

# Sistemática, principios, Derecho y norma ambiental



**VITO VERNA CORONADO\***

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.  
Máster en Economía y *Management* Ambiental por la *Università Commerciale Luigi Bocconi*,  
Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

AUTORES NACIONALES



## SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Principios esenciales del Derecho Ambiental.
- III. Derecho fundamental al Medio Ambiente.
- IV. Análisis de la regulación minera.
  1. Formalización Minera.
  2. Estándares de Calidad Ambiental.
  3. Proyecto para la ampliación y modificación del Estudio Ambiental.
- V. Comentarios finales.

ESPECIAL

ADVOCATUS | 35

\* Agradezco sinceramente la dedicación, pasión e inteligencia que ha puesto el Licenciado Victor La Madrid en la elaboración del presente artículo, participación que trasciende por mucho la sola colaboración.

## RESUMEN:

Este artículo propone reflexionar sobre la sistemática del Derecho Ambiental, sus principios privativos, propósito y características; y cómo todo ello influencia en la dación de nuevas normas que se incorporan al derecho ambiental positivo y su exégesis; todo ello a propósito de temas como la formalización minera, los estándares de calidad ambiental y la actualización y modificación de los estudios ambientales.

**Palabras clave:** Sistema, Principios, Derecho Ambiental, Formalización minera, Estandar de calidad ambiental, Actualización y modificación del estudio ambiental.

## ABSTRACT:

This article proposes a reflection around the Environmental Law Legislation, its privative principles, purpose and characteristics; and how all these aspects influence the development of new norms that are incorporated into positive environmental law and its exegesis. All this concerning topics such as mining formalization, environmental quality standards and an update and modification of environmental studies.

**Keywords:** System, Principles, Environmental Law, Mining formalization, Environmental quality standard, Updating and modification of the Environmental studies.

## I. INTRODUCCIÓN

Como todo sistema de normas positivas, el Derecho Ambiental debe evolucionar hacia formas cada vez mejores de lograr su propósito. En este proceso continuo de creación y destrucción normativa los Principios juegan un rol fundamental, debido a que ellos constituyen los referentes que nos permitirán encausar la fuerza del cambio en la dirección correcta, evitando desviaciones y retrocesos.

En el presente artículo pondremos bajo análisis los recientes proyectos o normas ambientales a luz de los principios y derechos ambientales fundamentales, con la finalidad de expresar una opinión relativa a la alineación o desviación de los dispositivos legales respecto de los fundamentos que deben inspirarlos.

¿Las propuestas regulatorias de los ECA –Estándares de Calidad Ambiental– o del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental –SEIA– se alinean con los principios del Derecho Ambiental?  
 ¿Las nuevas normas relativas a formalización de la minería, son coherentes con nuestro derecho a vivir en un ambiente adecuado? Estas serán las cuestiones que guiarán el discurso crítico en el siguiente trabajo.

Sin embargo, previo a iniciar con el presente análisis es oportuno abordar en forma sucinta la función que desempeñan los principios dentro del sistema jurídico, el concepto mismo de sistema –puesto que el sistema jurídico es uno de ellos– y la concepción del derecho subjetivo al medio ambiente; todo ello con la finalidad de construir un discurso enraizado en sus fundamentos basales.

## II. PRINCIPIOS ESENCIALES DEL DERECHO AMBIENTAL

La doctrina especializada está de acuerdo mayoritariamente en conferirle a los principios la función de inspirar nuevas normas jurídicas al servirles de fundamento o razón de ser. Asimismo, se les reconoce también la función de servir al operador jurídico para interpretar la norma positiva, ya sea ante varias interpretaciones posibles o ante supuestos de la realidad no contemplados claramente en la norma jurídica.

De acuerdo con Claudia María Rojas:

*"(...) los principios ostentan la función de orientar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas que componen el ordenamiento jurídico, en el sentido de que conectan la norma concreta con su razón de ser y con los valores que subyacen en ella".*

1. ROJAS QUIÑONEZ, Claudia María. *Evolución de las características y de los Principios del Derecho Internacional ambiental y su aplicación en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 135.

Siguiendo a Ángel Latorre, citado por Claudia María Rojas, los principios constituyen *"los fundamentos mismos del sistema jurídico a partir de los cuales se despliega todo el aparato de normas"*<sup>2</sup>. Ahora bien, si el sistema jurídico es efectivamente un sistema, sus componentes deben cumplir ciertas condiciones esenciales. El profesor José Antonio Garciandía considera que:

*"(...) las relaciones no son suficientes para determinar que algo es un sistema. Para ello es imprescindible que las relaciones o interrelaciones estén inscritas en un conjunto complejo que las englobe y les dé coherencia y sentido. A esto se le denomina organización"*<sup>3</sup>.

La organización para este autor se traduce en interrelaciones regulares, estables y persistentes en el tiempo, que permiten a un observador descubrir en ellas una unidad global.

En otras palabras, los sistemas para serlo a cabalidad deben denotar cierta estabilidad y persistencia. Los átomos, la familia o las galaxias, todos son sistemas debido a que manifiestan interacciones persistentes y regulares que generan la percepción de unidad global.

Asimismo, la unidad global presentará cualidades diversas a los elementos, y en los elementos que los conforman, las cuales solo pueden ser explicadas por la existencia del sistema que las produce o, mejor dicho, del sistema del cual emergen.

A continuación, proponemos al lector un ejemplo que puede ayudar al proceso de comprensión de este asunto: un colega soltero y sin compromiso presenta ciertas características físicas, las cuales cambian cuando encuentra a su media naranja y entabla una relación amorosa estable; el establecimiento de la nueva pareja –sistema pareja– producirá en cada una de las personas que la componen una multi-

plicidad de cambios, por ejemplo en el estado físico, hábitos, humor, entre otros, así también la nueva pareja concebida en su unidad o conjunto adquirirá características que definirán su identidad sistémica; así diremos que es una pareja activa, romántica, trabajadora, reflexiva, etc.; estas cualidades o características son en palabras del Profesor Garciandía "emergencias". La emergencia se define como:

*"(...) una cualidad, propiedad rasgo o fenómeno en un sistema que tiene la condición de ser nuevo en el sistema. Es decir, ese carácter es novedoso con relación a las cualidades o propiedades de los elementos si los tomamos aisladamente o si pertenecen a una configuración relacional diferente, como puede ser otro sistema"*<sup>4</sup>.

En este orden de ideas, las emergencias del sistema pareja que acabamos de presentar serán reconocibles o perceptibles tanto en las personas que conforman la pareja (humor, actividad, etc.), como en la pareja concebida como una unidad; laboriosidad, predilecciones, costumbres, etc.

Pero quizás el lector se encontrará más familiarizado con las emergencias de nuestra selección nacional de fútbol, en la cual, algunos elementos del equipo funcionan de una manera dentro del sistema "Selección Peruana de Fútbol" y de otra en sus clubes –sistema club–, incluso la eficacia para anotar goles difiere, de ahí podemos explicar cómo los elementos que conforman el sistema experimentan cambios que solo se explican cuando forman parte de un sistema en particular.

Siguiendo con el ejemplo, el sistema selección peruana visto como un todo tendrá ciertas características o cualidades, será un equipo defensivo, ofensivo, que juega en corto, donde corre el balón y no el jugador, existirá una "idea

2. LATORRE, Ángel. *Introducción al Derecho*. Barcelona: Ariel, 1996, p. 77.

3. GARCIANDÍA IMAZ, José Antonio. *Pensar sistémico, una introducción al pensamiento sistémico*. Segunda Edición. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2011, p. 137.

4. *Ibid.* p. 115

de juego" una identidad futbolística y demás términos que buscan significar cualidades que han emergido del sistema que denominamos "Selección Peruana de Fútbol" y le serán propias y solo reconocibles en ella.

Del mismo modo, el sistema jurídico ambiental positivo constituye una entidad diversa de cualquier otro cuerpo de normas legales, sin que ello signifique, claro está, que no se encuentra integrado al sistema jurídico general.

El Derecho Ambiental asume una fisonomía propia a partir de su propósito, de los principios que constituyen su fundamento, de la particular fisonomía de sus normas y de la hermenéutica de las mismas.

En otras palabras, el Derecho Ambiental es reconocible como unidad global diferenciable, no solo porque responde a un particular y privativo propósito, mantiene un objeto diferente al resto del sistema legal o encuentra su fundamento en principios diferentes, sino también debido a que sus normas deben ser interpretadas considerando la relación sistémica entre la civilización humana y el ecosistema.

El Derecho Ambiental positivo, a diferencia de otras normas jurídicas, regula la interacción de conductas humanas con los sistemas ecológicos.

El sistema ambiental es responsable de la vida en una multiplicidad de formas en nuestro planeta y la vida es, a su vez, responsable del actual equilibrio ecosistémico del mismo; el sistema ambiental y sus condiciones perfilan las formas de vida y la evolución de las especies; y la vida a su turno influye en las condiciones y características de los elementos inanimados, y todo, visto como unidad global, constituye el sistema ambiental en equilibrio, el cual alberga en su interior una infinidad de interrelaciones permanentes, estables y regulares, las cuales el Derecho Ambiental busca preservar mediante la integración sistémica de la actividad humana con el ecosistema.

La especie humana, qué duda cabe, constituye un elemento del sistema ambiental; un ele-

mento en interrelación con el ambiente y sus sistemas bióticos y abióticos.

La interrelación de nuestra especie se ha ido complejizando con el aumento de la población, la industrialización, el uso en masa de los combustibles fósiles, la síntesis de nuevas moléculas no degradables y persistentes, el aprovechamiento de recursos no renovables, entre otros. La aparición de fenómenos como el cambio climático, la desertificación o la pérdida de biodiversidad han puesto en cuestión si nuestra especie sigue o no integrada al ambiente del cual emergió o, si por el contrario, su conducta pone en riesgo la sistemática natural e incluso los servicios ambientales de los cuales depende nuestra civilización.

El Derecho Ambiental es la respuesta a un problema, y consecuentemente nace con una finalidad preventiva; la cual es, evitar conductas que puedan –parafraseando al Profesor Raúl Brañes– afectar significativamente las interrelaciones entre los seres vivos y sus sistemas de ambiente; o, en cambio, es que el Derecho Ambiental –planteado a manera de hipótesis– busca recomponer o restablecer la integración primigenia que existió entre la especie humana y su sistema ambiente, y a partir de ahí mantener el nuevo equilibrio dinámico.

Ahora bien, si consideramos a nuestra especie como un elemento del sistema ambiental o del ecosistema, su conducta o interrelaciones deberían responder al ideal de funcionamiento sistémico, es decir, nuestra especie nació integrada y en su devenir debería encausarse dentro del ideal integrativo.

Al respecto, como lo mencionamos líneas arriba, diversos autores consideran que la prevención de conductas humanas que puedan afectar significativamente las interrelaciones entre los seres vivos y sus sistemas de ambiente constituye la primera prioridad y, por lo tanto, sitúan al principio de Prevención como el fundamento primero y fundamental del Derecho Ambiental.

Postular que el Derecho Ambiental busca lograr que la especie humana se integre a los sistemas

responsabilidad administrativa son: i) caso fortuito o fuerza mayor, debidamente acreditado<sup>17</sup>; ii) obrar en cumplimiento de un deber legal o ejercicio legítimo del derecho de defensa; iii) incapacidad mental para entender la infracción cometida; iv) orden obligatoria de la autoridad competente en ejercicio de sus funciones; v) error inducido por la Administración Pública o por disposición administrativa confusa o ilegal; y, vi) subsanación voluntaria con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos. Por otra parte, el TUO LPAG establece como condición atenuante al reconocimiento de responsabilidad por parte del administrado de manera expresa y por escrito, y permite que la normativa especial pueda prever otras condiciones atenuantes.

Cuando se configura una condición eximente se libera de la responsabilidad administrativa al administrado, mientras que la configuración de alguna condición atenuante de responsabilidad administrativa genera que se reduzca la sanción.

Otra de las reglas importantes para el ejercicio de la potestad sancionadora es la figura de la prescripción de la infracción administrativa, la cual opera con el transcurso de un determinado período establecido en la normativa, que como regla general es de cuatro (4) años –lo cual no ha sido modificado recientemente–. Así, en caso opere la prescripción, las autoridades pierden la competencia para que en determinado caso en concreto puedan determinar la existencia de responsabilidad administrativa. El cómputo del plazo de prescripción para las infracciones instantáneas o instantáneas con efectos permanentes se inicia desde el día en que fueron cometidas; para las infracciones continuadas, desde que se realizó la última acción constitutiva de infracción; y, para las infracciones permanentes, desde que la acción cesa. Con el inicio del PAS se suspende el cómputo del

plazo de prescripción, pero se puede reanudar si dicho procedimiento se mantiene paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles por causa no imputable al administrado. Sobre el particular, resulta fundamental precisar que en el plano administrativo, la prescripción opera de oficio por parte de la Administración Pública sin que el administrado tenga que necesariamente oponerle como un medio de defensa, para lo cual, además se encuentra facultado.

Adicionalmente, el DL 1272 incluyó la figura de la caducidad del PAS, la cual establece un plazo máximo para que el PAS sea resuelto, de lo contrario debe ser archivado. Este plazo es de nueve (9) meses que puede ser ampliado excepcionalmente por tres (3) meses más. No obstante ello, si un PAS caducó pero el plazo de prescripción aún no se hubiese configurado, la autoridad competente puede evaluar e instruir un nuevo PAS por la misma supuesta infracción.

Debe notarse que el TUO LPAG establece que la normativa sectorial no debe prever condiciones menos favorables para el administrado que las desarrolladas por esta ley<sup>18</sup>. En virtud de esta disposición, aquellas reglas que fijen las autoridades administrativas para limitar o no reconocer el contenido del TUO LPAG para el ejercicio de su potestad sancionadora, deben ser entendidas como vulneradoras de dicho cuerpo legal.

## II. RÉGIMEN SANCIONADOR EN LA MEDIANA Y GRAN MINERÍA

### 1. Régimen sancionador en materia ambiental.

Actualmente, el régimen sancionador en materia ambiental para la gran y mediana minería está a cargo del OEFA, el cual es una entidad creada en el año 2008<sup>19</sup> como un organismo

17. Al respecto, puede verse a GUZMAN NAPURÍ, Christian. *Tratado de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2011, p. 896.

18. Segundo párrafo del numeral 2 del artículo 245 del TUO LPAG.

19. A través de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1013.

público técnico especializado, con personería jurídica propia, adscrito al Ministerio del Ambiente y es el Ente Rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental –en adelante “SINEFA”<sup>20</sup>–.

Entre las principales obligaciones y consentimientos gubernamentales que fiscaliza el OEFA se encuentran la certificación ambiental, la cual dependerá en cuanto a su contenido sobre la magnitud de las operaciones y las actividades mineras a desarrollar. Así, resulta fundamental considerar principalmente a las disposiciones del i) Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, aprobado por el Decreto Supremo N° 20-2008-EM; ii) el Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero, aprobado por el Decreto Supremo N° 40-2014-EM; y, iii) la Ley que regula el Cierre de Minas, aprobada por la Ley 28090, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 33-2005-EM. De igual manera, se comprende dentro de la fiscalización al cumplimiento de los Límites Máximos Permisibles, e incluso en algunos casos a los Estándares de Calidad Ambiental, los cuales sirven como parámetros para evaluar el impacto causado en el ambiente.

### 1.1. Tipificación de infracciones.

Conforme al numeral 11.2 del artículo 11 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobada por la Ley 29325, el OEFA cuenta con función normativa para dictar, en el ámbito de su competencia, las normas que regulen el ejercicio de la fiscalización ambiental, la tipificación de infracciones administrativas, aprobar la escala de sanciones correspondientes, los criterios de graduación de éstas y los alcances de las medidas preventivas, cautelares y correctivas. Es al amparo de esta norma que el OEFA ha regulado los alcances de su procedimiento administrativo sancionador, las medidas administrativas que pueda emitir,

así como la tipificación de infracciones en materia ambiental.

A continuación, las normas que tipifican las infracciones ambientales aplicables a la gran y mediana minería:

- a) Resolución de Consejo Directivo N° 42-2015-OEFA/CD, que tipifica las infracciones administrativas y establece la escala de sanciones aplicable a las actividades de Exploración Minera desarrolladas por los administrados del Sector Minería que se encuentran bajo el ámbito de competencia del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental –OEFA. Las infracciones que esta Resolución tipifica están relacionadas con el incumplimiento de las disposiciones del Reglamento Ambiental para la Exploración Minera y se clasifican en leves, graves y muy graves, siendo posibles de ser sancionadas con una amonestación o multas que varían desde las cinco (5) a las cuatro mil quinientas (4,500) Unidades Impositivas Tributarias –en adelante “UIT”, dependiendo de la gravedad de la infracción. Entre otras infracciones, la presente Resolución tipifica: a) la variación de las plataformas a una distancia mayor de cincuenta (50) metros lineales sin la aprobación de la DGAAM; b) no comunicar el inicio o reinicio de actividades en exploración; y, c) procesar minerales en una planta piloto para comercializarlos.
  
- b) Resolución de Consejo Directivo N° 43-2015-OEFA/CD, que tipifica las infracciones administrativas y establece la escala de sanciones aplicable a las actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero desarrolladas por los administrados del Sector Minería que se encuentran bajo el ámbito de competencia del OEFA. Las infracciones que esta Resolución tipifica están relacionadas principalmente con el incumplimiento de las disposiciones del Decreto Supremo

20. Conforme a la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobada por la Ley 29325.

#### d) **Principio de irretroactividad**

A través del principio de irretroactividad, el TUO LPAG prevé que las disposiciones sancionadoras –las infracciones y sanciones– aplicables a un caso en concreto son aquellas vigentes al momento de incurrir en la conducta tipificada, salvo que una disposición normativa posterior resulte más beneficiosa. De esta forma, las disposiciones sancionadoras son de efecto retroactivo cuando favorecen al administrado presunto infractor o infractor –en caso se haya reconocido su responsabilidad administrativa–, sobre cuestiones referidas a i) la tipificación de infracciones; ii) las sanciones; y, iii) plazos de prescripción. Las nuevas disposiciones sancionadoras también son de efecto inmediato sobre sanciones que se encuentren en ejecución al momento en que las nuevas normas entran en vigencia.

Este principio, importado de su vertiente del Derecho Penal previsto en nuestra Constitución Política<sup>10</sup>, presenta dos garantías a favor del administrado frente a la potestad sancionadora de la Administración Pública: i) solo se puede ser imputado y sancionado por normas vigentes al momento en que se cometió la conducta tipificada, por lo que, en mérito de la seguridad jurídica, no cabe la atribución de responsabilidad administrativa si el hecho infractor fue cometido antes de que dichas conductas hayan sido previstas como infracción; y, ii) las normas posteriores a la comisión de la infracción pueden resultar aplicables siempre y cuando representen una ventaja o mejor posición para

el administrado imputado. Ahora bien, nótese que el TUO LPAG ha restringido el ámbito de aplicación de este principio solo hasta aquellas sanciones impuestas que aún no se ejecuten, no siendo aplicable a sanciones ya ejecutadas.

## 2. Principales reglas generales del procedimiento administrativo sancionador.

El TUO LPAG, además del reconocimiento de los principios del Derecho Administrativo Sancionador, establece las reglas generales dentro de las cuales se debe enmarcar el procedimiento administrativo sancionador –en adelante “PAS” de cada entidad. A continuación, abordaremos de manera sucinta las autoridades competentes en el PAS, la estructura de este procedimiento, los eximentes y atenuantes de responsabilidad administrativa.

Con la publicación del DL 1272, dentro del PAS deben reconocerse a las siguientes autoridades<sup>11</sup>:

- a) **Autoridad instructora:** es el órgano encargado de instruir el PAS, para lo cual recaba los datos e información, examina los hechos, imputa la comisión de infracciones, y formula el informe final de instrucción. Nótese que el rol de la autoridad instructora no es buscar cualquier fundamento para sancionar al administrado, sino que, bajo los principios de buena fe procedimental<sup>12</sup> y ejercicio legítimo del poder<sup>13</sup>, su objetivo es dotar de las herramientas necesarias para

10. Artículo 103.

11. Estas autoridades se desprenden del inciso 1 del numeral 252.1 del artículo 252 y del artículo 253 del TUO LPAG.

12. **1.8. Principio de buena fe procedimental.** - “La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente ley.

*Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental.”*

13. **1.17. Principio del ejercicio legítimo del poder.** - “La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general.”

determinar imparcialmente si se cometió o no una infracción.

- b) **Autoridad decisora:** es el órgano encargado de declarar la atribución de responsabilidad administrativa, sancionando e imponiendo las medidas correctivas, o archivando la imputación, de ser el caso, previa valoración de los hechos, la imputación de cargos, los descargos, el informe final de instrucción y los descargos a estos.

Asimismo, el PAS debe presentar la siguiente estructura general:

- a) El inicio formal del PAS se da con la notificación de imputación de cargos al administrado por parte de la autoridad instructora<sup>14</sup>.
- b) Recibida dicha notificación, el administrado cuenta con por lo menos cinco (5) días hábiles –pueden ser mayores conforme lo precise la normativa sectorial– para presentar sus descargos ante las imputaciones, para lo cual puede brindar sus alegaciones y medios de prueba. La no presentación de los descargos no implica la aceptación tácita de las imputaciones formuladas.
- c) Con la presentación de los descargos, o incluso en su defecto, la autoridad instructora realiza las actuaciones necesarias para el examen de los hechos y obtención de información para determinar la existencia de responsabilidad administrativa.
- d) Posteriormente, la autoridad instructora debe concluir sus actuaciones señalando si con ellas se puede determinar la existencia –sobre la comisión de la infracción y la sanción

propuesta– o la inexistencia de responsabilidad administrativa mediante la formulación de un informe final de instrucción.

- e) Este informe final de instrucción es remitido a la autoridad decisora, la cual es competente para realizar las actuaciones complementarias que considere indispensables para resolver el PAS. Asimismo, en caso el informe final de instrucción determine la responsabilidad administrativa del administrado, la autoridad decisora le traslada dicho informe para que presente nuevos descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles –el cual también puede ser mayor conforme a la normativa sectorial–.
- f) Finalmente, previa evaluación de los descargos del administrado al informe final de instrucción, en caso corresponda, la autoridad decisora emite su pronunciamiento final sobre el PAS, ya sea: i) declarando la responsabilidad administrativa del administrado y aplicándole las sanciones y medidas correctivas respectivas; o, ii) declarando el archivamiento del PAS cuando de los hechos y las normas evaluadas no se llegue a la conclusión de la comisión de las infracciones imputadas. La resolución que contiene este pronunciamiento final debe ser notificado al administrado, a la autoridad que solicitó el inicio del PAS, así como al denunciante de la infracción, de ser el caso.

Para la determinación de la responsabilidad administrativa el TUO LPAG prevé las siguientes condiciones eximentes<sup>15</sup> y atenuantes<sup>16</sup> que deben ser consideradas por la autoridad instructora y la autoridad decisora en el PAS. Por una parte, las condiciones eximentes de

14. Conforme la inciso 3 del numeral 252.1 del artículo 252 del TUO LPAG, esta notificación debe contener como mínimo los hechos que a título de cargo se imputan, la calificación de las infracciones implicadas, las sanciones que se pudieran imponer, la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que le atribuye a esta dicha competencia.

15. En el numeral 1 del artículo 255 del TUO LPAG.

16. En el numeral 2 del artículo 255 del TUO LPAG.



gobiernos regionales y en el excesivo costo en los que pueda incurrir el minero en su elaboración, pero no comprendemos la exclusión de la obligación de que un profesional en ingeniería o ciencias ambientales con habilitación profesional vigente, con experiencia profesional no menor de tres años en elaboración de instrumentos de gestión ambiental sea el encargado de elaborar el Aspecto Correctivo del IGAFOM.

De acuerdo al proyecto normativo, la diferencia entre el Aspecto Preventivo y el Aspecto Correctivo es que el primero comprende la identificación, prevención, control, supervisión y/o medidas de cierre u otras medidas que permitan minimizar los impactos ambientales negativos a generarse en el área donde el minero informal declare que va a desarrollar actividad minera, mientras que el segundo comprende la corrección, mitigación, cierre u otras medidas con el objeto de minimizar los impactos ambientales negativos generados en el área donde el minero informal declare que ha desarrollado y viene desarrollando actividad minera.

En tal sentido, considerando que ambos aspectos tienen como objetivo la minimización de impactos ambientales a partir de la evaluación de medidas de prevención, control, corrección o mitigación, por lo que no cabría la exclusión del aspecto correctivo al requisito legal mencionado en los párrafos anteriores ya que los impactos ambientales en ambos casos pueden tener carácter significativo.

La segunda diferencia radica en el plazo de evaluación del instrumento ambiental, mientras que la evaluación del IGAC tenía un plazo máximo de ciento cuarenta días, se dispone un plazo máximo de treinta días para la evaluación del IGAFOM. Pronunciarse sobre la racionalidad de disminuir el plazo de evaluación implica analizar si la norma ha incidido en los factores que podría disminuir el tiempo de evaluación, los cuales son a nuestro entender dos: i) la calidad del estudio ambiental presentado a evaluación; y ii) la capacidad evaluadora –experiencia, conocimientos y número de integrantes del equipo–.

Con relación a la calidad del instrumento ambiental presentado, creemos que la calidad del instrumento presentado es inversamente proporcional al tiempo que consume su evaluación; así a mejor estudio ambiental, corresponderá menor tiempo de evaluación.

En tal sentido, mientras los impactos del proyecto sean correctamente identificados, y las medidas de prevención, control y mitigación a implementar sean las adecuadas, la evaluación del instrumento será más sencilla y expeditiva y será más eficaz para la conservación del ambiente.

Ahora bien, la calidad del estudio ambiental es un aspecto que se encuentra estrechamente vinculado con quien es el encargado de su elaboración, de acuerdo al proyecto de reglamentación del IGAFOM el aspecto preventivo y correctivo no requieren ser elaborados por consultoras inscritas en los distintos registros de consultoras, lo cual podría incidir en la calidad del producto resultante lo que complejiza el proceso de evaluación y podría alargar el plazo de revisión.

Respecto de la capacidad de los evaluadores, la norma no prevé los instrumentos para la mejorar de sus capacidades o para incrementar la capacidad de atención y producción de las oficinas estatales.

La falta de capacidades en el evaluador podría ocasionar el aumento de las probabilidades de que un instrumento correctivo para la formalización de las actividades de la pequeña minería y minería artesanal no identifique de manera adecuada los impactos ambientales y las medidas conducentes a minimizar los impactos causados y los impactos ambientales a generarse.

Por lo tanto, creemos que la disminución del plazo de evaluación es una medida efectista y declarativa ya que no involucra las estrategias necesarias para reducir el plazo de evaluación en función a remediar y preservar los impactos generados por las actividades informales, sino que se sustenta en la sola simplificación administrativa, la cual no considera mejorar la calidad del IGAFOM ni el fortalecimiento de la capacidad del órgano evaluador.

Finalmente, el proyecto de reglamento del IGA-FOM, a diferencia de lo establecido en relación con el IGAC, no incluye mecanismos de participación ciudadana, lo que significa una abierta contradicción con el principio de participación ciudadana. Esta omisión la calificamos como trascendente debido a que muchos de los problemas que genera la minería ilegal e informal tienen gran impacto social dentro del área de influencia de la actividad. Los mecanismos de participación ciudadana serían de gran ayuda para la integración de la actividad minera con su entorno tanto ambiental como social al tiempo que garantizarán la sostenibilidad de la actividad a lo largo del tiempo.

Respecto a la acreditación de propiedad o autorización de uso del terreno superficial, la nueva normativa de formalización minera permite acreditar la propiedad o autorización de uso de terreno superficial a través de la presentación de una Declaración Jurada con firma legalizada ante notario.

Cabe destacar que uno de los objetivos del requisito de acreditación de propiedad o derecho de uso de terreno superficial dentro del proceso de formalización minera es lograr solucionar el problema del saneamiento físico legal y titulación de tierras, comprendiendo especialmente las tierras de las comunidades campesinas y comunidades nativas; una vez más, el cambio regulatorio pareciera estar inspirado en la simplificación administrativa y no como un medio para lograr la integración entre la actividad minera y el medio ambiente involucrando a los diferentes actores que lo componen como en el caso concreto son las comunidades campesinas y comunidades nativas, ya que la normativa no establece estrategias dirigidas al reconocimiento de derechos de propiedad frente a las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas.

Lo importante es considerar que las medidas que se adopten con el objeto de acreditar propiedad o derecho de uso de terreno superficial no afecten los derechos de propiedad de terceros y no sólo estén enfocados en el mero cumplimiento de un requisito para obtener la autorización de inicio o reinicio de actividades mineras de explotación y/o beneficio de minerales y/o título de concesión de beneficio.

Acerca de la acreditación de titularidad, contrato de cesión o contrato de explotación respecto de la concesión minera, resultan acertados los incentivos planteados en la regulación con la finalidad de lograr la firma de los contratos entre el titular de la concesión y el minero en proceso de formalización, debido a que no sólo simplifica el cumplimiento de un requisito para la formalización, sino que colabora e influye en el relacionamiento social del titular de la concesión y el minero informal frente a la población identificada en el área de influencia del proyecto.

La obtención de beneficios en la determinación de pago del derecho de vigencia y penalidades por parte del titular de la concesión genera un incentivo económico que podría contribuir en la mejora del relacionamiento comunitario de los distintos actores que comparten un área determinada. Adicionalmente, se incentiva la firma de estos contratos a partir del establecimiento de forma específica de que el titular de la concesión no tiene responsabilidad sobre las obligaciones ambientales y de seguridad y salud en el trabajo del minero en el proceso de formalización.

Finalmente, respecto a los requisitos para el proceso de formalización minera la norma establece la presentación del Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos –en adelante, “CIRA”– o Declaración Jurada sujeta a fiscalización posterior por parte del Ministerio de Cultura, sustentando la implementación de la Declaración Jurada en que los CIRA son de naturaleza preventiva por lo que pierde efectividad durante un proceso formalización minera.

Sin embargo, es importante analizar la necesidad del requisito en función a la integración de la actividad minera con el medio ambiente, en ese sentido, si bien es cierto que el CIRA puede ser un instrumento que no resulta adecuado durante el proceso de formalización minera, debido principalmente a su carácter preventivo, existen otros instrumentos que tienen como finalidad monitorear o recuperar restos arqueológicos, tales como los Planes de Monitoreo Arqueológico, Proyectos de Evaluación Arqueológica, Intervenciones Arqueológicas o Proyectos de Rescate Arqueo-

lógico, todos los cuales podrían ser exigibles de acuerdo a las características de cada proyecto en particular, por lo que no consideramos que la implementación de la declaración jurada impulse la integración de la actividad minera y el medio ambiente, sino que la eliminación de este requisito una vez más tiene como sustento la simplificación administrativa a toda costa.

Adicionalmente al análisis de los requisitos para lograr la formalización de la actividad minera, consideramos importante abordar tres temas fundamentales:

- a) Proceso de Consulta Previa a pueblos indígenas
- b) Acreditación como pequeño productor minero o productor minero artesanal a los titulares de concesión de beneficio que adquieren minerales de terceras personas para su procesamiento
- c) Eliminación del requisito de autorización de uso de aguas

Respecto de la consulta previa, es muy importante determinar dentro del proceso de formalización minera en qué momento se realiza la consulta previa a las comunidades indígenas de acuerdo a la Ley y Reglamento de la Consulta Previa, ya que puede generar problemas tanto frente a las comunidades que deben ser consultadas, como respecto del proceso mismo de formalización, el cual podría construirse en base a actos administrativos susceptibles de ser cuestionados legalmente.

En relación a la condición de los titulares de concesión de beneficio que adquieren minerales de terceras personas para su procesamiento, en un principio la sexta disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1336 establecía que dichos titulares no podrán ser acreditados como pequeño productor minero o productor minero artesanal, disposición que fue derogada por la Ley 30593.

Lo dispuesto por la Sexta disposición complementaria era una decisión importante ya

que al prohibir la acreditación como pequeño productor minero o productor minero artesanal a los titulares de concesión de beneficio que adquieren minerales de terceras personas para su procesamiento, se determinaba indirectamente que la fiscalización ambiental de la actividad sea realizada por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental –en adelante, "OEFA"–.

Cabe señalar que la actividad de beneficio es una de las actividades mineras que mayor riesgo al ambiente y a la salud puede generar debido a las características de la actividad en sí misma y las sustancias que la involucran, tales como: cianuro, mercurio, entre otras, por lo que determinar que los titulares de concesiones de beneficio que adquieren minerales de terceras personas no puedan ser acreditados como pequeño productor minero o productor minero artesanal coadyuva con la protección y conservación del ambiente ya que en función al riesgo ambiental que genera, son las autoridades del nivel nacional las encargadas de regular y fiscalizar estas actividades y no los gobiernos regionales, que carecen muchas veces de los recursos, capacidades y voluntad política para cumplir con sus funciones.

Finalmente, respecto de la eliminación del requisito de autorización de uso de aguas, es importante señalar que si bien es cierto es una medida que impulsa el proceso de formalización minera, ello no exime al minero en proceso de formalización de obtener el mencionado permiso de forma previa al aprovechamiento del recurso.

De lo expuesto, consideramos que la nueva normativa que busca impulsar el proceso de formalización minera no tendría como objeto primero y principal la salvaguarda de los derechos fundamentales que se ven afectados a partir de la ejecución de actividades mineras ilegales o informales, sino que tiene como fundamento la simplificación administrativa con el objeto de incrementar el número de mineros que acceden al proceso de formalización. En tal sentido, el Estado obvia la adopción de las medidas necesarias de prevención que hagan posible la integración de las actividades mineras con los demás componentes del ambiente.

Por lo tanto, creemos que se comete un grave error al iniciar el análisis de la eficacia del proceso de formalización minera partiendo del número de mineros que se encuentran en proceso de formalización ya que el éxito de éste proceso no radica en la cantidad de mineros formalizados, sino, en lograr garantizar los derechos fundamentales de todas las personas que se encuentran en la zona de influencia o son parte de estas actividades y en general de todos los peruanos que tenemos el derecho a que nuestro entorno se preserve y recupere.

## 2. Estándares de calidad ambiental.

Mediante los Decretos Supremos N° 003-2017-MINAM y N° 004-2017-MINAM se aprobaron los Estándares de Calidad Ambiental –en adelante, “ECA”– para aire y agua, respectivamente. Usualmente, la atención en este tipo de normas se centra en los valores elegidos para cada parámetro, sin embargo, en esta oportunidad, además de ello, nos enfocaremos en las interrelaciones de los ECA con otros instrumentos de gestión ambiental.

La importancia de los ECA radica en que constituyen referentes que ayudan a evaluar el estado del ambiente. Para el caso de nuestro país, los ECA son fijados en atención a estudios epidemiológicos realizados en el extranjero que revelan el nivel de riesgo del ser humano al estar expuesto a ciertas concentraciones de contaminantes o condiciones ambientales.

En este orden de ideas, los ECA buscan servir de parámetro para determinar el nivel de riesgo a la salud de una comunidad humana o persona expuesta. Por lo tanto, en caso el monitoreo de calidad del aire o agua demuestre concentraciones o medidas superiores a las establecidas en los ECA se podrá concluir que la exposición podría significar un riesgo significativo para la salud humana.

En este punto del discurso resulta muy importante explicar el uso del condicional en el párrafo anterior. En efecto, el riesgo en la salud no debe ser concluido únicamente de la constatación referida a que la calidad medida del aire o agua

superan los valores definidos como seguros en los ECA. Para que se configure una situación real de riesgo debe existir, además del contaminante, la exposición concreta de un ser humano o comunidad de personas al contaminante y, además, el mecanismo por el cual el contaminante podrá interactuar con el organismo humano.

De este modo, la gestión del riesgo involucrará actuar sobre por lo menos alguno de los tres aspectos antes mencionados, a saber: la calidad del aire o agua, la exposición de las personas y sobre todo el mecanismo o vehículo que permite al contaminante ingresar al organismo humano.

Del mismo modo que el termómetro señala que el cuerpo presenta una temperatura normal o anormal, los ECA nos muestran el potencial nivel de riesgo para la salud presente en determinada zona; en ambos casos nos encontramos ante instrumentos de diagnóstico, no de cura o solución de la condición que revelan.

En este orden de ideas, los ECA deben interactuar con otros instrumentos de gestión ambiental y de salud pública, con la finalidad de mantener o restablecer una calidad ambiental segura para las personas. A continuación, nos enfocaremos en la dimensión ambiental de estas interacciones.

Al respecto, la Ley General del Ambiente –en adelante “LGA”– establece en su artículo 31 que:

*“31.2 El ECA es obligatorio en el diseño de las normas legales y las políticas públicas. Es un referente obligatorio en el diseño y aplicación de todos los instrumentos de gestión ambiental.*

*31.3 No se otorga la certificación ambiental establecida mediante la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, cuando el respectivo EIA concluye que la implementación de la actividad implicaría el incumplimiento de algún Estándar de Calidad Ambiental. Los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental también deben considerar los Estándares de Calidad Ambiental al momento de establecer los compromisos respectivos.”*

De acuerdo con nuestra regulación los ECA deben ser considerados necesariamente en la elaboración y aplicación de las políticas públicas, no solo las ambientales. Al ser un referente que nos ayuda a establecer conclusiones relacionadas con la calidad ambiental, los ECA se encuentran estrechamente relacionados con los objetivos relativos a la calidad ambiental de las políticas ambientales.

A su vez, los instrumentos de gestión ambiental, conforme lo dispone el artículo 16 de la LGA, son mecanismos a través de los cuales se concreta o viabiliza la ejecución de la política ambiental sobre la base de los principios rectores del Derecho Ambiental.

Del conjunto de los IGA –instrumentos de gestión ambiental–, el Estudio de Impacto Ambiental –en adelante, “EIA”– y su evaluación son quizás los instrumentos más relevantes para la gestión de los impactos ambientales de un proyecto sujeto al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental –en adelante “SEIA”– y su zona de influencia.

Al respecto, la norma de la LGA citada establece una restricción concreta a la aprobación del EIA cuando se concluya que la construcción y/o implementación del proyecto implicaría el incumplimiento de algún parámetro de los ECA.

En tal sentido, los proyectos deben concebirse y planificarse considerando que su potencial contribución de sustancias reguladas en los ECA no afectará la capacidad de aire o agua de mantener dentro de la norma los parámetros relevantes para el ECA. En este orden de ideas, los titulares y las consultoras encargadas de la elaboración de los EIA deberán estimar el efecto de sus vertimientos o emisiones fuera de la zona de mezcla<sup>8</sup> del cuerpo de agua o aire.

Para el caso de vertimientos, la regulación de la materia condiciona la expedición de la autorización de vertimiento por parte de la Autoridad Nacional del Agua –ANA–, a que el vertimiento no provoque que el cuerpo de agua trasgreda los ECA, entre otros requisitos.

Sin embargo, la interpretación de las normas descritas hasta este punto debe considerar múltiples variables propias de la dinámica de los ecosistemas. Por ejemplo, en caso se verifique que una laguna ha dejado de cumplir con un parámetro en particular resulta fundamental identificar los factores que determinan esta situación, análisis dentro del cual el vertimiento será un factor importante a considerar, pero ciertamente no el único.

La calidad de la atmosfera respirable o de los cuerpos de agua naturales son responsabilidad del Estado. Asimismo, la concentración de los contaminantes o las condiciones ambientales reguladas a través de los ECA constituyen variables en constante cambio debido a que se encuentran afectadas por una multiplicidad de factores, los cuales a su vez son también dinámicos y pueden responder a procesos naturales o antrópicos.

La complejidad de la evaluación propuesta no debe ser entendida como parálisis, la acción preventiva y precautoria constituyen un rasgo principal del Derecho Ambiental, por lo tanto, en la medida que exista un riesgo significativo para la salud humana o la integridad de otras especies.

En este orden de ideas, emitir desde el Estado mandatos de suspensión del vertimiento o emisión basados únicamente en la superación de algún parámetro de los ECA sería desde un punto de vista ambiental insuficiente. Será necesario motivar esta clase de actos en consi-

8. De acuerdo con la Guía para la Determinación de la Zona de Mezcla y la Evaluación del Impacto de un Vertimiento de Aguas Residuales Tratadas a un cuerpo Natural de Agua, aprobada por R.J. 108-2017-ANA, la zona de mezcla es un volumen en el cuerpo natural de agua de exclusión del cumplimiento de los Estándares Nacionales de Calidad Ambiental para Agua (ECA-Agua). En la zona de mezcla ocurre la dilución del efluente por procesos hidrodinámicos. Disponible en: <<http://www.ana.gob.pe/normatividad/rj-108-2017-ana>>.

deraciones científico-técnicas, que identifiquen al vertimiento como un factor relevante en la situación que debe ser corregida.

La hermenéutica ambiental exige incorporar a la interpretación legal las conclusiones de las ciencias naturales y sociales. La interpretación de la norma ambiental debe integrar entonces el conocimiento científico, no solo porque es relevante para el caso, sino porque muchas veces esta interpretación implicará actuar una acción concreta sobre un ecosistema real y seremos responsables de las consecuencias derivadas.

Al ser un objetivo de política pública, corresponde señalar que la calidad ambiental debe ser perseguida por el Estado en un proceso en que este es el protagonista, debido principalmente a que a diferencia de los privados –que solo pueden controlar y evaluar lo que atañe espacial y temporalmente a su proyecto–, el Estado debe desplegar una visión multifactorial, holística y científica de la cuenca –atmosférica o hídrica–, que persiga un diagnóstico certero que sustente acciones eficaces y eficientes del problema.

Las normas bajo comentario exigen a los particulares la adecuación de sus actividades a los nuevos ECA aprobados ¿Cómo debemos interpretar el mandato de adecuación normativa? El cumplimiento de los ECA es; en primer lugar, un resultado sistémico; y, en segundo lugar, un objetivo de política pública.

En este orden de ideas, debe rechazarse interpretaciones reduccionistas que sitúen al titular del EIA como responsable del cumplimiento de los ECA en el cuerpo receptor que dispersa y depura sus emisiones o efluentes.

En tal sentido, la publicación del Decreto Supremo N° 003-2017-MINAM, que aprueban los ECA para Aire y el Decreto Supremo N° 004-2017-MINAM, que aprueba los ECA para Agua, deben ser consideradas como normas que tienen por objeto contribuir con la gestión estatal de los riesgos ambientales y a la salud que se puedan presentar en un determinado cuerpo receptor, y no en función a obligaciones que deben ser cumplidas directamente por los particulares.

La excepción a esta regla es el caso de cuencas atmosféricas o hídricas en las que se pueda establecer una relación causa efecto-entre una actividad identificada y la concentración de contaminantes en el aire, en cuyo caso, la regulación restrictiva de actividad privada se encuentra justificada, aunque siempre en el marco de una estrategia integral que aborde tanto el control de la emisión como los demás factores asociados con el riesgo en la salud.

### 3. Proyecto para la actualización y modificación del Estudio Ambiental.

Como parte de las medidas de prevención que debe adoptar el Estado con el objeto de lograr la integración entre las actividades humanas con los demás componentes del medio ambiente, se creó el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental –SEIA– el cual tiene como objeto identificar, prevenir, controlar y corregir de forma anticipada los impactos ambientales negativos derivados de proyectos de inversión públicos o privados, así como de políticas, planes y programas públicos a partir de la evaluación ambiental.

En tal sentido, toda persona natural o jurídica que pretenda desarrollar un proyecto de inversión susceptible de generar impactos ambientales negativos de carácter significativo debe contar con la Certificación Ambiental de forma previa a la ejecución del proyecto. Cabe señalar que la resolución que aprueba el estudio ambiental-, en adelante “EA”- como resultado del proceso de evaluación de impacto ambiental constituye la Certificación Ambiental.

El 24 de febrero de 2017, mediante Resolución Ministerial N° 056-2017-MINAM, se publicó el proyecto de Decreto Supremo que aprueba las “Disposiciones para la Actualización y Modificación de Estudios Ambientales para la Mejora Continua de los Proyectos de Inversión Sujetos al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental”.

Esta norma busca desarrollar las categorías de Modificación y Actualización de los Estudios Ambientales previstas tanto en la Ley del SEIA, Ley 27446, como en su Reglamento, aprobado por D.S. N° 019-2009-MINAM –el “Reglamento”–.

Al respecto, el artículo 18 del Reglamento establece que se encuentran sujetas a evaluación de impactos ambiental:

*"(...) b) Las modificaciones, ampliaciones o diversificación de los proyectos señalados en el inciso anterior, siempre que supongan un cambio del proyecto original que por su magnitud, alcance o circunstancias, pudieran generar nuevos o mayores impactos ambientales negativos, de acuerdo a los criterios específicos que determine el Ministerio del Ambiente –MINAM o la Autoridad Competente que corresponda (...)"*

En tal sentido, todo cambio, ampliación o diversificación en el proyecto que se prevea tendrá impactos significativos sobre el ambiente deberá ser sometido previamente a su implementación al proceso administrativo de modificación del EA, el cual implica su evaluación del impacto ambiental.

Asimismo, la actualización, de acuerdo al Reglamento del SEIA, se tramitará en dos supuestos específicos. En primer lugar, cuando se pretendan incluir los compromisos, medidas y obligaciones del estudio ambiental en la estrategia de gestión ambiental del mismo instrumento<sup>9</sup>; y, en segundo lugar, cuando el titular decide consolidar en un único estudio ambiental todos los estudios ambientales con los que cuenta el proyecto<sup>10</sup>.

Entonces, de acuerdo con las normas actualmente vigentes del SEIA, toda modificación del EA debe implicar una actualización del EA, la cual en términos procedimentales se tramita

a través de una modificación del EA y no una actualización; y, en cambio, el trámite de actualización se reserva para los casos en que deba ordenarse o sistematizarse los compromisos que estuvieran dispersos a lo largo del EA, cuando haya necesidad de precisar ciertas medidas de la estrategia ambiental o cuando el titular deba integrar en un solo instrumento varios estudios ambientales y/o modificaciones.

En esta línea, el artículo 78 del Reglamento del SEIA prescribe que:

*"Si como resultado de las acciones de supervisión y fiscalización de las obligaciones establecidas en el estudio ambiental aprobado, se determinase que los impactos ambientales negativos generados difieren de manera significativa a los declarados en la documentación que propició la Certificación Ambiental, la autoridad en materia de supervisión, fiscalización y sanción ambiental, que ejercen funciones en el ámbito del SEIA requerirá al titular, la adopción de las medidas correctivas o de manejo ambiental que resulten necesarias para mitigar y controlar sus efectos, sin perjuicio de requerir la actualización del estudio ambiental, ante la autoridad competente, en el plazo y condiciones que indique de acuerdo a la legislación vigente. Esta condición no exceptúa la eventual paralización de operaciones o la aplicación de otras sanciones que pudieran corresponder"*

En tal sentido, en caso la autoridad de fiscalización verifique en el ejercicio de sus funciones la insuficiencia de las medidas contempladas en la

9. **Artículo 29 del D.S. 019-2009-MINAM:** *"Todas las medidas, compromisos y obligaciones exigibles al titular deben ser incluidos en el plan correspondiente del estudio ambiental sujeto a la Certificación Ambiental. Sin perjuicio de ello, son exigibles durante la fiscalización todas las demás obligaciones que se pudiesen derivar de otras partes de dicho estudio, las cuales deberán ser incorporadas en los planes indicados en la siguiente actualización del estudio ambiental"*.
10. **Artículo 30 del D.S. 019-2009-MINAM:** *"El Estudio Ambiental aprobado, debe ser actualizado por el titular en aquellos componentes que lo requieran, al quinto año de iniciada la ejecución del proyecto y por periodos consecutivos y similares, debiendo precisarse sus contenidos así como las eventuales modificaciones de los planes señalados en el artículo precedente. Dicha actualización será remitida por el titular a la Autoridad Competente para que ésta la procese y utilice durante las acciones de vigilancia y control de los compromisos ambientales asumidos en los estudios ambientales aprobados"*.

estrategia ambiental del proyecto, podrá dictar nuevas medidas de manejo ambiental, las cuales deberán ser como regla general evaluadas por la autoridad de certificación ambiental, mediante el proceso de modificación del EA implementadas una vez aprobadas; y, luego, sistematizadas en la estrategia ambiental del proyecto a través de la actualización que ordene la autoridad.

Interpretar el artículo 78 en el sentido que las medidas de manejo ambiental adicionales o complementarias que dicte la autoridad de fiscalización serán implementadas directamente o luego de la aprobación de la actualización implica, a nuestro entender, trasladarle a la autoridad de supervisión y fiscalización la función de evaluación ambiental de las medidas que dicte, cuando esta función se encuentra reservada a la autoridad de certificación ambiental.

El proyecto de la nueva regulación bajo análisis que desarrolla las categorías de la Modificación y la Actualización del EA, presenta a esta última categoría como el mecanismo a través del cual se puede mejorar las medidas o acciones previstas en la estrategia de manejo ambiental del EA. Así, en caso se constate en campo la insuficiencia de las medidas previstas, el titular del proyecto podrá utilizar este procedimiento con la finalidad de cambiar su estrategia ambiental.

Para el proyecto de reglamento todo cambio en la estrategia ambiental motivado en la verificación de su insuficiencia ya sea con ocasión de la supervisión o a iniciativa del titular del proyecto, que no implique una modificación del proyecto, deberá dar lugar al trámite de actualización, el cual contempla como novedad una etapa de evaluación ambiental de impactos, al igual que el proceso de modificación del EA.

Asimismo, todo cambio en el proyecto deberá ser reflejado en el EA a través del procedimiento

de modificación del EA, y claro está las nuevas medidas de mitigación asociadas deberán considerarse en la estrategia de manejo ambiental.

En síntesis, la actualización queda reservada para la mejora continua de la estrategia de manejo ambiental siempre que la misma no implique variaciones en el proyecto, tales como ampliaciones, nuevos componentes, entre otros, aunque todo cambio en un plan del proyecto consideramos debería ser considerado como un cambio en el proyecto.

Pongamos un ejemplo: si he considerado dentro de la estrategia de manejo ambiental un sistema para alejar a las aves de pozas de agua tóxicas, que resultó ineficaz ya que las aves entran en contacto con las pozas de todas formas, podré cambiar el sistema por otro mejor utilizando el proceso de actualización.

Si la planta de tratamiento de aguas residuales industriales, desde ahora "PTARI", resulta insuficiente y necesito agregar un proceso adicional de tratamiento de los efluentes, en este caso no podré utilizar la actualización<sup>11</sup>, debido a que la mejora implica la modificación de un componente de mi proyecto, cual es la PTARI.

A partir del análisis del reglamento del SEIA, la primera diferencia entre la modificación y la actualización radica en que de acuerdo al artículo 18 del Reglamento del SEIA, solo las modificaciones, ampliaciones o diversificación de los proyectos susceptibles de generar impactos negativos se encuentran sujetos al proceso de evaluación ambiental, a diferencia de la actualización, que tiene como objeto coadyuvar a la sistematización de la estrategia de manejo ambiental de los EA aprobados.

Tanto la modificación como la actualización de los estudios ambientales se enfocan en la integración de los elementos del medio ambiente,

11. El artículo 27 inciso 3 del Proyecto de Reglamento establece que: "Si como consecuencia de la actualización, la autoridad competente determina la necesidad de modificar componentes del proyecto o incluir mejoras tecnológicas en el estudio ambiental actualizado, éstos se tramitan según lo establecido en el Título II del presente dispositivo (Modificación del proyecto de inversión)".



pero en dimensiones distintas, mientras que la primera tiene un enfoque netamente preventivo con el objeto de tomar las medidas necesarias para evitar o mitigar los efectos de los impactos ambientales susceptibles de ser generados por el proyecto, la actualización fomenta la sistematización de los compromisos ambientales.

Ahora bien, consideramos que las modificaciones al proyecto no solo se reducen a aquellas que impliquen un cambio en el diseño original del proyecto, componentes principales o auxiliares, extensión o ubicación, sino también los cambios referidos a las medidas contenidas en los planes del EA, esto debido a que esas medidas forman parte del EA que a su vez no es otra cosa que un instrumento que forma parte del proyecto.

Esta visión al parecer no es la que subyace al proyecto de nueva regulación, la cual establece que los cambios en el EA se deben realizar a través de la figura de la actualización, mientras que los cambios en el proyecto mediante una modificación del EA.

Como podemos apreciar, la actualización propuesta en el proyecto señalado no desarrolla las disposiciones establecidas en el Reglamento del SEIA, ya que considera como un supuesto de actualización las modificaciones a las medidas de mitigación y control de la estrategia de manejo ambiental de los proyectos. En otras palabras, la principal incoherencia del proyecto con las normas vigentes del SEIA radica en considerar la modificación de los planes que componen la estrategia de manejo ambiental como un supuesto de actualización y no como un supuesto de modificación de estudios ambientales.

De acuerdo al artículo 14 del Reglamento del SEIA, la evaluación ambiental tiene como finalidad minimizar, corregir y/o mitigar e informar acerca de los potenciales impactos ambientales negativos que pudieran derivarse de los proyectos de inversión; en tal sentido, la evaluación ambiental del proyecto no solo abarca el análisis de los componentes o actividades de un proyecto de inversión, sino que incluye el análisis de la idoneidad de las medidas indicadas en la estrategia de manejo ambiental con la finalidad

de determinar si resultan idóneas para minimizar, corregir y/o mitigar los potenciales impactos ambientales negativos que pudieran derivarse del proyecto.

De lo expuesto, queda en evidencia que la incorporación de medidas adicionales en la estrategia de manejo ambiental requieren de evaluación ambiental y deben ser consideradas como parte del proyecto. Adicionalmente, se debe concordar esta afirmación con el artículo 18 del Reglamento del SEIA, el cual establece que la modificación de los proyectos se encuentran sujetos a evaluación ambiental, por lo tanto, teniendo en cuenta que las medidas de mitigación y control forman parte del proyecto de inversión, creemos que la vía idónea para incorporar medidas a la estrategia de manejo ambiental es la modificación y no la actualización de estudios ambientales, ya que de acuerdo al reglamento del SEIA no correspondería evaluación ambiental en los supuestos de actualización.

Finalmente, cabe analizar la implicancia de que la incorporación de medidas a la estrategia de manejo ambiental sea realizada a través de la categoría procedimental de actualización y no a través del procedimiento de modificación. Al respecto, consideramos que la medida no genera seguridad jurídica frente al administrado debido a que, como hemos desarrollado en los párrafos precedentes, la incorporación de medidas en la estrategia de manejo ambiental implica la modificación del proyecto, por lo que no se genera certeza en el administrado de en qué supuestos solicitar la modificación del instrumento y en qué supuestos solicitar la actualización del mismo.

Esta incertidumbre no sólo afecta al administrado, sino que puede afectar el proceso de evaluación ambiental debido a que a pesar de que la actualización y la modificación son procedimientos que identifican impactos y las medidas adecuadas para su control y/o mitigación, estos son regulados de forma diferente en el proyecto normativo.

¿Cuál es la intención del legislador al diferenciar la estrategia de manejo ambiental del EA?

¿Qué justifica un trámite distinto, aunque muy parecido para lo que es en esencia una modificación del EA?

La exposición de motivos alude a la necesidad de incorporar a los EA una dinámica de mejora continua de sus estrategias ambientales. Ciertamente, la figura de la actualización incorpora a nuestra regulación el deber de evaluar y repensar constantemente la eficacia de nuestras estrategias ambientales, o, por lo menos, cada vez que la resolución de aprobación de la actualización lo señale.

Sin embargo, este factor positivo que saludamos no justifica la creación, en nuestra opinión, de un procedimiento legal distinto, aunque muy parecido a la modificación del EA.

Otro factor que pudo considerar el legislador quizás fue que la figura de la modificación de EA se asocia a un procedimiento largo y tedioso, el cual podría desalentar el proceso de mejora continua del titular; además del hecho que la modificación de EA puede tener connotaciones sociales negativas, al ser asociadas a cambios en un proyecto que cuenta con certificación ambiental, las cuales se desean evitar.

Desde un punto de vista jurídico y procedimental, consideramos que la modificación del EA podría utilizarse perfectamente tanto para modificaciones de componentes, mejoras tecnológicas, como para la optimización de la estrategia ambiental, debido a que todos estos supuestos constituyen en realidad modificaciones al EA y cuentan con una vía procedimental idónea.

En este contexto, creemos que la actualización del EA debería quedar reservada solo para la integración de varios IGA aplicables a un solo proyecto, tal como acertadamente lo prescribe el artículo 36 del Proyecto; y para la sistematización de medidas o acciones que no se encuentren consideradas dentro de la estrategia ambiental de manejo.

Consideramos que los sistemas regulatorios deben tender hacia la simplificación, y en la me-

didada de lo posible, se debería evitar la creación de procedimientos que podrían perfectamente subsumirse en otros ya existentes, como es el caso de la modificación del EA.

Respecto a la percepción social supuestamente negativa que se asociaría al procedimiento de modificación del EA, esta se podría abordar a través del establecimiento de una subcategoría de modificación, la cual no implique un trámite diferente.

## V. COMENTARIOS FINALES

- a) El Derecho Ambiental positivo constituye una unidad sistémica global reconocible por: sus principios privativos, el propósito de equilibrio o integración sistémica sociedad-ecosistema que persiguen sus disposiciones, la base técnico-científica que explica las interrelaciones entre sociedad y ecosistema y nutre sus normas; y la exegesis de sus normas que debe incorporar consideraciones del orden científico.
- b) Formalizar una actividad, desde un enfoque ambiental, supone integrarla armónicamente con el ecosistema, el cual incluye aspectos sociales y culturales. En este orden de ideas, preocupa que ciertas disposiciones de la nueva legislación para la formalización de la minería se enfoquen en la simplificación de aspectos, sin considerar que sus consecuencias podrían ser contrarias al ideal de integración y amenacen con estresar aún más las dinámicas sociales y ambientales en las zonas de explotación, las cuales incluyen situaciones de grave vulneración de derechos humanos fundamentales.
- c) La regulación sobre ECA resulta fundamental para el establecimiento de objetivos de política pública mensurables y concretos, y en esa medida, forma parte de la gestión del riesgo en salud y ambiente que es liderada por y desde el Estado. Las actividades económicas constituyen un factor, por lo general dentro de otros más, en la gestión del riesgo y, por lo tanto, es responsabilidad del Estado implementar una estrategia

de control de riesgos particular para cada cuenca priorizada.

- d) El Proyecto de norma sobre actualización y modificación de EA desnaturaliza la figura

de la actualización regulada en el marco del SEIA, al incorporar a este procedimiento la evaluación de los impactos ambientales derivados de la modificación de la estrategia de manejo ambiental.



AUTORES NACIONALES

ESPECIAL

ADVOCATUS 135