

La institucionalidad ambiental que necesitamos



CARLOS ANDALUZ WESTREICHER*

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

ADVOCATUS 125

SUMARIO:

- I. **Introducción.**
- II. **La necesidad de institución ambiental**
- III. **Conclusión.**

* Carlos Andaluz Westreicher ejerce la docencia desde 1993, dictando el curso de Derecho Ambiental y materias afines en la Universidad de Lima, la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad del Pacífico. Ha publicado los libros *Mecanismos Legales e Institucionales para el control de la tala ilegal* (2005); y tres ediciones del *Manual de Derecho Ambiental* (2006, 2009 y 2011).

I. INTRODUCCIÓN

Cada cierto tiempo y en relación directa con la erupción de conflictos ambientales que hacen crisis –Conga, Tía María, Majaz- suele irrumpir en la escena política –con alta resonancia en los medios– la necesidad de cambiar la institucionalidad con la que nuestro Estado cuenta para afrontar, prevenir o mitigar tales conflictos. En lugar de completar, las tareas que están pendientes desde la promulgación –en 1990– del *Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales*, se insiste en cambios “revolucionarios”, como crear una institución “supraministerial” para aprobar las Evaluaciones de Impacto Ambiental y, también, para fiscalizar, supervisar, evaluar, controlar y, de ser el caso, sancionar el incumplimiento de las obligaciones ambientales.

II. LA NECESIDAD DE UNA INSTITUCIÓN AMBIENTAL

En realidad, lo que está implícito en esta discusión –pero pocos destacan– es, también, la deficiente organización del Estado y su debilidad técnica por la fuerte presión política a la que están sometidos sus funcionarios, algo que evidentemente rebasa lo ambiental y alcanza también a los componentes social y económico que el Estado gestiona. Esa realidad, ha sido soslayada gobierno tras gobierno, seguramente por un mal entendido “recorte de poder” o, peor aún, la necesidad de copar la función pública con “cargos de confianza” para garantizar el ejercicio del poder. Si bien, es obvio que el partido, movimiento o alianza política que ganó las elecciones tiene el derecho y el deber de orientar la gestión pública a lo que en campaña ofreció, no menos evidente es que para eso no puede prescindirse del manejo técnico de la cosa pública. Esa pérdida de “memoria histórica institucional”, producida por el constante cambio de funcionarios, es seguramente una de las explicaciones a las propuestas poco acertadas de cambio de institucionalidad estatal, que periódicamente salen a flote.

De manera que lo urgente es la reforma del Estado para asegurar el manejo técnico de la gestión pública y, en ese marco, la implementación de la carrera pública para dotar al Estado de la institucionalidad y autonomía técnica que sus funcionarios requieren para ejercer su labor con sujeción a los intereses públicos, más allá de la incidencia de grupos de interés o de presión. Así, no tendríamos que seguir pensando en “desinstitucionalizar” la gestión pública ambiental creando entidades “supraministeriales”, que en modo alguno podrán garantizar el cumplimiento de las políticas y normativa ambientales.

Un argumento reiterado para fundamentar la necesidad de estas entidades “supraministeriales” es que “el sector que promueve las inversiones no debe ser el mismo que fiscaliza y eventualmente sanciona a los infractores”; por cuanto habría una “evidente falta de imparcialidad”. Eso no es más que una falacia, pues según este razonamiento “lógico” basta quitarle al sector ambiental que es competente en razón de la actividad realizada –minería, energía, pesca, manufactura, construcción, saneamiento, transporte, etc.– su atribución ambiental y pasársela a una entidad adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) para lograr la “independencia” requerida. El sofisma no resiste análisis pues quién garantiza que las presiones de los grupos interesados no se harán al titular de tal entidad “supraministerial”; porque se asume que el Primer Ministro no tiene interés en promover las inversiones; porque no se hace lo propio con todas las actividades –sociales o económicas– que están bajo la gestión pública, o acaso no es el propio Ministerio de Salud quien fiscaliza a los laboratorios cuyo funcionamiento autoriza, por citar un ejemplo.

Si el ministro de Economía y Finanzas debería ser el primer interesado en promover las inversiones, con el objeto de mejorar la recaudación fiscal, bajo la “lógica” de la falaz propuesta cabe preguntarse por qué la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat) es un organismo público ejecutor¹ adscrito al Ministerio de Economía y

1. Artículo 30 de la LOPE.- Los Organismos Públicos Ejecutores ejercen funciones de ámbito nacional. Se crean cuando existen las siguientes condiciones:

Finanzas, cuando, para “garantizar su autonomía” debería estar también –según el sofisma en análisis- adscrito a la PCM. Si bien es notorio que la Sunat no ha estado ajena a denuncias sobre “falta de imparcialidad” respecto de su accionar frente a algunos contribuyentes que habrían sido favorecidos en perjuicio de los intereses públicos, no es menos cierto que se trata de una institución percibida como eficaz para el encargo que la política y la normativa económicas le han conferido; y eso se debe a que, como organismo técnico ejecutor, está dotado de personería jurídica de derecho público, patrimonio propio y autonomía económica, administrativa, funcional, técnica y financiera; con la diferencia simple y determinante que los instrumentos normativos y su institucionalidad han sido diseñados para que estos preceptos se cumplan: el marco normativo es idóneo (Código Tributario, Ley de Impuesto a la Renta, facultad coactiva, etc.), el marco institucional es adecuado y, quizá lo fundamental, los

recursos económicos para asegurar su funcionamiento están previstos por ley (porcentaje de la recaudación). Es claro que no sucede lo mismo con el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), organismo público técnico especializado² adscrito al Ministerio del Ambiente (Minam), pero independiente para ejercer sus funciones con arreglo a su ley de creación. En ambos casos –Sunat y OEFA- su política de gastos depende del sector al que están adscritos, qué hace entonces que una entidad funcione como se espera y la otra no. Parece evidente que no depende del sector al que está adscrito, sino si cuenta con una política clara, la institucionalidad requerida y el marco normativo idóneo. Si de “completa independencia” se trata, el camino sería la modificación constitucional para crear un ente rector ambiental con mínima injerencia del Poder Ejecutivo, pero eso pondría en riesgo el equilibrio que se busca entre lo social, lo económico y lo ambiental, cargando sustantivamente

1. Se requiera una entidad con administración propia, debido a que la magnitud de sus operaciones es significativa; o

2. se requiera una entidad dedicada a la prestación de servicios específicos.

Los Organismos Públicos Ejecutores:

1. Están sujetos a los lineamientos técnicos del Sector del que dependen; y la formulación de sus objetivos y estrategias es coordinada con éstos.

2. Su política de gasto es aprobada por la entidad de la que dependen, en el marco de la política general de gobierno.

3. No tienen funciones normativas, salvo que estén previstas en su norma de creación, o le fueran delegadas expresamente por el Ministerio del cual dependen.

4. Están dirigidos por un Jefe, cuyo cargo es de confianza. Por excepción, podrán contar con un Consejo Directivo, cuando atiendan asuntos de carácter multisectorial. En estos casos, su Consejo Directivo estará integrado sólo por los Ministros o los representantes de los sectores correspondientes.

2. Artículo 31 de la LOPE.- Los Organismos Públicos Especializados tienen independencia para ejercer sus funciones con arreglo a su Ley de creación. Están adscritos a un ministerio y son de dos tipos:

1. Organismos Reguladores.

2. Organismos Técnicos Especializados.

Artículo 33 de la LOPE.- Los Organismos Técnicos Especializados se crean, por excepción, cuando existe la necesidad de:

1. Planificar y supervisar, o ejecutar y controlar políticas de Estado de largo plazo, de carácter multisectorial o intergubernamental que requieren un alto grado de independencia funcional.

2. Establecer instancias funcionalmente independientes que otorgan o reconocen derechos de los particulares, para el ingreso a mercados o el desarrollo de actividades económicas; que resulten oponibles a otros sujetos de los sectores Público o Privado.

Los Organismos Técnicos Especializados:

1. Están dirigidos por un Consejo Directivo.

2. Se sujetan a los lineamientos técnicos del Sector correspondiente con quien coordinan sus objetivos y estrategias.

3. Su política de gasto es aprobada por el Sector al que están adscritos, en el marco de la política general de Gobierno.

la mano hacia lo ambiental y poniendo en riesgo la tutela de los otros dos componentes del desarrollo sostenible.

La pretendida “falta de independencia”, por estar el ente que expide la certificación ambiental adscrito al mismo que promueve las inversiones, también es un sofisma porque el marco normativo sobre evaluación de impacto ambiental exige que en aquellos proyectos cuyo emplazamiento, infraestructura, instalaciones, uso de recursos naturales u otros sean regulados por otras autoridades sectoriales (ANA, Sernanp, Ministerio de Cultura, etc.), la autoridad competente receptora de la solicitud -Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros, por ejemplo- debe requerir la opinión de la citada autoridad; la misma que condiciona la aprobación de la certificación ambiental. Lo cual significa que no basta contar con la “complicidad” del ente que aprueba el EIA, sino también con la “complicidad” concurrente de cada sector informante.

Por estas razones, en lugar de alentar este tipo de propuestas inconducentes y que contribuyen a “desinstitucionalizar” la gestión pública, lo que debe hacerse urgentemente es seguir reforzando la institucionalidad del Estado, con el “blindaje” de sus técnicos, con los pesos y contrapesos que aseguren el manejo coordinado de la cosa pública con visión tripartita, es decir, buscando el equilibrio entre los aspectos económico, social y ambiental; y, para el caso específico de la gestión ambiental, mejorarse los instrumentos de gestión (ordenamiento territorial, instrumentos económicos, educación, investigación –mejorar la línea base ambiental e información) y aprobar los que faltan (Estándares de Calidad Ambiental y Límites Máximos Permisibles); aprobarse la legislación que haga efectivo el funcionamiento del Sistema Nacional de Gestión Ambiental; y generar una cultura de participación ciudadana responsable, informada e institucionalizada. No se trata de “desarmar” lo que hay, sino mejorar lo que existe y completar lo que falta.

Bajo esta lógica “institucionalizadora” el Ministerio del Ambiente, como ente rector del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, debe

ejercer una eficiente coordinación y tener relación funcional con las entidades con competencias ambientales de todos los niveles del Estado –nacional, regional y local-, para dotar de independencia técnica a los funcionarios que ejercen las atribuciones ambientales, pues éstos solo podrían ser removidos de sus cargos con la aprobación del Minam, protegiéndolos así de la presión que pudieran sufrir en las instancias sectoriales, regionales y locales.

Debe, también, ejercer el liderazgo que la ordenación territorial con visión nacional reclama, para evitar que cada región o municipio lo haga al margen, muchas veces, de los intereses nacionales. Esto es fundamental, pues el ordenamiento territorial es el instrumento prospectivo de gestión ambiental que permite planificar una armoniosa distribución de los seres humanos y sus actividades en nuestro territorio nacional, así como el aprovechamiento sostenible de los recursos; de tal manera que, cuando es bien estructurada e implementada, constituye la expresión territorial de las políticas de desarrollo sostenible, garantía de la seguridad jurídica para los emprendimientos económicos y mecanismo de reducción de conflictos socio ambientales. Debe tener atribuciones para aprobar los términos de referencia de los Estudios de Impacto Ambiental Detallados (EIA-d) a nivel nacional o, en su defecto o concurrentemente, concederle la atribución de avocamiento, regulando para tal efecto la prórroga de competencia, es decir, la entidad sectorial o regional deja de ser el ente ambiental competente y pasa a serlo el Minam, por el solo mérito de su avocamiento, en aquellos casos de aprobación de certificaciones ambientales de EIA o PAMA que se refieren a ciertas actividades o proyectos que podrían desencadenar conflictos por su envergadura, ubicación en área sensible por la fragilidad ambiental o por consideraciones especiales de orden social, como podría ser el caso de la marcada desconfianza de la colectividad o la sociedad en general respecto del proponente; como en las situaciones que se han dado con la empresa Minera Yanacocha y su Proyecto Conga o Southern Perú Copper Corporation y su Proyecto Tía María o Doe Run y el Complejo Metalúrgico de La Oroya.

Debe tener facultad legal para elaborar y aprobar la reglamentación sectorial sobre los EIA ante el incumplimiento sectorial, pues es escandaloso que habiendo vencido muy largamente el plazo de 180 días fijados por la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y su respectivo Reglamento, hasta la fecha ningún sector haya cumplido el mandato.

Debe tener atribución legal para aprobar los LMP y ECA faltantes, sin participación sectorial, pues se ha excedido el plazo razonable para que esto se cumpla. Han pasado 21 años desde la promulgación del *Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales* y seguimos esperando el ECA para Suelo, LPM para actividades manufactureras, etc. Si estos instrumentos de gestión ambiental son los medios operativos para hacer efectivas las políticas y la normativa ambiental, es obvio que su ausencia hace inútil el marco administrativo y penal ambiental, pues sin LMP aprobados simplemente no hay infracción ni delito, aunque la contaminación resulte evidente.

En lugar de concentrar las competencias nacionales –y quizá se proponga también más adelante las regionales y locales- para la aprobación de certificaciones ambientales, el Minam debe revisar aleatoria y transparentemente -con notario de por medio para evitar suspicacias o persecuciones a través de la desviación de poder- un porcentaje de EIA aprobados en todos los niveles de gobierno; a este respecto un 5% sería una meta ya ambiciosa y más que suficiente, siempre que se actúe con energía ante el incumplimiento, a efectos de disuadir a otros posibles infractores.

El Minam debe, también, colaborar con la creación de capacidades y fortalecimiento institucional de los sectores y niveles regionales y locales que ejercen competencias ambientales; así como controlar si están garantizando efectivamente, en sus respectivos ámbitos, el

cumplimiento de la política y normativa ambiental y, si no lo hacen, debe conminarlos y accionar para que se les imponga las sanciones correspondientes.

Aunque, el Minam haga todo lo que se sugiere, tampoco sería garantía absoluta de una adecuada gestión ambiental, puesto que ésta depende del buen funcionamiento del sistema administrativo en su integridad y no solo de alguna de sus partes. De manera que las demás entidades que componen el Sistema Nacional de Gestión Ambiental -y que conforman la institucionalidad de nuestro Estado democrático, unitario y descentralizado- también deben afinar su accionar y contar con los medios para ello.

En tal sentido, las entidades sectoriales nacionales, los gobiernos locales y regionales³ deben ser fortalecidos institucionalmente y sus competencias ambientales deben ser mejoradas y/o aclaradas. Es inaudito que a más de tres años de creado el Minam, no se cuenta aún con la matriz de competencias ambientales para establecer a qué entidad –nacional, regional o local- corresponde actuar ante asuntos ambientales específicos, produciéndose conflictos de competencia que desamparan el objeto de tutela, confunden al agente económico y al ciudadano; y retardan la acción preventiva o punitiva del Estado.

En cuanto a la Autoridad Nacional del Agua, más relevante que el sector público al que se le adscriba -Minam o a la PCM- es que cuente con una clara política de gestión integral del agua como recurso de uso múltiple, un adecuado marco legal y una institucionalidad eficiente. Para esto último, basta que los representantes de su Consejo Directivo tengan capacidad decisoria –peso político- y ejerzan sus atribuciones defendiendo los intereses de los sectores a los que representan, no olvidemos que en este Consejo Directivo están representantes de los principales sectores productivos (Agricultura,

3. Las competencias ambientales de los Gobiernos Regionales no sigue la lógica transversal del Sistema Nacional de Gestión Ambiental y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, en materia de fiscalización, restringe sus competencias a los sectores minería, energía, agricultura, pesquería, transportes y turismo. Debe aprobarse también la matriz de competencias sectoriales, regionales y locales para mejorar la gestión ambiental.

Energía y Minas; Vivienda, Construcción y Saneamiento; y otros que establezca el Poder Ejecutivo), además de los sectores Ambiente, Salud, Autoridad Marítima Nacional; y los representantes de los gobiernos regionales y municipios rurales. Es cierto que tratándose de un recurso multifuncional el peso dado al sector agrario está sobredimensionado y no es acorde con los actuales tiempos, en el pasado este sesgo se explica, primero, por haber sido una economía fundamentalmente agraria y, segundo, por haberse concebido la Ley General de Aguas como un instrumento fundamental para la implementación de la Reforma Agraria. Los tiempos cambiaron pero los atavismos quedaron. Tampoco, hay que olvidar que para la aprobación de la certificación ambiental por el sector productivo que corresponda, se debe contar con la opinión previa y vinculante de la Autoridad Nacional del Agua, lo cual significa que, aunque hubieren presiones políticas al interior del Ministerio que aprueba la certificación ambiental, la opinión negativa de la Autoridad Nacional del Agua basta para que no se apruebe el Estudio de Impacto Ambiental.

Hay que exigir también a los niveles regionales y locales de gobierno que actúen como parte del Estado, que es unitario y descentralizado, ejerciendo con eficiencia en sus respectivos ámbitos sus atribuciones públicas, aprobando los instrumentos de gestión ambiental (Zonificación Ecológica y Económica, Plan de Acondicionamiento Territorial, Plan de Desarrollo Metropolitano, Plan de Desarrollo Urbano, Plan Urbano Distrital, Esquema de Ordenamiento Urbano, Plan Específico y Planeamiento Integral); expidiendo las certificaciones ambientales de las Declaraciones de Impacto Ambiental para actividades que provocan impactos ambientales no significativos (estaciones de servicio de combustibles, pequeñas procesadoras de alimentos, edificaciones urbanas, etc.); fiscalizando, supervisando, evaluando, controlando y, de ser el caso, sancionando oportunamente el incumplimiento de las obligaciones ambientales bajo su competencia; y no solo sumándose a la protesta como si fueran parte de la sociedad civil. Desde luego deben también mejorar sustantivamente su capacidad de invertir los

recursos provenientes del canon minero y del aprovechamiento de otros recursos naturales en infraestructura y servicios sociales, para que la colectividad pueda ver en las actividades económicas parte de la solución a sus problemas socioeconómicos.

Los entes fiscalizadores competentes, sean de nivel nacional como la OEFA, así como los de niveles regional y local (EFA) deben fiscalizar, supervisar, evaluar, controlar y, de ser el caso, sancionar oportunamente el incumplimiento de las obligaciones ambientales. Para tal efecto, deben contar una clara asignación de competencias y con los recursos necesarios provenientes del propio fiscalizado, bajo el principio de internalización de costos, contando con ingresos previsible provenientes de los derechos de expedición de los títulos habilitantes que se otorgan para realizar actividades económicas con impacto ambiental negativo.

La Contraloría General debe procesar y sancionar a los funcionarios que por acción u omisión incumplan sus atribuciones ambientales; para lo cual se requiere, además de la generación propia de informes sobre estos incumplimientos, una acción coordinada con las entidades de fiscalización (OEFA y EFA), a efectos de que haga suyo o tome como base de su fiscalización los informes de incumplimiento de deberes ambientales de función por acción u omisión.

La Oficina de Gestión de Conflictos Sociales de la Presidencia del Consejo de Ministros debe gestionar los conflictos, privilegiando las acciones de prevención y no, únicamente, el manejo de las crisis que estos conflictos originan. Eso amerita coordinación estrecha con la Oficina de Prevención de Conflictos del Minam.

El Ministerio Público debe ejercer la acción penal en los delitos contra el ambiente y los recursos naturales; y contra aquellos que alteran el orden público y atentan contra la salud, vida, propiedad pública y privada. Asimismo, patrocinar la defensa de los intereses difusos de naturaleza civil ambiental. Eso amerita coordinación estrecha con la Procuraduría Ambiental.

El Poder Judicial debe procesar y, de ser el caso, condenar a los delincuentes implicados en la comisión de delitos contra el ambiente y los recursos naturales; y hacer lo propio contra los que alteran el orden público y amenazan o dañan la salud, vida, propiedad pública y privada como consecuencia de protestas al margen de los cauces legales previstos. Asimismo, tramitar y resolver oportunamente los procesos de tutela ambiental que se tramitan en las vías constitucional, contencioso - administrativa y civil. Eso amerita, una vez más, coordinación estrecha con la Procuraduría Ambiental.

Las personas y empresas que realizan actividades económicas, cumplir fielmente con sus obligaciones ambientales o, mejor aún, ir más allá de las exigencias legales a través de la responsabilidad social corporativa; por lo tanto, debe ser una política expresa del Minam promover su difusión a través del Registro de Buenas Prácticas, promover la aprobación de instrumentos económicos orientados a propiciar que las fuerzas del mercado contribuyan al cumplimiento de la política y normativa ambientales, etc.

La ciudadanía debe ejercer, individual o colectivamente organizada, de manera informada y responsable su derecho-deber de vigilancia y control ciudadano, velando por el cumplimiento de las obligaciones ambientales que

corresponden a los titulares de actividades económicas que pueden provocar impactos ambientales negativos; así como también para que los entes públicos ejerzan sus atribuciones ambientales; pero en todos los casos ejerciendo sus derechos de participación –acceso a la información, justicia y decisiones- usando los cauces institucionales previstos; y sin afectar el orden público, ni perjudicar la salud, vida, actividades, bienes y servicios públicos o privados. Es conveniente que se institucionalice la participación para que los interlocutores sean válidos y representativos de sus colectividades, a tal efecto, puede servir como modelo de institucionalización las Juntas Vecinales del ámbito municipal⁴, así se evitaría que organizaciones de dudosa representación –“frentes de defensa de los intereses ambientales”- se arroguen la representación de las colectividades cuando, por lo general, buscan elevar el perfil político de quienes lo integran.

III. CONCLUSIÓN

En consecuencia, no es necesario crear nueva institucionalidad sino mejorar y fortalecer la existente, coordinando las tareas que el sistema ha repartido en los respectivos entes para que en sus ámbitos y materias de competencia ejerzan sus atribuciones ambientales, pero bajo una política ambiental clara y una normativa ambiental completa y adecuada.

4. El artículo 113 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972, establece que “el vecino de una jurisdicción municipal puede ejercer su derecho de participación vecinal en la Municipalidad de su distrito y su provincia, mediante Juntas Vecinales, Comités de Vecinos, Asociaciones Vecinales, Organizaciones Comunales, Sociales y otras similares de naturaleza vecinal.