

LA NECESIDAD DE REGULAR DE FORMA PRIORITARIA LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE LA CONTAMINACIÓN PARA LOGRAR UNA MAYOR EFICACIA EN LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL MINERO-ENERGÉTICO*

THE NEED TO REGULATE POLLUTION PREVENTION MEASURES AS A PRIORITY IN ORDER TO ACHIEVE GREATER EFFICIENCY IN THE ENVIRONMENTAL ENFORCEMENT OF MINING AND ENERGY

Martha Inés Aldana Durán**
Pontificia Universidad Católica del Perú

In terms of environmental protection the priority is the prevention of pollution before any other measure. However, should this protective measure be compulsory or voluntary for all those who affect the environment? Is recycling or energy efficiency required?

In this article, the author analyzes these issues based on comparative legislation, doctrine and jurisprudence. Similarly, focusing on the mining and energy issue, studies its national regulation and its correlation with the activity of the Peruvian environmental inspection agency.

KEY WORDS: Principle of prevention; pollution; environmental inspection; environmental; health.

En materia de protección del ambiente lo prioritario es la prevención de la contaminación antes que cualquier otra medida. Sin embargo, ¿esta medida de protección debería ser obligatoria o voluntaria para todo aquel que afecte el medio ambiente? ¿Es exigible el reciclaje o la eficiencia energética?

En el presente artículo, la autora analiza estos temas sobre la base de la legislación comparada, doctrina y jurisprudencia. De igual forma, centrándose en el tema minero-energético, estudia su regulación nacional y su correlación con la actividad del organismo de fiscalización ambiental peruano.

PALABRAS CLAVE: Principio de prevención; contaminación; fiscalización ambiental; medio ambiente; salud.

* La autora agradece los comentarios formulados por Milagros Verástegui, Carol Mora y César Neyra al presente artículo.

** Abogada. Magíster en Derecho (LL.M.) con especialidad en Derecho Ambiental por la American University – Washington College of Law. Ha sido asesora en legislación ambiental en el Congreso de la República, Ministerio de Agricultura, Ministerio de Salud (DIGESA), supervisora legal del Organismo de Supervisión de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), asesora del Viceministro de Gestión Ambiental, Directora de Fiscalización y Coordinadora General de Proyectos Normativos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), así como Directora de Gestión Estratégica del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE) del Ministerio del Ambiente. Profesora de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Contacto: maldana@puccp.pe.

I. INTRODUCCIÓN

La prevención de la contaminación es la tendencia moderna en el ámbito de la gestión ambiental a nivel mundial. La idea es lógica, pues en lugar de permitir la generación de contaminantes y el control de su descarga al ambiente, se busca más bien que se disminuya desde el origen tanto los volúmenes cuanto la peligrosidad de los mismos. En este sentido, la prevención debería adoptar una prioridad real en la gestión ambiental siendo necesario que el titular de actividades productivas deba primero prevenir, y si no puede prevenir, tenga que reciclar, y si no puede reciclar, deba realizar un tratamiento y solo si ello no es posible, disponga o vierta los contaminantes al ambiente.

Sin embargo, la gran disyuntiva se presenta cuando se llega a la definición de la naturaleza jurídica que deberían tener las medidas de prevención de la contaminación. ¿Deberían ser medidas voluntarias u obligatorias? ¿Se puede exigir que el titular de una actividad adopte medidas como el reciclaje de sus residuos o la eficiencia energética de sus actividades? O es que ¿estas son medidas que únicamente deben quedar establecidas como medidas de naturaleza promocional, como buenas prácticas que son reconocidas en tanto aportan a la conservación ambiental sin que exista una obligación legal de por medio?

En el presente artículo se presenta un análisis sobre este tema tomando como eje de partida la regulación del Principio de Prevención en la gestión ambiental, así como el concepto internacionalmente aceptado de prevención de la contaminación en la legislación comparada, particularmente en los Estados Unidos de América. Seguidamente se evalúa de qué manera la legislación ambiental peruana aplicable al ámbito de las actividades minero-energéticas regula la prevención de la contaminación para, a partir de ello, analizar cómo se relacionan las reglas sustantivas en materia ambiental con el ejercicio de las funciones de fiscalización ambiental a cargo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental [en adelante, OEFA].

II. LA PREVENCIÓN DE LA CONTAMINACIÓN

A. El Principio de Prevención en la gestión ambiental

Más vale prevenir que lamentar. Este simple refrán cobra especial importancia en el ámbito de la

gestión ambiental debido a la fragilidad del equilibrio de los ecosistemas y a los potenciales riesgos en la salud de las personas que puede significar la exposición a contaminantes ambientales. Partiendo de esta misma lógica, uno de los principios básicos del derecho ambiental es el principio de prevención.

La Ley General del Ambiente, en su Título Preliminar recoge este principio, señalando lo siguiente:

Artículo VI. - “Del principio de prevención

La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan”.

Así, se encuentra legalmente establecida la prioridad que tiene la prevención antes que la corrección en materia ambiental, esto es la necesidad de vigilar para saber cuál es el riesgo existente y, como objetivo último, evitar que se genere la degradación ambiental.

Cabe señalar que entendemos la degradación ambiental en sus dos vertientes, comprendiendo los denominados “temas verdes”, que son los referidos al uso irracional de los recursos naturales, así como también los llamados “temas marrones” que son los referidos a la afectación de la calidad ambiental debido a la contaminación generada por causas antrópicas¹.

Al regular el principio de prevención, la Ley General del Ambiente es clara en señalar el mandato para que, en primer lugar, se ataquen las causas que generan la degradación ambiental es decir atacar desde la fuente el problema ambiental, y solo en caso que no sea posible eliminar tales problemas desde su origen, corresponderá adoptar medidas de mitigación, medidas de recuperación, medidas de restauración o, de ser el caso, medidas de compensación ambiental.

En este sentido, la Ley General del Ambiente constituye una normativa de avanzada que establece, en el marco del principio de prevención, una jerarquía para la atención de los problemas ambientales, en la cual primero corresponde evitar su generación, y si ello no es posible, y sólo en esos casos, corresponderá adoptar otras medidas para su atención debida.

¹ A nivel internacional se suele utilizar la terminología de “agenda verde” y “agenda marrón” para hacer referencia a los asuntos relacionados con la protección del ecosistema y los recursos naturales, y a su vez, con la protección de la salud de las personas en materia ambiental. Esto se ha traducido en documentos internacionales de diversos organismos de

A su vez, la Política Nacional del Ambiente² señala como su objetivo general lograr la mejora de la calidad de vida de las personas, garantizando la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales a largo plazo; y el desarrollo sostenible del país, mediante la prevención, protección y recuperación del ambiente y sus componentes, la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, de una manera responsable y congruente con el respeto de los derechos fundamentales de la persona³.

Por su parte, el Tribunal Constitucional también reconoce la relevancia del principio de prevención, señalado al respecto lo siguiente en la sentencia 01206-2005-AA:

“10. En suma, este principio de prevención se desprende de la faz prestacional inherente al derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, lo que ha sido concretizado por el legislador ordinario. En tal sentido, es ineludible el deber del Estado de prevenir adecuadamente los riesgos ante los cuales se encuentra el ecosistema, así como los daños que se pueden causar al ambiente como consecuencia de la intervención humana, en especial en la realización de una actividad económica”⁴.

La doctrina ha señalado que, de acuerdo a este fallo del Tribunal Constitucional, el criterio de prevención prevalecerá sobre cualquier otro en la gestión pública y privada del medio ambiente y los recursos naturales⁵.

No cabe duda, por tanto, de la importancia de este principio siendo necesario que los instrumentos de gestión ambiental que son los medios para la implementación de la política ambiental también así lo reconozcan y logren su puesta en práctica.

1. El principio de prevención en el ámbito de los temas verdes

En el ámbito de los temas verdes, la adopción del principio de prevención se refleja, por ejemplo, en la figura de la compensación ambiental.

La compensación por biodiversidad (o compensación ambiental, como se le denomina en nuestra legislación), herramienta que tuvo su origen en el trabajo desarrollado por el Business and Biodiversity Offsets Programme [en adelante, BBOP], está referida a la adopción de medidas de conservación medibles que resultan de acciones establecidas para compensar los impactos residuales significativos derivados de proyectos de desarrollo después de la adopción de medidas apropiadas de prevención y mitigación. El objetivo de esta compensación es lograr cero pérdidas netas y preferiblemente un impacto positivo en la biodiversidad⁶.

Dentro de los principios de la compensación ambiental, se encuentra el referido a la adherencia a la jerarquía de la mitigación, que establece el compromiso de compensar el impacto negativo significativo residual en la biodiversidad luego de evitar, minimizar y adoptar medidas de rehabilitación⁷.

El Perú ha avanzado en la incorporación de la jerarquía de la mitigación a través de la regulación en materia de compensación ambiental en el ámbito del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental [en adelante, SEIA]⁸. La compensación ambiental, de acuerdo al Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, está referida a las medidas y acciones generadoras de beneficios ambientales proporcionales a los daños o perjuicios ambientales causados por el desarrollo de los proyectos; siempre que

Naciones Unidas, así como en documentos de política nacional ambiental. Cabe indicar que existe también una tendencia a propiciar la integración de ambas agendas: ALLEN, Adriana; YOU, Nicholas; MEIJER, Sonja; ATKINSON, Adrian; MCALPIN, Patrick; MAROM, Nathan; NIMS, Salma; SOAVE, Anna y Julian WALKER. “Sustainable urbanisation: bridging the green and brown agendas”. Londres: The Development Planning Unit, University College London. 2002. También: MCGRANAHAN, Gordon y David SATTERTHWAIT. “Environmental health or ecological sustainability? Reconciling the brown and green agendas in urban development”. En: PUGH, Cedric (editor). “Sustainable cities in developing countries” Londres: Earthscan. 2000. No obstante ello, considerando que tanto institucional cuanto normativamente nuestro país ha seguido la tendencia a hacer esta separación que, además, es de carácter pedagógico, utilizaremos esta terminología que diferencia los temas verdes de los temas marrones.

² Aprobada mediante Decreto Supremo 012-2009-MINAM.

³ Decreto Supremo 012-2009-MINAM.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 01206-2005-AA, de fecha 20 de abril de 2007.

⁵ GAMIO AITA, Pedro “La prevención en el Derecho Ambiental Peruano” en La Fiscalización Ambiental en el Perú, Reflexiones sobre las funciones y atribuciones del OEFA. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. 2014. p. 330.

⁶ BUSINESS AND BIODIVERSITY OFFSETS PROGRAMME. “Biodiversity Offset Cost-Benefit Handbook”. Washington D.C: BBOP. 2009. p. 6.

⁷ Íbid. p. 8.

⁸ A la fecha, el Ministerio del Ambiente (MINAM) ha aprobado unos Lineamientos para la Compensación Ambiental (aprobados mediante Resolución Ministerial 398-2014-MINAM) así mismo, se ha establecido la Guía General del Plan de Compensación Ambiental (aprobada mediante Resolución Ministerial 066-2016-MINAM).

LA NECESIDAD DE REGULAR DE FORMA PRIORITARIA LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE LA CONTAMINACIÓN PARA LOGRAR UNA MAYOR EFICACIA EN LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL MINERO-ENERGÉTICO

no se puedan adoptar medidas de prevención, corrección, mitigación, recuperación y restauración eficaces⁹. En ese sentido, señala el Ministerio del Ambiente, se debe entender la Compensación Ambiental como “ambiente por ambiente”¹⁰.

De acuerdo a lo señalado en la normativa emitida por el Ministerio del Ambiente en esta materia, se ha recogido la antes mencionada jerarquía de la mitigación en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental aplicables a los Estudios de Impacto Ambiental detallados (EIA-d) respecto de los impactos residuales que sean compensables, de acuerdo a lo que señala en el gráfico.

Si bien podría entenderse que estos lineamientos son aplicables para los diversos impactos ambientales del proyecto, ello no es así en tanto que estas regulaciones inciden específicamente en la potencial afectación de la biodiversidad y de la funcionalidad del ecosistema que pueden ocasionar los proyectos. En efecto, ello se encuentra así establecido cuando se señala¹¹:

4.1. “Jerarquía de mitigación

El titular del proyecto debe respetar la adopción secuencial de las siguientes medidas:

i. Medidas de prevención: Dirigidas a evitar o prevenir los impactos ambientales negativos de un proyecto.

ii. Medidas de minimización: Dirigidas a reducir, mitigar o corregir la duración, intensidad y/o grado de los impactos ambientales negativos que no pueden ser prevenidos o evitados.

iii. Medidas de rehabilitación: Dirigidas a recuperar uno o varios elementos o funciones del ecosistema que fueron alterados por las actividades del proyecto y que no pueden ser prevenidos ni minimizados.

Agotadas las medidas de mitigación y habiéndose determinado que el nivel de aceptación de los impactos ambientales residuales es tolerable, el titular deberá aplicar las medidas de compensación:

iv. Medidas de compensación: Dirigidas a mantener la biodiversidad y la funcionalidad de los ecosistemas perdidos o afectados por los impactos ambientales residuales, en un área ecológicamente equivalente a la impactada.”

Cabe destacar, a su vez, que ciertos sectores han regulado la materia. En particular, el sector minero ha establecido que en el caso de impactos ambientales en ecosistemas frágiles y siempre que no se pueda adoptar medidas de prevención, corrección, mitigación, recuperación y/o restauración eficaz, se deberá incluir en el estudio ambiental respectivo, un plan de compensación ambiental¹².

Estrategia de Manejo Ambiental



Fuente: Lineamientos para la Compensación Ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). p. 26

⁹ Decreto Supremo 019-2009-MINAM. Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. Anexo I.

¹⁰ MINISTERIO DEL AMBIENTE. “Guía General para la Compensación Ambiental”. Aprobada mediante Resolución Ministerial 066-2016-MINAM. 2016. p. 12.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Decreto Supremo 040-2014-EM. Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero. Artículo 51. En: <http://www2.inecc.gob.mx/publicaciones/download/76.pdf>.

En todo caso, debe reconocerse que existen avances concretos en relación a implementar el principio de prevención a través de la incorporación de la jerarquía de mitigación en los procedimientos de aprobación de determinados estudios ambientales, en lo relacionado a la protección de la biodiversidad.

2. El Principio de Prevención en el ámbito de los temas marrones

En el ámbito de los temas marrones, relacionados con la calidad ambiental, el principio de prevención se debería reflejar en el desarrollo normativo en materia de prevención de la contaminación.

a) La prevención de la contaminación

De acuerdo al Instituto Nacional de Ecología (INE) de México el concepto clave en esta materia es reducir la contaminación desde la fuente de generación, esto puede ser por reducción de volumen del contaminante o bien, por la reducción en la toxicidad del mismo.

La prevención de la contaminación busca reducir o eliminar la generación de contaminantes en la fuente generadora por medio del incremento de la eficiencia en el uso de materias primas, energía, agua y otros recursos. La reducción de contaminación en la fuente generadora podrá incluir modificaciones en los equipos o tecnologías, cambios en los procesos o procedimientos, reformulación o rediseño de productos, sustitución de materias primas, mejoras en el mantenimiento, entrenamiento del personal y controles de inventario, entre otros¹³.

Cabe anotar que la estrategia alternativa de administración ambiental conocida como “control de la contaminación” que se refiere al control del daño al medio ambiente a través de la tecnología *end of pipe* (al final del proceso) u otro mecanismo de control no está incluida en esta definición¹⁴.

Pero, ¿qué tan viable es establecer regulaciones en materia de prevención de la contaminación que constituye un tema que pareciera estar referido, más bien, a buenas prácticas empresariales de naturaleza eminentemente voluntaria?

Como referencia, veamos cómo se encuentra regulada la prevención de la contaminación en la legislación ambiental comparada.

b) La regulación de la prevención de la contaminación en la legislación ambiental norteamericana

Si bien el Perú y los Estados Unidos de América, son países diferentes entre sí, es válido revisar la legislación ambiental norteamericana en materia de prevención de la contaminación por lo relevante de su desarrollo.

En el año 1990, Estados Unidos de América aprobó la Ley de Prevención de la Contaminación. La norma, entre sus considerandos señala que este país produce anualmente millones de toneladas de contaminación y gasta mucho dinero para controlarla. A su vez, refiere que existen oportunidades significativas para la industria para reducir o prevenir la contaminación desde la fuente a través de cambios de costo efectivos en la producción, operación y uso de materias primas. Las oportunidades para la reducción de la contaminación en la fuente a menudo no se ejecutan, según se indicó, debido a la existencia de regulaciones que se enfocan en el tratamiento y disposición más que en la reducción de la fuente. Por último, se señaló que la reducción de la contaminación de la fuente es más deseable que el control de la contaminación¹⁵.

En este contexto, la Ley de Prevención de la Contaminación señala como política nacional que:

“[...] la contaminación debe ser prevenida o reducida en la fuente cuando sea factible; la contaminación que no pueda ser prevenida, debe ser reciclada de una manera ambientalmente segura; la contaminación que no puede ser prevenida o reciclada debe ser objeto de un tratamiento ambientalmente seguro, la disposición del ambiente debe ser utilizada únicamente como el último recurso y debe realizarse de una manera ambientalmente segura”¹⁶.

Posteriormente, en el año 1992, la Agencia de Protección Ambiental (EPA) de los Estados Unidos, emitió un memorándum sobre la definición de “prevención de la contaminación” (o P2 como se le llama por el vocablo “*pollution prevention*”), donde se señaló que su implementación requie-

¹³ MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN. “Guía de Prevención de la Contaminación en la Industria Manufacturera”. Aprobada mediante Resolución Ministerial 198-2006-PRODUCE. 2006. p. 6.

¹⁴ COMISIÓN PARA LA COOPERACIÓN AMBIENTAL. “Estrategias para prevenir la contaminación en América del Norte”. Quebec: Comisión para la Cooperación Ambiental. 1996. p. 1.

¹⁵ Pollution Prevention Act of 1990. Sec. 6602. Findings and Policy. (a) Findings

¹⁶ Pollution Prevention Act of 1990. Sec. 6602. Findings and Policy. (b) Policy

re de un cambio cultural, y que la prevención es la primera prioridad dentro de una jerarquía de gestión ambiental que incluye 1) la prevención; 2) el reciclaje; 3) el tratamiento; y, 4) la disposición o vertimiento al ambiente. Asimismo, se señaló que la “prevención de la contaminación” significa “reducción en la fuente” y que ello comprende: la reducción de los volúmenes de contaminantes que son liberados al ambiente, así como la reducción de los riesgos para la salud y el ambiente a causa de la liberación de contaminantes¹⁷.

La “prevención de la contaminación, señala la Agencia de Protección Ambiental, reduce tanto los costos financieros (manejo y limpieza de residuos) y los costos ambientales (problemas de salud y daños ambientales). A su vez, protege el ambiente mediante la conservación y protección de los recursos naturales siendo que, también, promueve el desarrollo económico a través de una producción industrial más eficiente¹⁸.

Como puede verse, la legislación ambiental norteamericana es clara en señalar la existencia de una prelación, un orden, en la adopción de medidas para combatir la contaminación ambiental estableciéndose el mandato para prevenir o reducir en la propia fuente de generación. Si ello no es posible, recién entonces corresponderá adoptar otras medidas de naturaleza no preventiva.

En relación a si esta constituye o no una tendencia internacional, autores como Lorenzetti señalan que:

“En general, el legislador establece la precedencia de la tutela preventiva; es decir, primero prevenir, luego restituir y, finalmente, si no quedan opciones, reparar el daño causado. Esta secuencia es imperativa, a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de bienes individuales, sobre los cuales el titular tiene la opción voluntaria entre la restitución *in natura* y el resarcimiento”¹⁹.

Por tanto, podríamos afirmar que la prioridad que se debe otorgar a la prevención en materia am-

biental se perfila como una tendencia internacional. Veamos ahora cómo está regulada esta misma materia en la legislación ambiental peruana aplicable a las actividades minero-energéticas.

B. La regulación de la prevención de la contaminación en la legislación ambiental peruana aplicable a las actividades minero-energéticas

En el caso de la legislación ambiental aplicable a las actividades de explotación minera (y demás actividades conexas) se ha establecido dentro de los lineamientos de la gestión ambiental sectorial el relativo a:

“La orientación prioritaria hacia la prevención, al manejo integral e integrado de los impactos ambientales y la gestión de riesgos que puedan derivarse del desarrollo de la actividad minera”²⁰.

A su vez, se señala, que el titular minero establecerá la política ambiental de la unidad minera asegurando que se incluya un compromiso de interiorizar el principio de prevención y de mejora continua²¹.

Esta misma norma cuando regula la responsabilidad ambiental del titular minero señala que este debe adoptar oportunamente las medidas de prevención, control, mitigación, recuperación, rehabilitación o compensación en términos ambientales a efectos de evitar o minimizar los impactos ambientales negativos de su actividad y potenciar sus impactos positivos²².

En el ámbito de las actividades de hidrocarburos la normativa ambiental presenta una única referencia expresa a la prevención de la contaminación en la disposición que señala que las áreas de mantenimiento de equipos y maquinaria deberán contar con las medidas necesarias para evitar la contaminación de los suelos y las demás medidas contempladas en el Estudio Ambiental²³. Adicionalmente, se encuentra establecido que los titulares de actividades de hidrocarburos son responsables de pre-

¹⁷ UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY. “Washington DC 20460. Mayo 28. 1992. Memorandum Office of the Administrator”. En: <https://www.epa.gov/p2/learn-about-pollution-prevention>

¹⁸ UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY. “Learn About Pollution Prevention”. En: <https://www.epa.gov/p2/learn-about-pollution-prevention>

¹⁹ LORENZETTI, Ricardo. “Teoría del Derecho Ambiental”. Primera edición. Ciudad de México: Editorial Porrúa. 2008. p. 10.

²⁰ Decreto Supremo 040-2014-EM. Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero. Título Preliminar. Artículo IV.

²¹ Decreto Supremo 040-2014-EM. Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero. Artículo 151 literal b).

²² Decreto Supremo 040-2014-EM. Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero. Artículo 16.

²³ Decreto Supremo 039-2014-EM. Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos. Artículo 50.

venir, minimizar, rehabilitar, remediar y compensar los impactos ambientales negativos generados por la ejecución de sus actividades²⁴.

En la regulación ambiental aplicable a las actividades eléctricas vigente, del año 1994²⁵, no se regula de manera expresa la prevención de la contaminación.

Como puede verse en la normativa ambiental minero-energética no se regula la prevención de la contaminación como medida de adopción prioritaria. Por tanto, el titular del proyecto puede optar directamente por incluir en su estudio ambiental medidas de control en lugar de medidas de prevención, en tanto la norma no establece un orden de prelación o una jerarquía aplicable.

Ahora bien, estas normas sectoriales tienen su origen en la regulación sobre la materia en el ámbito del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Al respecto, en el Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, se señala que la evaluación de impacto ambiental es un proceso destinado a prevenir, minimizar, corregir y/o mitigar e informar acerca de los potenciales impactos ambientales negativos que pudieran derivarse de las políticas, planes, programas y proyectos de inversión y, asimismo, intensificar sus impactos positivos²⁶.

Como puede verse, la normativa del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental tampoco prioriza la prevención de la contaminación por lo que es legalmente viable que los estudios ambientales establezcan, en su gran mayoría, medidas de mitigación o de control de impactos ambientales con lo cual no es necesario que, en primer lugar y como primera prioridad, se deba analizar la viabilidad o no de la prevención de la ocurrencia del impacto.

Así, por ejemplo, en lugar de que la medida de manejo ambiental aplicable respecto de la generación de efluentes contaminantes sea una planta de tratamiento de aguas residuales, el estudio ambiental debería analizar las sustancias que ingresan al efluente y los volúmenes de agua que se utilizan a efectos de evaluar si es viable la utilización de sustancias menos peligrosas o de menores cantidades de agua limpia. Otro ejemplo, en lugar que en el estudio ambiental se establezca el compromiso de construir instalaciones para la disposición final de residuos sólidos, se debería evaluar qué procesos pueden generar residuos viables para ser reaprovechados²⁷ de manera tal que se minimice tanto los volúmenes cuanto la peligrosidad de los mismos.

En cuanto al marco normativo en materia de aguas, la Ley de Recursos Hídricos tampoco regula la prevención de la contaminación como una herramienta para la mejora de la calidad del agua siendo que, más bien, esta normativa presenta un enfoque de control de la contaminación al haberse dado énfasis a la regulación de la autorización de vertimiento²⁸, permiso ambiental establecido desde la ya derogada Ley General de Aguas del año 1969 y que se mantiene, todavía, vigente hasta la actualidad.

En efecto, la autorización de vertimiento que se otorga respecto de los flujos de agua residual tratada no constituye un mecanismo de prevención de la contaminación sino más bien un mecanismo de control de la contaminación.

En el ámbito de la gestión de los residuos sólidos, la prevención de la contaminación se encuentra recogida como parte de los lineamientos de política al señalarse:

“- Adoptar medidas de minimización²⁹ de residuos sólidos en todo el ciclo de vida de los

²⁴ Decreto Supremo 039-2014-EM. Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos. Artículo 3

²⁵ Decreto Supremo 29-94-EM. Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas.

²⁶ Decreto Supremo 019-2009-MINAM. Reglamento de la Ley del SEIA. Artículo 14.

²⁷ El reaprovechamiento, de acuerdo a lo señalado en la Ley General de Residuos Sólidos, Ley 29314, comprende tanto el reciclaje, la recuperación y la reutilización de residuos sólidos. La nueva Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos, aprobada mediante Decreto Legislativo 1278, ya no utiliza el término de reaprovechamiento, sino el de valorización para hacer referencia a cualquier operación cuyo objetivo sea que el residuo sea reaprovechado y sirva para una finalidad útil al sustituir otros materiales o recursos en los procesos productivos.

²⁸ Véase los artículos 79 y 80 de la Ley de Recursos Hídricos, Ley 29338; así como los artículos 131 al 146 del Reglamento de la “Ley de Recursos Hídricos” aprobado por Decreto Supremo 010-2010-AG. Asimismo, la Resolución Jefatural 224-2013-ANA.

²⁹ De acuerdo al glosario de términos de la Ley General de Residuos Sólidos, se entiende por minimización a la “acción de reducir al mínimo posible el volumen y la peligrosidad de los residuos sólidos, a través de cualquier estrategia preventiva, procedimiento, método o técnica utilizada en la actividad generadora”. En la nueva Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos, el concepto de minimización de residuos sólidos se centra en la generación de residuos sólidos (cantidad) y no realiza ninguna referencia de la minimización en términos de peligrosidad (calidad).

bienes y servicios, a través de la máxima reducción de sus volúmenes de generación y características de peligrosidad [...]

- Desarrollar y usar tecnologías, métodos, prácticas y procesos de producción y comercialización que favorezcan la minimización o el reaprovechamiento de los residuos sólidos y su manejo adecuado”³⁰.

Sin embargo, estas buenas intenciones del legislador³¹ no se han traducido al ámbito de la evaluación de impacto ambiental y, por tanto, se consideran como un referente, pero no un mandato que debe ser cumplido.

III. LA PREVENCIÓN DE LA CONTAMINACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

A. La naturaleza jurídica de la fiscalización ambiental

La fiscalización ambiental tiene como eje principal la verificación del cumplimiento de obligaciones establecidas en la regulación ambiental (sea a través de normas ambientales o de instrumentos de gestión ambiental).

Ahora bien, en el ejercicio de las funciones de fiscalización ambiental se pueden advertir riesgos ambientales no regulados y que requieran una intervención con el objetivo de proteger el ambiente y la salud de las personas. En tales casos, que son de naturaleza excepcional, la autoridad de fiscalización también puede generar obligaciones al administrado que no hayan sido establecidas previamente.

En este contexto, sostenemos que la fiscalización ambiental es, en esencia, una función de control, esto es, de verificación del cumplimiento de las obligaciones dadas; por lo que, podemos afirmar que la fiscalización es una actividad *ex post* a la creación de la obligación. Si bien la propia autoridad fiscalizadora también puede crear obligaciones, a través de medidas administrativas, esto sólo ocurre en circunstancias excepcionales por lo que, ello no cambia la esencia de la función fiscalizadora ambiental como una actividad de control.

B. El principio de prevención en el ámbito de la fiscalización ambiental

En la medida que la fiscalización ambiental es una actividad de control, cabe preguntarse si es o no posible que se puede lograr la prevención a través de su puesta en práctica.

Al respecto, corresponde señalar que, si no se ha establecido la obligación de prevenir antes que adoptar medidas de control o similares, la entidad a cargo de la fiscalización ambiental no puede exigir la implementación de medidas de prevención de la contaminación; limitándose a verificar el cumplimiento de las medidas de control ambiental reguladas en las normas ambientales o en los instrumentos de gestión ambiental.

La aplicación práctica de la jerarquía de la mitigación que se encuentra regulada en nuestro país en el ámbito de la diversidad biológica, se materializa a través de la aprobación del plan de compensación ambiental que es el mecanismo que debe establecer medidas para lograr la compensación “naturaleza por naturaleza”, como parte de la certificación ambiental.

Pero en los demás temas, no se cuenta a la fecha con herramientas legales que establezcan la necesidad de implementar el principio de prevención en el ámbito de la evaluación de impacto ambiental, con lo cual podríamos llegar a sostener que los procedimientos de certificación ambiental sólo son mecanismos preventivos por razones temporales; es decir, porque son implementados antes del desarrollo de una actividad económica. Sin embargo, al no haberse establecido que la prevención debe ser la medida prioritaria a adoptarse antes que otras medidas de manejo ambiental, los instrumentos de gestión ambiental en el ámbito del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental no están sujetos a un análisis realmente preventivo siendo legalmente viable, a la fecha, que un instrumento de gestión ambiental únicamente establezca medidas de control de la contaminación para el manejo de los impactos ambientales que genera.

En el caso del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), la legislación vigente

³⁰ Ley 27314. Ley General de Residuos Sólidos. Artículo 4.2 y 4.5. Estos mismos principios también se encuentran recogidos en la nueva Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos con igual redacción, salvo lo referido al término “reaprovechamiento” que ha sido sustituido por “valorización”.

³¹ La misma norma señala que estos lineamientos de política podrán ser exigibles programáticamente, en función de las posibilidades técnicas y económicas para alcanzar su cumplimiento. En la nueva Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos, aprobada mediante Decreto Legislativo 1278, de 23 de diciembre de 2016, se recogen los mismos lineamientos antes señalados pero ya no se hace referencia a la naturaleza programática de estos lineamientos.

busca privilegiar la prevención y corrección de conductas infractoras que se traduce en el énfasis dado a la imposición de medidas correctivas³² y a la subsanación voluntaria de los presuntos incumplimientos de las obligaciones ambientales³³. A su vez, en el Reglamento de Supervisión Directa del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental se señala que la función de supervisión directa se orienta a prevenir daños ambientales y promover la subsanación voluntaria de los presuntos incumplimientos de obligaciones ambientales, con el objetivo de garantizar una adecuada protección ambiental³⁴.

Así, es necesario analizar si las obligaciones que son objeto de fiscalización son o no de naturaleza preventiva. Como se ha observado, la normativa ambiental sectorial minero-energética no prioriza la prevención; pues, los instrumentos de gestión ambiental, en su contenido, no requieren que primero se adopten las medidas de prevención antes que las medidas de control, y, por último, los mandatos de la autoridad de fiscalización (medidas administrativas) que se emiten como resultado de las acciones de fiscalización no pueden ser medidas por su naturaleza preventiva debido al momento en el que se emiten (esto es, una vez verificada una situación ya existente) y, más aún, cuando por definición son excepcionales. Por tanto, no existe una fiscalización preventiva.

Lo único que sí podría ser viable es la prevención de futuras conductas infractoras, pero esto es más bien, disuasión (o *deterrence*) para promover el cumplimiento de la medida en la que el propio infractor sufre las consecuencias por sus actos ilícitos y, asimismo por el efecto de disuasión general que tiene la existencia de consecuencias punitivas en los demás administrados que no desean encontrarse afectados como lo está el infractor³⁵. Como señala Tomás Cano Campos, “[l]a función esencial de las sanciones administrativas es castigar para así prevenir o evitar la comisión de acciones que se consideran indeseables”³⁶. De forma similar,

Durwood Zaelke sostiene que la disuasión busca prevenir o desincentivar determinadas actuaciones mediante el temor o la duda y que la disuasión comienza con la detección³⁷.

Sin embargo, si no se imponen castigos o no se establecen consecuencias jurídicas de naturaleza punitiva, sino muy excepcionalmente como es el régimen legal actualmente aplicable al ámbito de competencias del OEFA, tampoco se logrará esa finalidad disuasiva que le podría dar una naturaleza preventiva a la fiscalización ambiental.

C. Propuesta para viabilizar la prevención de la contaminación en la fiscalización ambiental

Sostenemos que, para avanzar hacia la incorporación real de la prevención de la contaminación en la gestión ambiental, en el marco del Principio de Prevención recogido en la Ley General del Ambiente, se requiere que se modifiquen tanto la normativa en el ámbito del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental que es de naturaleza transversal como también, derivado de ello, la normativa ambiental sectorial que establece las normas sustantivas que son objeto de fiscalización.

Esta modificatoria debería señalar con toda claridad el mandato en el que se requiera adoptar en primer lugar, como medida prioritaria, soluciones que aseguren la prevención de la contaminación y en caso ello no sea posible, se adopten medidas de manejo ambiental de otra naturaleza. Esta jerarquía debería quedar claramente establecida y ser aplicable tanto para los temas marrones cuanto para los temas verdes.

En efecto, consideramos necesario que las normas sustantivas en materia ambiental en nuestro país prioricen la regulación de la fuente de los problemas ambientales desde su origen y no regulen únicamente medidas paliativas que pueden resultar más costosas. Como se ha señalado anteriormen-

³² Ley 30230. Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país.

³³ Ley 29325. Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, modificada por Ley 30011. Artículo 11.1 b).

³⁴ Resolución de Consejo Directivo 016-2015-OEFA/CD. Reglamento de Supervisión Directa del OEFA. Artículo 3. El 03 de febrero del 2017, se aprobó el nuevo Reglamento de Supervisión mediante Resolución de Consejo Directivo 005-2017-OEFA/CD. Esta nueva norma, al respecto señala: Artículo 3.- “Finalidad de la función de supervisión La función de supervisión tiene por finalidad prevenir daños ambientales, promover la subsanación voluntaria de los incumplimientos de obligaciones fiscalizables y la obtención de los medios probatorios idóneos para sustentar el inicio del procedimiento administrativo sancionador o la imposición de las medidas administrativas, en caso corresponda, para garantizar una adecuada protección ambiental (...)”.

³⁵ Esta es la llamada “prevención especial” y la “prevención general” del derecho administrativo sancionador.

³⁶ LOZANO CUNTANDA, Blanca (editora). “Diccionario de Sanciones Administrativas”. Valencia: Iustel. 2010.

³⁷ ZAEKLE, Durwood; KANIARU Donald y Eva KRUIKOVÁ. “Making Law Work: Environmental Compliance & Sustainable Development”. Londres: Cameron May Limited and the Institute for Governance and Sustainable Development. 2005. p. 372.

te, la adopción de medidas de prevención es más económica que generar los daños ambientales muchas veces irreversibles.

En este sentido, la regulación ambiental con énfasis en la prevención de la contaminación es todavía un tema pendiente que debe ser desarrollado.

IV. CONCLUSIONES

- El Principio de Prevención recogido en la Ley General del Ambiente establece una jerarquía para atender los problemas de degradación ambiental en función a la adopción de medidas con carácter preventivo y en caso ello no sea posible se adoptarán otro tipo de medidas.
- Este enfoque preventivo ha sido regulado en guías y lineamientos emitidos por el Ministerio del Ambiente que regulan la compensación ambiental en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental en lo relacionado a la atención del impacto en la diversidad biológica.
- Sin embargo, no se cuenta con similar regulación que haya establecido que en tales procedimientos se deba buscar, en primer lugar, evitar la generación de la contaminación y sólo si ello no es posible, corresponde adoptar otras medidas de manejo ambiental.
- Ello constituye un limitante importante en la eficacia de la fiscalización ambiental en tanto que la autoridad fiscalizadora, en principio y por la naturaleza de esta función, no crea obligaciones sino verifica obligaciones ya existentes.
- En tal sentido, se requiere que tanto la normativa del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental cuanto la legislación ambiental sectorial en el ámbito del sector minero energético sea revisada a efectos de asegurar que la prevención de la contaminación sea la primera medida que deba ser considerada en la determinación de las medidas de manejo ambiental aplicables a los proyectos sujetos a evaluación de impacto ambiental. Sólo de esa manera se podrá lograr que la naturaleza preventiva de esta herramienta no se limite únicamente a una cuestión temporal, sino que promueva la adopción de medidas que aborden la contaminación ambiental desde la fuente generadora de la misma y se busque más bien reducir costos analizando si, en efecto, los procesos pro-

ductivos son tanto económica como también ambientalmente sostenibles. 🏡

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Decreto Legislativo 1278 (Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos).

Decreto Supremo 29-94-EM.

Decreto Supremo 012-2009-MINAM.

Decreto Supremo 019-2009-MINAM.

Decreto Supremo 010-2010-AG.

Decreto Supremo 040-2014-EM.

Decreto Supremo 039-2014-EM.

Ley 29314 (Ley General de Residuos Sólidos).

Ley 29338 (Ley de Recursos Hídricos).

Ley 30230 (Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país).

Ley 29325 (Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental) modificada por Ley 30011.

Resolución de Consejo Directivo 016-2015-OEFA/CD.

Resolución Jefatural 224-2013-ANA.

Resolución Ministerial 398-2014-MINAM.

Resolución Ministerial 066-2016-MINAM.

Resolución Ministerial 198-2006-PRODUCE.

Pollution Prevention Act of 1990. Sec. 6602. Findings and Policy. (a) Findings.

Pollution Prevention Act of 1990. Sec. 6602. Findings and Policy. (b) Policy.

Doctrina

ALLEN, Adriana; YOU Nicholas; MEIJER, Sonja; ATKINSON, Adrian; MCALPIN, Patrick; MAROM, Nathan; NIMS, Salma; SOAVE, Anna y Julian WALKER. "Sustainable urbanisation: bridging the green and brown agendas". Londres: The

Development Planning Unit, University College London. 2002.

GARCÍA PACHON, María del Pilar y Oscar Darío AMAYA NAVAS. "Derecho Sancionatorio Ambiental". Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho del Medio Ambiente. 2013.

GAMIO AITA, Pedro. "La prevención en el Derecho Ambiental Peruano". En: OEFA. "La Fiscalización Ambiental en el Perú, Reflexiones sobre las funciones y atribuciones del OEFA". Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. 2014.

LORENZETTI, Ricardo. "Teoría del Derecho Ambiental". Primera edición. Ciudad de México: Editorial Porrúa. 2008.

MCGRANAHAN, Gordon y David SATTERTHWAIT. "Environmental health or ecological sustainability? Reconciling the brown and green agendas in urban development". En: PUGH, Cedric. "Sustainable cities in developing countries" Londres: Earthscan. 2000.

ZAEKE, Durwood; KANIARU, Donald y Eva KRUIKOVA. "Making Law Work: Environmental Compliance & Sustainable Development". Londres: Cameron May Limited and the Institute for Governance and Sustainable Development. 2005.

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 01206-2005-AA, de fecha 20 de abril de 2007.