hacen sino alterar el clima de seguridad jurídica que debe existir en materia ambiental.

Así las cosas, es previsible que en un futuro no muy lejano, uno de los propósitos del Código (la conservación del medio ambiente y el uso sostenido del mismo y de los recursos naturales con el desarrollo socioeconómico)⁽²⁰⁾ se desvanezca en una maraña de normas legales como la existente hasta antes de su vigencia. De esa manera, las empresas nuevas o en actividad se verían obligadas a presentar un EIA a cada uno de los sectores que se lo exija según las normas y requerimientos que cada sector establezca; los PAMA elaborados por dichas empresas y aprobados por el sector supuestamente competente serían desconocidos por otro sector; como ya ocurre, se difundiría la doble o múltiple imposición de multas y sanciones por la comisión de una misma falta; la Policía iniciaría acciones penales indebidamente, etc.

Sin embargo, el futuro no parece estar muy lejano después de todo, ya que con ocasión del reciente derrame de 429 barriles de petróleo ocurrido en la playa de Conchán, han reclamado su derecho a participar un sinnúmero de entidades estatales como DIGESA, IMARPE y SENAMHI así como una universidad estatal y el Ministerio Público, además de las ya mencionadas DGH, DGAA y DICAPI. Es más, y algún monto entre S/. 10,000 y S/. 800,000 que impondría la DICAPI a la fecha, es público que PETROPERÚ S.A. deberá pagar una multa de 300 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) equivalente a S/. 600,000 impuesta por la DGH⁽²¹⁾, otra de 10

(16) Decreto Legislativo No. 744, R.D. No. 0133-94-DGP/EMG y R.D. No. 2065-94-EMG PNP/DIPI.

(17) Título XII. Artículos 304 a 314.

(18) Esta situación se ha presentado en el caso de algunos grifos donde la oportuna intervención de la Dirección General de Asuntos Ambientales (DGAA) del MEM logró frenar el inicio de la investigación policial.

(19) A esta interferencia puede sumársele la de otras entidades públicas como DIGESA (Dirección de Salud Ambiental/Ministerio de Salud), INRENA (Instituto Nacional de Recursos Naturales/Ministerio de Agricultura) y, en algunos casos, SEDAPAL. Como puede verse, el universo de siglas de organismos estatales con competencia ambiental puede resultar inagotable.

(20) Código, artículo 1, incisos 1 y 3.

UIT por S/. 20,000 dispuesta por la DICAPI⁽²²⁾, así como la multa establecida por la Municipalidad Provincial del Callao de 500 UIT (S/. 1'000,000) de todas las cuales han dado cuenta los medios de comunicación, sin dejar de mencionar las sanciones penales que podrían aplicarse a los funcionarios de dicha empresa que puedan ser hallados responsables.

Para evitar el sombrío panorama descrito en los párrafos anteriores y devolverle seriedad y seguridad al marco normativo ambiental vigente en el país frente a los organismos internacionales y a los inversionistas nacionales y extranjeros, las acciones que ejecute el Consejo Nacional del Ambiente (CONAM)⁽²³⁾ resultan fundamentales. En tal sentido, podrían adoptarse las siguientes medidas:

- Formular la política nacional ambiental, definiendo si se va a mantener el esquema sectorial actualmente vigente, si se va a optar por uno centralizado en el CONAM o se implementaría uno mixto en el cual los sectores deban reportar al CONAM y cumplir con las disposiciones que éste expida.

- En cualquiera de los sistemas antes indicados, con el ánimo de preservar la política nacional ambiental y con la finalidad de que los distintos sectores del Poder Ejecutivo y el Congreso coordinen efectivamente con el CONAM, debería modificarse la ley de creación del CONAM a fin de establecer una previsión similar a la contenida en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Así, toda ley, norma sectorial o tratado que tenga relación o contenido ambiental requerirá la opinión previa y favorable del CONAM para su promulgación o ratificación, según sea pertinente.

- Revisar los tratados suscritos por el Perú en

materia ambiental y establecer, cuando corresponda, un mecanismo de delegación de facultades entre las entidades competentes según los tratados y las competentes de acuerdo a la legislación nacional (sectores o CONAM). En otros países (Estados Unidos, Canadá, Australia, etc.) este problema ha venido resolviéndose mediante la suscripción entre las autoridades públicas de documentos denominados «Cartas de Intención». Como consecuencia de la suscripción de este tipo de documentos, por ejemplo, la DICAPI o las Autoridades de Cuenca quedarían encargadas de reportar los casos de contaminación imputables a empresas petroleras o mineras que se presenten en el mar o en los ríos y lagos navegables, pero sería la DGH o la DGM la única entidad que impondría la multa.

- Reglamentar la Ley del CONAM a fin de permitir a esta institución contar con los mecanismos necesarios para desarrollar sus funciones.

Finalmente, debe quedar claro que no es propósito de este artículo minimizar la importancia del uso y desarrollo sostenible del ambiente y los recursos naturales mediante la disminución o eliminación de sanciones a quienes resulten responsables de contaminación. Por el contrario, el principio «**el que contamina paga**» previsto por el Código debe mantenerse. Pero, justamente para una adecuada aplicación de dicho principio y para permitir que el desarrollo socioeconómico sea armónico con el equilibrio ecológico es indispensable la existencia de un marco legal que en materia ambiental, así como en tantos otros, ofrezca las suficientes garantías de estabilidad y seguridad necesarias para el desarrollo del país y que la «**autoridad competente**» sea realmente la que está definida por ley. ☞

(21) El Quinto Considerando de la Resolución Directoral No. 088-95-EM/DGH que impone esta multa la DGH señala claramente su competencia en materia de contaminación ambiental, lo cual es correcto. No obstante, habrá que esperar la reacción de las demás entidades involucradas y ver si estarán dispuestas a admitir que, en esta materia, la DGH es la única «autoridad competente» tal como lo dispone el Decreto Legislativo No. 757.

(22) La Resolución de Capitanía No. 131-95 expedida por la DICAPI estimó que el derrame ocurrido fue consecuencia de un «caso fortuito». Además de la multa impuesta, PETROPERÚ S.A. deberá asumir los costos operativos y administrativos de mitigación de la contaminación así como de limpieza de las áreas marítimas y terrestres afectadas.

(23) Creado por Ley No. 26410.