



SPDA
Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

Fiscalización ambiental

Recomendaciones para un fortalecimiento integral



Iniciativa para la Conservación
en la Amazonía Andina - ICAA

LA COOPERACIÓN BELGA
AL DESARROLLO



GORDON AND BETTY
MOORE
FOUNDATION



Fiscalización ambiental

Recomendaciones para un fortalecimiento integral



Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

Somos una asociación civil sin fines de lucro que, desde su fundación en el año 1986, ha trabajado de manera ininterrumpida en la promoción de políticas y legislación ambiental en el Perú, trabajo que nos ha convertido en una de las más reconocidas organizaciones latinoamericanas especializadas en el tema.

Promovemos y facilitamos la efectiva aplicación de políticas y normas ambientales, participando activamente en el diálogo técnico y político e interviniendo en defensa del interés ciudadano en casos singulares. Para apoyar la gestión pública y privada de los problemas ambientales, proponemos el uso de herramientas de planeamiento y gestión específicas e invertimos en programas de educación y capacitación, promoviendo la responsabilidad ambiental y social de las empresas y demás actores sociales, entre otros frentes de actuación vinculados a la articulación eficaz, en el día a día, de las tres dimensiones del desarrollo sostenible: ambiental, económica y social.

Creemos en el proceso de descentralización y en el importante papel que tienen los gobiernos regionales y municipales en la búsqueda del desarrollo sostenible. Por ello, además de sus oficinas en Lima, la SPDA cuenta con dos oficinas descentralizadas en las regiones Loreto y Madre de Dios, y realiza trabajos de enlace permanente en los departamentos de Amazonas, San Martín y Cusco.

Autores:

Jean Pierre Araujo Meloni
Carla Bengoa Rojas
Isabel Calle Valladares
José Luis Capella Vargas
Dino Delgado Gutiérrez
Carol Mora Paniagua
Pablo Peña Alegría

Coordinación general: Carol Mora Paniagua

Corrección de estilo: Giancarlo Peña Paredes, Roxana Villalba Garcés

Identidad visual: Tricy Arana

Foto de portada: *Heliconia psittacorum fire opal*. **Autor:** Thomas Müller/SPDA

Colaboradores: Sharon Zababuru y Otto Alegre

Diseño e impresión: NEGRAPATA S.A.C. Jr. Suecia 1470, Urb. San Rafael, Lima

© Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

Presidente: **Jorge Caillaux**

Director ejecutivo: **Pedro Solano**

Prolongación Arenales 437, San Isidro, Lima

Teléfono: (+511) 612-4700

www.spda.org.pe

www.legislacionambientalspda.org.pe

www.actualidadambiental.pe

www.conservamospornaturaleza.org

www.legislacionanp.org.pe

www.legislacionforestal.org

www.cambia.pe

La presente publicación se realizó como parte del trabajo del consorcio Loreto y Manu-Tambopata, conformado por Wildlife Conservation Society (WCS), la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) y el Fondo de las Américas (FONDAM), en el marco de la Iniciativa para la Conservación en la Amazonía Andina (ICAA), de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID).

Las opiniones expresadas en la publicación son propias de los autores y no reflejan necesariamente la opinión de Gordon and Betty Moore Foundation, la Cooperación Belga al Desarrollo, Blue Moon Fund, Wildlife Conservation Society (WCS), Fondo de las Américas (FONDAM), la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) ni del Gobierno de los Estados Unidos.

Primera edición, marzo 2015

Tiraje: 2000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-04614

ISBN: 978-612-4261-02-2

Contenido

	<u>PÁG.</u>
1. La fiscalización ambiental en el Perú: El largo e incompleto proceso para transitar de lo sectorial a lo sistémico	7
1. La sectorialización de la gestión ambiental en el Perú: una posición anclada en la historia y las dificultades para el enfoque sistémico	10
2. Del OEFA sectorial al sistémico: La creación del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA)	13
3. Condiciones esenciales para un enfoque sistémico de la fiscalización ambiental en el Perú	15
4. Conclusiones	27
2. Análisis legal y situacional del rol del OSINFOR como entidad de fiscalización en el proceso de gobernanza forestal	31
1. Antecedentes históricos del OSINFOR	34
2. Evolución del desempeño del OSINFOR	36
3. Temas pendientes para mejorar la fiscalización en materia forestal y de fauna silvestre	39
4. Conclusiones	43
3. Defensor de la naturaleza: El SERNANP y su función de fiscalización ambiental	47
1. Fiscalización ambiental en áreas naturales protegidas	50
2. El SERNANP como entidad de fiscalización ambiental	50
3. Conclusiones	61
4. Organismos vivos modificados: El nuevo desafío de la fiscalización ambiental	65
1. Introducción	68
2. ¿Cómo se regula la biotecnología moderna en el Perú?	69
3. Fiscalización	73
4. Recomendaciones	75
5. Apuntes y reflexiones sobre la “mejora ambiental” del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) y los problemas asociados a su aplicación	77
1. Introducción	80
2. Sobre la mejora ambiental y la simplificación del régimen de certificación ambiental	82
3. La “mejora manifiestamente evidente” creada por el OEFA	84
4. Sobre las competencias del OEFA y la viabilidad ambiental de las “mejoras ambientales”	86
5. Sobre la desnaturalización del enfoque preventivo de la gestión ambiental	88
6. Una reglamentación que no soluciona el problema	90
7. Conclusiones	91

Presentación

Uno de los desafíos más importantes para la gobernanza ambiental y el desarrollo sostenible está relacionado con la necesidad de continuar trabajando y aportando en la consolidación de la institucionalidad de la fiscalización ambiental del país, así como en la mejora progresiva del marco regulatorio en esta materia. Desde el año 2008, este pilar de la gestión ambiental es liderado por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), pero demanda la participación activa de una serie de actores y sectores del ámbito público, privado, sociedad civil, etc.

Consideramos que, una fiscalización efectiva debe combinar una serie de elementos y criterios legales (ambientales y administrativos), económicos y sociales, priorizando las decisiones oportunas y razonables de la autoridad, pero especialmente con un enfoque preventivo, disuasivo y de gestión anticipada de impactos para evitar escenarios de daño ambiental, ya sea por contaminación o por afectación de nuestro patrimonio natural que, en muchos casos, es irreversible. Así, la fiscalización ambiental se articula con otras herramientas, como la evaluación de impacto ambiental, y adquiere un rol predominante en la búsqueda por lograr conductas y actividades compatibles con el ambiente, un ambiente que nos pertenece a todos y, por ello, todos debemos asumir responsabilidades y obligaciones.

En los últimos años, el OEFA y las entidades de fiscalización ambiental (EFA) del ámbito nacional, regional y local han dado avances normativos, presupuestarios e institucionales considerables y existe consenso y conciencia en la sociedad sobre la relevancia de la fiscalización ambiental para el país, pero lo cierto es que los retos aún son grandes y diversos: desde la necesidad de seguir aprobando marcos legales más compatibles y coherentes entre sí y sin comprometer los estándares ya logrados hasta la urgencia de articular y ordenar un panorama que es aún incierto sobre las competencias y funciones en algunas materias sujetas a fiscalización.

Por ello, para continuar aportando al debate y reflexión sobre la fiscalización ambiental, la SPDA ha desarrollado la presente publicación que contiene cinco artículos de investigación y opinión desarrollados por profesionales de nuestra institución.

En el primer artículo, se realiza un exhaustivo análisis sobre la evolución del marco institucional de la fiscalización ambiental en el país desde los años noventa para, a partir de ello, identificar las debilidades del marco político y normativo, y plantear los retos futuros para la consolidación de un enfoque sistémico integral de la fiscalización ambiental. En el segundo, se desarrollan los antecedentes más relevantes de la gestión de la EFA del recurso forestal y de fauna silvestre, el Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (OSINFOR), realizando una breve reseña del desempeño de esta institución, además de abordar los problemas y vacíos que todavía afronta la supervisión y fiscalización forestal.

En el tercer artículo, se desarrolla y enfatiza el rol del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP) para asegurar una fiscalización ambiental de la autoridad que sea efectiva y comprehensiva de todos sus ámbitos, planteando así una serie de opciones para ello. En el cuarto, se plantea el rol protagónico que debe asumir el OEFA en materia de organismos vivos modificados (OVM) con la finalidad de dar cumplimiento a la moratoria prevista en la Ley N° 29811, teniendo en cuenta que, por la propia naturaleza y características de los OVM, este proceso constituye un reto que deberá ser abordado cuidadosamente.

Finalmente, en el último artículo, se desarrollan los alcances e implicancias jurídicas de una figura recientemente creada, como es el de la "mejora ambiental" en el ámbito de la fiscalización ambiental, planteándose los escenarios posibles resultantes de la aplicación de esta categoría en la fiscalización, y resaltando la responsabilidad del ente fiscalizador de normar y resolver conforme a los fines de protección y prevención del daño ambiental.

Como vemos, esta publicación no pretende abordar todas las aristas de la fiscalización ambiental, pero sí hemos rescatado aquellos temas vigentes que consideramos prioritarios y que merecen un debate propositivo y participativo. Esta iniciativa se suma, a un trabajo activo de la SPDA en materia de fiscalización ambiental que se da a través de la generación de espacios de capacitación y especialización a nivel nacional y regional; publicación de documentos de investigación sobre la materia; formulación de aportes legales sobre los proyectos normativos del OEFA así como participación en las sesiones de comentaristas convocados por dicha institución, acciones que se realizan en el marco de los procesos de consulta pública de dicha entidad.

Agradezco al equipo de la SPDA involucrado directamente e indirectamente en esta iniciativa por su constante dedicación a aportar en los procesos legislativos e institucionales ambientales en el país. Como organización, estamos convencidos de que la fiscalización es un instrumento y un medio para lograr un reto mayor, que es proteger nuestro capital natural, asegurar la integridad de nuestros ecosistemas y sus servicios, y mantener la calidad y disponibilidad de nuestros recursos naturales para el bienestar de todos los peruanos.



Pedro Solano
Director ejecutivo
SPDA



► **La fiscalización ambiental en el Perú:** El largo e incompleto proceso para transitar de lo sectorial a lo sistémico



► **Isabel Calle Valladares**

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú con segunda especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales por la PUCP. Ha realizado estudios de maestría en Gobierno y Políticas Públicas en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es especialista en política y legislación ambiental y profesora de Derecho Ambiental en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, es directora del Programa de Política y Gestión Ambiental de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA).

Sumario

El presente artículo describe brevemente el marco institucional de la fiscalización ambiental desde la década de los noventa, en la que los ministerios son las autoridades competentes para realizar la fiscalización ambiental, hasta la creación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), como organismo adscrito al Ministerio del Ambiente (MINAM), encargado de la fiscalización ambiental de los sectores que le son transferidos y como ente rector de un sistema nacional de fiscalización ambiental. Ello evidencia el inicio y desarrollo de un proceso orientado a que la fiscalización ambiental transite de la sectorialización, que constituyó el principio organizativo de la gestión ambiental al inicio de la década de los noventa, hacia el enfoque sistémico e integrador, que es la tendencia actual, aunque no necesariamente consolidada. Siendo ello así, resulta fundamental analizar los lineamientos que nos permitirían concluir sobre la consolidación del enfoque sistémico integral, las debilidades del marco político, normativo e institucional actual y los retos futuros para completar este proceso.

1. La sectorialización de la gestión ambiental en el Perú: una posición anclada en la historia y las dificultades para el enfoque sistémico. **2.** Del OEFA sectorial al sistémico: La creación del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA). **3.** Condiciones esenciales para un enfoque ecosistémico de la fiscalización ambiental en el Perú. 3.1 Contar con un marco legal claro, ordenado y coherente a nivel sustantivo. 3.1.1 Actualización de los reglamentos de protección ambiental de los sectores. 3.1.2 Aprobación de los límites máximos permisibles. 3.2 Contar con estructuras institucionales articuladas entre ellas. 3.3 Contar con un marco legal claro, ordenado y coherente a nivel procedimental. 3.4 Considerar la necesidad de contar con un enfoque preventivo integral que incluya la técnica de la disuasión, así como la promoción de incentivos. 3.5 Necesidad de articular la fiscalización ambiental con el rol del Poder Judicial. **4.** Conclusiones.

1. La sectorialización de la gestión ambiental en el Perú: una posición anclada en la historia y las dificultades para el enfoque sistémico

La sectorialización en el ejercicio de las funciones ambientales, es decir, la atribución no solo de competencias ambientales a los ministerios correspondientes sino, a su vez, su atribución como autoridades ambientales sectoriales, ha marcado la pauta y la tendencia en la gestión ambiental del país, en especial cuando, a inicios de la década de los noventa, ello quedó regulado a través de normas con rango de ley. Frente a ello, los intentos posteriores por generar un enfoque sistémico, transversal e integrado en la gestión ambiental han encontrado resistencia no solo de los propios sectores a cargo de estas funciones, sino en los propios administrados, con fundamentos que no se analizarán en este artículo, pero que, en todo caso, se podrían resumir en “desconfianza” frente a la gestión ambiental a cargo de una entidad técnica especializada.

Esta tendencia en la gestión ambiental del país se ha reflejado en los intentos de generar una estructura institucional y de gobernanza para la fiscalización ambiental. Por ello, vale la pena, de manera resumida, recordar la evolución de esa tendencia.

Debemos recordar que, en 1991, poco tiempo después de haberse promulgado la primera norma que reguló la materia ambiental de modo transversal, el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (CMARN)¹, el Congreso de la República delegó facultades legislativas al Poder Ejecutivo, a fin de regular asuntos relativos al fomento del empleo, la pacificación y la inversión privada.² En uso de dichas facultades, se expidió, a finales de 1991, un conjunto de decretos legislativos que cambió sustancialmente el marco legislativo peruano, incluido el ambiental. La norma de mayor relevancia en el tema ambiental fue el Decreto Legislativo N° 757 - Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada.³ Esta norma formalizó la sectorialización administrativa de la gestión ambiental al establecer que las competencias ambientales son ejercidas por los ministerios del Estado o por los organismos fiscalizadores.⁴ De este modo, se dispuso que, en materia ambiental, cada empresa debía ajustar su desempeño ambiental a los mandatos que estableciese la autoridad sectorial competente.

Posteriormente, en el año 1994, se creó el Consejo Nacional del Ambiente (CONAM),⁵ estableciéndose a este organismo como el rector de la política nacional ambiental. La función central del CONAM era actuar como un ente de coordinación de la gestión ambiental, a fin de asegurar la transectorialidad y descentralización de la gestión ambiental en todas las instituciones, órganos y oficinas estatales que ejerciesen competencias ambientales. Sin embargo, a pesar de la creación del CONAM, el ejercicio sectorial de las funciones

1 Decreto Legislativo N° 613, pub. 08/09/90. Derogado por la Cuarta Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 28611, pub. 15/10/2005 en el diario oficial *El Peruano*.

2 Ley N° 25327, pub. 16/06/91 en el diario oficial *El Peruano*.

3 Pub. 13/11/91 en el diario oficial *El Peruano*.

4 El Artículo 50 del Decreto Legislativo N° 757 hacía referencia a que las autoridades sectoriales competentes en materia ambiental eran los *ministerios de los sectores correspondientes* a las actividades que desarrollan las empresas; sin embargo, dicha disposición fue modificada posteriormente por la Novena Disposición Complementaria de la Ley N° 26734, Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía - OSINERG (pub. 31/12/96 en el diario oficial *El Peruano*), mediante la cual se estableció también la referencia a los organismos fiscalizadores.

5 Ley N° 26410, Ley del Consejo Nacional del Ambiente, pub. 22/12/94 en el diario oficial *El Peruano*. De conformidad con la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013 (pub. 14/05/2008 en el diario oficial *El Peruano*), se aprueba la fusión del CONAM en el Ministerio del Ambiente, siendo este último el ente incorporante.

ambientales, que había instaurado el Decreto Legislativo N° 757, se mantuvo. Es decir, el CONAM no tuvo históricamente un rol de fiscalización, que para muchos explicó en parte su debilidad (Sociedad Peruana de Derecho Ambiental-SPDA 2010: 351). Sin embargo, debe reconocerse que, con la promulgación en el año 2005 de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente,⁶ por primera vez se hace referencia a la participación del CONAM, como autoridad ambiental nacional, respecto de la fiscalización ambiental.

Uno de los sectores que se desarrolló rápidamente fue el minero-energético, y, en este sentido, a inicios de la década de los noventa, se aprobaron los reglamentos de protección ambiental para actividades mineras, hidrocarburíferas y eléctricas.⁷ Posteriormente, el gobierno aprobó el Decreto Ley N° 25763,⁸ que establecía que, a partir del 1 de enero de 1993, el cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas y disposiciones legales relacionadas con las actividades mineras, de electricidad y de hidrocarburos podían ser fiscalizadas por el Ministerio de Energía y Minas (MEM) a través de empresas de auditoría e inspectoría. Posteriormente, este régimen normativo fue modificado para el sector energético cuando, en 1996, mediante Ley N° 26734 - Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía (OSINERG),⁹ se establece que la función de fiscalización ambiental de las actividades de hidrocarburos y electricidad correspondería al OSINERG.

Siendo ello así, la fiscalización ambiental del sector minero se mantuvo a cargo del MEM, el cual realizaba sus actividades de fiscalización ambiental en función de lo regulado por la Ley N° 27474 - Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras,¹⁰ que estableció que dichas obligaciones podían ser encargadas a personas naturales o jurídicas denominadas “fiscalizadores externos”, debidamente calificados por el MEM.

Sin embargo, en el año 2007, el gobierno nacional decidió transferir la fiscalización ambiental del sector minero al OSINERG.¹¹ Fue un año después, en el año 2008, que se creó el Ministerio del Ambiente (MINAM)¹² y, dentro de este, se creó el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), organismo público técnico especializado encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental.

Si bien es cierto el OEFA fue creado en el 2008, fue recién en el año 2010 que las competencias de fiscalización ambiental empezaron a ser transferidas del OSINERGMIN al OEFA de acuerdo a un cronograma de transferencia. El siguiente cuadro muestra el marco institucional en el sector energía y minas, referido a la fiscalización ambiental.

6 Ley N° 28611, pub. 15/10/2005 en el diario oficial *El Peruano*.

Artículo 130.- De la fiscalización y sanción ambiental

130.1 La fiscalización ambiental comprende las acciones de vigilancia, control, seguimiento, verificación y otras similares, que realiza la Autoridad Ambiental Nacional y las demás autoridades competentes a fin de asegurar el cumplimiento de las normas y obligaciones establecidas en la presente Ley, así como en sus normas complementarias y reglamentarias. La Autoridad competente puede solicitar información, documentación u otra similar para asegurar el cumplimiento de las normas ambientales.

130.2 Toda persona, natural o jurídica, está sometida a las acciones de fiscalización que determine la Autoridad Ambiental Nacional y las demás autoridades competentes. Las sanciones administrativas que correspondan, se aplican de acuerdo con lo establecido en la presente Ley.

130.3 El Estado promueve la participación ciudadana en las acciones de fiscalización ambiental.

7 Decreto Supremo N° 016-93-EM, Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-metalúrgica, pub. 01/05/93; Decreto Supremo N° 046-93-EM, Reglamento para la protección ambiental en las actividades de hidrocarburos, pub. 12/11/93; y Decreto Supremo N° 029-94-EM, Reglamento de protección ambiental en las actividades eléctricas, pub. 08/06/94. Publicados en el diario oficial *El Peruano*.

8 Pub. 11/10/92 en el diario oficial *El Peruano*. Derogado según la Tercera Disposición Final de la Ley N° 27474, pub. 06/06/2001 en el diario oficial *El Peruano*.

9 Pub. 31/12/96 en el diario oficial *El Peruano*.

10 Pub. 06/06/2001 en el diario oficial *El Peruano*. Derogada según la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 28964, pub. 24/01/2007 en el diario oficial *El Peruano*.

11 De conformidad con el Artículo 18° de la Ley N° 28964 (pub. 24/02/2007 en el diario oficial *El Peruano*) se establece que toda mención que se haga al OSINERG en el texto de leyes o normas de rango inferior debe entenderse que está referida al OSINERGMIN.

12 Decreto Legislativo N° 1013, pub. 14/05/2008 en el diario oficial *El Peruano*.

CUADRO 1: Fiscalización ambiental en el sector energía y minas

Entidad pública encargada de la fiscalización ambiental		Periodo de fiscalización ambiental		
		Minería	Hidrocarburos	Electricidad
Ministerio de Energía y Minas	Dirección General de Minería	01/05/1993 - 23/01/2007 Base legal: Decreto Supremo N° 016-93-EM		
	Dirección General de Hidrocarburos		12/11/1993 - 14/10/1997 Base legal: Decreto Supremo N° 046-93-EM	
	Dirección General de Electricidad			08/06/1994- 14/10/1997 Base legal: Decreto Supremo N° 029-94-EM
Presidencia del Consejo de Ministros	OSINERG		15/10/1997 – 03/03/2011 Base legal: Ley N° 26734 (*) (*) Dispone que OSINERG asumirá las funciones desde el 15/10/97	
	OSINERGMIN	24/01/2007 - 11/07/2010 Base legal: Ley N° 28964		
Ministerio del Ambiente	OEFA	22 /07/ 2010 Base legal: Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD	04 /03/2011 Base legal: Resolución de Consejo Directivo N° 001-2011-OEFA/CD	04 /03/2011 Base legal: Resolución de Consejo Directivo N° 001-2011-OEFA/CD

Elaboración propia (2015)

A la fecha, se ha aprobado la transferencia de competencias de la fiscalización ambiental al OEFA de los sectores minero, hidrocarburos, electricidad, pesca (pesquería industrial y acuicultura de mayor escala) e industria (cerveza, papel, cemento y curtiembre). A continuación, un cuadro que muestra ello.

CUADRO 2: Transferencia de funciones al OEFA

Norma legal que da inicio a la transferencia	Autoridad que transfiere	Sector	Fecha efectiva de transferencia	Norma legal que aprueba la transferencia
Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, pub. 21/01/2010	OSINERGMIN	Minería	22/07/2010	Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD, pub. 23/07/2010
		Hidrocarburos	04/03/2011	Resolución de Consejo Directivo N° 001-2011-OEFA/CD, pub. 03/03/2011
		Electricidad		
Decreto Supremo N° 009-2011-MINAM, pub. 03/06/2011	Ministerio de la Producción	Pesquería (procesamiento pesquero y procesamiento acuícola industrial)	16/03/2012	Resolución de Consejo Directivo N° 002-2012-OEFA/CD, pub. 17/03/2012
		Industria (rubro cerveza)	14/01/2013	Resolución de Consejo Directivo N° 001-2013-OEFA/CD, pub. 17/01/2013
		Industria (rubro papel)	20/02/2013	Resolución de Consejo Directivo N° 004-2013-OEFA/CD, pub. 20/02/2013
		Industria (rubro cemento)	31/05/2013	Resolución de Consejo Directivo N° 023-2013-OEFA/CD, pub. 29/05/2013
		Industria (rubro curtiembre)	09/08/2013	Resolución de Consejo Directivo N° 033-2013-OEFA/CD, pub. 20/02/2013

Elaboración propia (2015)

2. Del OEFA sectorial al sistémico: La creación del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA)

La creación del Ministerio del Ambiente en el año 2008 marcó un punto de quiebre en la organización de la gestión ambiental en el país, pues representó una mejora en el nivel político de la autoridad ambiental nacional del país y la posibilidad de promover una agenda y política ambiental al más alto nivel de decisión gubernamental.

Esta creación vino aparejada con la de algunos órganos adscritos, que pasaron a formar parte del “sector ambiente”, entre ellos, el OEFA como organismo a cargo de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental. Sin embargo, la creación del OEFA no representó, en un primer momento, un intento por darle a la fiscalización un enfoque sistémico, sino todo lo contrario, es decir, un enfoque sectorial limitado a que esta nueva entidad fiscalizara solo las obligaciones que correspondían al sector ambiente y no obligaciones relacionadas con actividades económicas a cargo de otros ministerios del país.

Este enfoque sectorial en la creación del OEFA generó una mayor limitación, y quizás podríamos decir “inutilidad”, pues el sector ambiente, creado con un enfoque más de políticas y rectorías, no recibió competencias directas de regulación y administración sectorial, por lo que, de hecho, el OEFA no parecía tener tarea específica alguna a su cargo.

Frente a ello, se planteó, poco tiempo después, la necesidad de orientar la fiscalización ambiental del país en el marco de un “sistema” que permitiese no solo articular los esfuerzos sectoriales, sino a su vez darle al OEFA la fortaleza que requería al asignarle el manejo y rectoría de dicho sistema. Por ello, en el 2009, el gobierno aprobó la Ley N° 29325,¹³ mediante la cual se creó el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA). De esta manera, se buscaba contar con un enfoque sistémico de la fiscalización ambiental. Sin embargo, uno de los temas sobre el que debemos reflexionar en el presente artículo es si, con la creación del SINEFA, podemos concluir que en el Perú contamos actualmente con un enfoque sistémico de la fiscalización ambiental.

Para ello, debemos considerar que, de acuerdo a lo previsto por la Ley N° 29325, el SINEFA tiene por finalidad el aseguramiento del cumplimiento de la legislación ambiental por parte de todas las personas naturales o jurídicas, así como supervisar y garantizar que las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y potestad sancionadora en materia ambiental, a cargo de las diversas entidades del Estado, se realicen de forma independiente, imparcial, ágil y eficiente.

Al respecto, debemos considerar que la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE)¹⁴ establece que los sistemas agrupan conjuntos de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las actividades de la Administración Pública que requieren ser realizadas por todas o varias entidades de los poderes del Estado, los organismos constitucionales y los niveles de gobierno. En efecto, los sistemas no son un organismo en sí mismo, sino un concepto en el que se comprende a varios

13 Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, pub. 05/03/2009 en el diario oficial *El Peruano*.

14 Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, pub. 20/12/2007 en el diario oficial *El Peruano*.

elementos, entre los que se cuenta con distintos organismos públicos (Rubio 2002: 73). Es así que, en el marco de la Administración Pública, podemos encontrar diversos sistemas, tales como el Sistema Nacional de Gestión Ambiental (SNGA) y el mismo Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), que es materia del presente informe.

Asimismo, en tanto los sistemas suponen la coordinación y articulación de distintos organismos públicos, estos están a cargo de un ente rector, el cual se constituye como autoridad técnico-normativa a nivel nacional, siendo competente para dictar normas y establecer los procedimientos relacionados con su ámbito. En buena cuenta, coordina la operatividad técnica del sistema y es responsable de su correcto funcionamiento.

Igualmente, resulta importante señalar que la propia LOPE distingue dos tipos de sistemas, cada uno de ellos con objetivos propios: los funcionales y los administrativos. Los primeros tienen como finalidad asegurar el cumplimiento de políticas públicas que requieren la participación de todas o varias entidades del Estado,¹⁵ mientras que los segundos velan por la correcta utilización de los recursos en las entidades de la Administración Pública, promoviendo la eficacia y eficiencia en su uso.¹⁶

Considerando los conceptos antes mencionados, el SINEFA es –a todas luces– un sistema funcional, en tanto reúne las siguientes características:

- **Cuenta con un objetivo o propósito común:** “Asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de todas las personas naturales o jurídicas, así como supervisar y garantizar que las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y potestad sancionadora en materia ambiental, a cargo de las diversas entidades del Estado, se realicen de forma independiente, imparcial, ágil y eficiente (...)”¹⁷.
- **El cumplimiento de dicho objetivo o propósito común se encuentra en manos de varias entidades del Estado:** “Forman parte del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental: a) El Ministerio del Ambiente (MINAM); b) El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA); y, c) Las entidades de Fiscalización Ambiental, Nacional, Regional o Local.”¹⁸
- **Se prevé la existencia de una autoridad técnico normativa que dicte normas y establezca procedimientos en el marco del sistema:** “El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), (...) es el ente rector del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental.”¹⁹

A modo de síntesis, un sistema funcional –como el SINEFA– tiene como finalidad la materialización de aquellas políticas públicas que requieren de la intervención y coordinación de diversas entidades del Estado. Para lograr dicho fin, se requiere de los esfuerzos e impulsos que ejerza su ente rector, el OEFA. Sin embargo, adicionalmente a estas características, consideramos que se requiere contar con otras condiciones, a efectos de considerar que la fiscalización ambiental es guiada con un enfoque sistémico. En la siguiente sección haremos referencia a estas condiciones.

15 Artículo 45° de la Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

16 Artículo 46° de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

17 Artículo 3° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

18 Artículo 4° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

19 Artículo 6° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

3. Condiciones esenciales para un enfoque sistémico de la fiscalización ambiental en el Perú

La seguridad jurídica y el Estado de derecho de un país se sustentan en la existencia de reglas claras, dictadas por los órganos competentes, con respeto a los principios esenciales del derecho y sujetas a mecanismos de cumplimiento y exigibilidad, de manera tal que el sistema jurídico y político opere sin permitir, en ningún caso, acciones arbitrarias o autoritarias.

Si aplicamos ese principio a la fiscalización ambiental, resulta claro que el mecanismo funcionará si se cumplen ciertas condiciones, y funcionará de manera más adecuada si estas condiciones son orientadas por un enfoque sistémico que le dé coherencia a dichas condiciones. Dicho de otra manera, no puede existir fiscalización sin reglas preexistentes que determinen una obligación clara y exigible y, al derivar estas de diversos sectores a cargo de la gestión ambiental del país, este marco debe ser coherente.

En tal sentido, las seis medidas y acciones que propondremos a lo largo del presente informe se enmarcan en las siguientes condiciones:

Condiciones esenciales para un enfoque sistémico de la fiscalización ambiental

- Contar con un marco legal claro, ordenado y coherente a nivel sustantivo
- Contar con estructuras institucionales articuladas entre ellas
- Contar con un marco legal claro, ordenado y coherente a nivel procedimental
- Considerar la necesidad de contar con un enfoque preventivo integral que incluya la técnica de la disuasión, así como la promoción de incentivos
- Necesidad de articular la fiscalización ambiental con el rol del Poder Judicial

3.1 Contar con un marco legal claro, ordenado y coherente a nivel sustantivo

Un sistema de fiscalización ambiental requiere contar con una normatividad que haya desarrollado de manera clara, ordenada y coherente cuáles son las obligaciones ambientales que deberán ser fiscalizadas, así como contar con una autoridad competente encargada de dicha fiscalización.

En el caso peruano, han sido los reglamentos de protección ambientales sectoriales los que han establecido cuáles son las obligaciones ambientales que deben cumplir los titulares de proyectos de inversión. Adicionalmente a ello, otra herramienta fundamental ha sido el establecimiento de los límites máximos permisibles (LMP).

Debemos considerar que la fiscalización ambiental, en sentido amplio, comprende las acciones de evaluación (monitoreo) de la calidad ambiental, supervisión, fiscalización, sanción y aplicación de incentivos realizadas por las entidades de fiscalización ambiental (EFA)²⁰ con la finalidad de asegurar el cumplimiento

20 Las EFA nacionales, regionales o locales son entidades públicas con facultades para desarrollar funciones de fiscalización ambiental.

de las obligaciones ambientales (OEFA 2014: 10). Por ello, un aspecto central para que se realice una adecuada fiscalización ambiental es contar con obligaciones ambientales claras e identificables, las cuales se encuentran establecidas en la legislación ambiental, en los instrumentos de gestión ambiental –estudios de impacto ambiental, entre otros– (OEFA 2014: 13) o en los mandatos que emita la autoridad a cargo de la fiscalización ambiental.

3.1.1 Actualización de los reglamentos de protección ambiental de los sectores

Por ello, se requiere actualizar los reglamentos de protección ambiental de los sectores,²¹ norma fundamental que regula las obligaciones ambientales de los titulares de proyectos de inversión de acuerdo al sector al que pertenezcan. Sobre este tema, debemos considerar que, a la fecha, los sectores competentes con la opinión del MINAM han venido cumpliendo esta tarea en los últimos años con la aprobación de las siguientes normas.

CUADRO 3: Actualización de los reglamentos de protección ambiental sectorial de acuerdo a lo establecido en la Ley del SEIA

Número de la norma	Título	Fecha de publicación
Decreto Supremo N° 015-2012-VIVIENDA	Reglamento de Protección Ambiental para Proyectos Vinculados a las Actividades de Vivienda, Urbanismo, Construcción y Saneamiento.	14/09/2012
Decreto Supremo N° 040-2014-EM	Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero.	12/11/2014
Decreto Supremo N° 039-2014-EM	Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos.	12/11/2014
Decreto Supremo N° 019-2012-AG	Reglamento de Gestión Ambiental del Sector Agrario.	14/11/2012

Elaboración propia (2015)

Adicionalmente a ello, a la fecha se han prepublicado los siguientes proyectos reglamentos de protección ambiental.

CUADRO 4: Proyectos de reglamentos de protección ambiental sectorial pre publicados a la fecha

Número de la norma	Título	Fecha de publicación
Proyecto de decreto supremo (MINAM y OEFA 2013)	Proyecto de Reglamento Ambiental para el Desarrollo de la Actividad Turística.	13/10/2008
Resolución Ministerial N° 388-2014-PRODUCE	Disponen la publicación del “Proyecto de Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Gestión Ambiental para la Industria Manufacturera y Comercio Interno”.	09/11/2014

Elaboración propia (2015)

21 Ver Propuestas para el fortalecimiento del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. p. 49.

3.1.2 Aprobación de los límites máximos permisibles

Asimismo, si bien es cierto se viene avanzando en la actualización de los reglamentos de protección ambiental, debemos considerar que aún falta la aprobación de una serie de normas complementarias a este régimen normativo ambiental sectorial, como es el caso de la aprobación de los límites máximos permisibles.

El límite máximo permisible (LMP) es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente.²² De acuerdo a la normatividad vigente, su cumplimiento es exigible legalmente a los titulares de proyectos de inversión. En este sentido, es fundamental que la autoridad ambiental competente apruebe dichos parámetros con la finalidad de que estos puedan ser cumplidos por los titulares de los proyectos de inversión y, de esta manera, fiscalizados adecuadamente por la autoridad competente.

CUADRO 5: LMP aprobados

Sector	Norma que aprueba los LMP
Electricidad	Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGAA, que aprueba niveles máximos permisibles para efluentes líquidos producto de las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica (pub. 17/03/97 en el diario oficial <i>El Peruano</i>).
Minería	Resolución Ministerial N° 315-96-EM/VMM, que aprueba niveles máximos permisibles de elementos y compuestos presentes en emisiones gaseosas provenientes de las unidades minero metalúrgicas (pub. 19/07/96 en el diario oficial <i>El Peruano</i>). Decreto Supremo N° 010-2010-MINAM, que aprueban límites máximos permisibles para la descarga de afluentes líquidos de actividades minero-metalúrgicas (pub. 21/08/2010 en el diario oficial <i>El Peruano</i>).
Transporte	Decreto Supremo 047-2001-MTC, que establece límites máximos permisibles de emisiones contaminantes para vehículos automotores que circulen en la red vial (pub. 31/10/2001 en el diario oficial <i>El Peruano</i>).
Industria	Decreto Supremo N° 003-2002-PRODUCE, que aprueba límites máximos permisibles y valores referenciales para las actividades industriales de cemento, cerveza, curtiembre, papel (pub. 04/10/2002 en el diario oficial <i>El Peruano</i>).
Comunicaciones	Decreto Supremo 038-2003-MTC, que establecen límites máximos permisibles de radiaciones no ionizantes en telecomunicaciones (pub. 06/07/2003 en el diario oficial <i>El Peruano</i>).
Hidrocarburos	Decreto Supremo N° 037-2008-PCM, que establecen límites máximos permisibles de efluentes líquidos para el subsector hidrocarburos (pub. 14/05/2008 en el diario oficial <i>El Peruano</i>). Decreto Supremo N° 014-2010-MINAM, que aprueban los límites máximos permisibles para las emisiones gaseosas y de partículas de las actividades del subsector hidrocarburos (pub. 07/10/2010 en el diario oficial <i>El Peruano</i>).
Pesquería	Decreto Supremo N° 010-2008-PRODUCE, que aprueba límites máximos permisibles de efluentes de la industria de harina y aceite de pescado (pub. 30/04/2008 en el diario oficial <i>El Peruano</i>). Decreto Supremo N° 011-2009-MINAM, que aprueba límites máximos permisibles para las emisiones de la industria de harina y aceite de pescado y harina de residuos hidrobiológicos (pub. 16/05/2009 en el diario oficial <i>El Peruano</i>).
Saneamiento	Decreto Supremo N° 003-2010-MINAM, que aprueba límites máximos permisibles para los efluentes de plantas de tratamiento de aguas residuales domésticas o municipales (pub. 17/03/2010 en el diario oficial <i>El Peruano</i>).

Elaboración propia (2015)

22 Artículo 31 de la Ley N° 28611.

Considerando la lentitud de la aprobación de los LMP, en el 2006, mediante la Ley N° 28817,²³ se estableció que la autoridad ambiental nacional, actualmente el MINAM, que dirige el proceso de elaboración y revisión de estándares de calidad ambiental (ECA) y LMP, debía culminar dicho proceso en un plazo no mayor de dos años, contados a partir de la vigencia de la referida ley. Para ello, la ley estableció que las autoridades sectoriales, bajo responsabilidad, debían prestar su colaboración y realizar las acciones que les fueran requeridas por la autoridad ambiental nacional para que esta cumpla con el plazo previsto.

Sin embargo, hasta la fecha, dicha regulación no se ha cumplido. Incluso, de la revisión del último Plan de ECA y LMP aprobado por el MINAM para el periodo 2012-2013,²⁴ se priorizó el desarrollo normativo de los siguientes LMP:

CUADRO 6: Listado de LMP que debían ser priorizados de acuerdo al plan aprobado por el MINAM para el periodo 2012-2013

Sector	Acción priorizada
Agricultura	Elaboración de LMP de efluentes de actividades agroindustriales, tales como camales y plantas de beneficio Elaboración de LMP transversal para efluentes de las actividades agroindustriales priorizadas Elaboración de LMP de efluentes de actividades priorizadas de transformación de productos agrícolas. Elaboración de LMP de ruido para actividades agrícolas y agroindustriales Elaboración de LMP de emisiones de calderas de uso en las actividades agroindustriales
Energético	Actualización del LMP de efluentes de actividades de generación, transmisión y distribución eléctrica Elaboración de LMP para radiaciones no ionizantes de redes eléctricas Elaboración de LMP de Ruido para actividades de generación, transmisión y distribución eléctrica
Hidrocarburos	Elaboración de LMP de ruido para actividades de hidrocarburos Elaboración de LMP de efluentes y emisiones de las actividades de petroquímica básica
Mínero	Revisión de LMP de emisiones de las actividades mineras Revisión de LMP de emisiones de las actividades mineras y metalúrgicas Elaboración de LMP de ruido para actividades minero metalúrgicas
Pesquería	Elaboración de los fundamentos técnicos para la determinación de LMP de emisiones para parámetros (olor) Elaboración de LMP para efluentes de la industria de harina y aceite de pescado y residuos hidrobiológicos del parámetro demanda bioquímica de oxígeno (DBO) Elaboración de LMP de ruido para actividades del sector pesquería
Transporte	Elaboración de LMP de ruido de fuentes móviles (vehículos mayores y menores-ferrocarriles) Elaboración de LMP de ruido de aeronaves Elaboración de LMP de emisiones de gases, partículas y vapores de plantas de mezcla asfáltica
Comunicaciones	Elaboración de LMP de ruido de actividades de telecomunicaciones
Industria	Elaboración de LMP transversales para efluentes de las actividades del subsector industria. Elaboración de LMP de emisiones de fundiciones Elaboración de LMP de emisiones y efluentes de la industria siderúrgica Elaboración de LMP de efluentes de la industria de imprenta Elaboración de LMP de efluentes y emisiones para industria petroquímica intermedia y avanzada Elaboración de LMP de ruido para actividades del sector industria

23 Ley que Establece Plazos para la Elaboración y Aprobación de Estándares de Calidad Ambiental y de Límites Máximos Permisibles de Contaminación Ambiental, pub. 22/07/2006 en el diario oficial *El Peruano*.

24 Resolución Ministerial N° 225-2012-MINAM, pub. 30/08/2012 en el diario oficial *El Peruano*.

Sector	Acción priorizada
Salud	Elaboración de LMP de emisiones de sistemas de tratamiento y disposición final de residuos hospitalarios y crematorios Elaboración de LMP de emisiones de incineradores para drogas Elaboración de LMP de efluentes de infraestructura de residuos sólidos Elaboración de estudio para la determinación de LMP de ruido de actividades del sector salud Elaboración de LMP de efluentes de infraestructura de residuos sólidos
Vivienda, Construcción y Saneamiento	Elaboración de LMP de ruido de las actividades de la construcción Elaboración de LMP de efluentes de plantas desalinizadoras Elaboración de LMP de efluentes domésticos de instalaciones colaterales de actividades productivas o extractivas
Otros relacionados	Elaboración de LMP de efluentes para la reutilización de aguas residuales

Fuente: Resolución Ministerial N° 225-2012-MINAM, pub. 30/08/2012 en el diario oficial *El Peruano*.

Luego de más de dos años de la aprobación de dicho plan, el MINAM ha prepublicado las siguientes normas:

CUADRO 7: Prepublicación de los LMP

Número de norma	Detalle	Fecha de publicación
Resolución Ministerial N° 031-2014-MINAM	Disponen la publicación del Proyecto de Decreto Supremo que aprueba los Límites Máximos Permisibles para Efluentes de Plantas Desalinizadoras en el portal web institucional del Ministerio del Ambiente.	06/02/2014
Resolución Ministerial N° 162-2014-MINAM	Disponen publicar Proyecto de Decreto Supremo que aprueba los Límites Máximos Permisibles para Emisiones de Actividades de Generación Termoeléctrica en el portal web institucional del Ministerio del Ambiente.	04/06/2014
Resolución Ministerial N° 178-2014-MINAM	Disponen la publicación del Proyecto de Decreto Supremo que aprueba los Límites Máximos Permisibles para Efluentes de la Industria Pesquera de Consumo Humano Directo en el portal web del Ministerio del Ambiente.	25/06/2015

Elaboración propia (2015)

Es evidente que resulta primordial la aprobación de dichos LMP priorizados, al margen de otros que deban ser posteriormente aprobados de acuerdo a la normatividad vigente. En la aprobación de dichos LMP, debe considerarse lo establecido por el Artículo 23° de Ley N° 30230,²⁵ respecto a que la aprobación y actualización periódica de los ECA y LMP se efectuará mediante decreto supremo refrendado por los sectores vinculados y se realizará basándose en criterios de protección de la salud, el ambiente, así como en un análisis de impacto regulatorio y económico sobre las industrias y poblaciones involucradas.

Uno de los sectores en el que claramente puede observarse la debilidad al momento de desarrollar las normas complementarias que aprueban los LMP, por ejemplo ha sido el industrial manufacturero. Este sector es sumamente complejo, ya que está formado por una amplia gama de subsectores o actividades (44), cada una con características propias y diferenciadas, debiendo, además, distinguir las marcadas diferencias entre las empresas grandes, medianas, pequeñas y microempresas. Esto da lugar a que aspectos tales como

25 Ley que Establece Medidas Tributarias, Simplificación de Procedimientos y Permisos para la Promoción y Dinamización de la Inversión en el País, pub. 12/07/2014 en el diario oficial *El Peruano*.

la base tecnológica productiva, la capacidad económica y financiera, o el impacto que su actividad genera sobre el medio ambiente sean sustancialmente distintos.²⁶

En el año 1997, se contó con una versión actualizada del Diagnóstico Ambiental del Sector Industrial y la recopilación de los límites máximos permisibles existentes a nivel mundial. Fue en ese mismo año que, con un proceso participativo ampliamente impulsado, se aprobó el “Reglamento de protección ambiental para el desarrollo de actividades de la industria manufacturera”,²⁷ el cual concentra las obligaciones y mandatos que tienen que cumplir las empresas industriales manufactureras en materia de protección ambiental. Sin embargo, por la propia complejidad de este sector, como ya se mencionó anteriormente, se decidió que la priorización de la gestión ambiental al interior del sector se daría progresivamente, de acuerdo a como se fueran terminando los diagnósticos ambientales de cada subsector y se fueran determinando los LMP aplicables a cada uno de ellos. Es así que, con esta lógica, la gestión del sector industrial ha priorizado la adecuación ambiental de cuatro rubros de actividad de la industria manufacturera: cerveza, papel, curtiembre y cemento. Con la dación del Decreto Supremo N° 003-2002-PRODUCE, se aprobaron los límites máximos permisibles y valores referenciales aplicables a los subsectores de cemento, cerveza, curtiembre y papel, el cual determinó que se priorizarían dichos subsectores, a fin de que las empresas desarrollen los programas de monitoreo.

Posteriormente, en febrero del 2005 el Ministerio de la Producción priorizó las actividades industriales textil, fundición y cerámica, para iniciar el proceso de adecuación ambiental de sus operaciones, en base a las normas, obligaciones y compromisos establecidos en el “Reglamento de protección ambiental para el desarrollo de actividades de la industria manufacturera” y en las demás normas complementarias sobre la materia. A la fecha, no ha aprobado los LMP aplicables a dichos subsectores.

En este panorama, sigue pendiente replicar en los demás rubros de actividad la obligación de la adecuación ambiental, por ello tenemos industrias manufactureras de plásticos, maderera, entre otros, que no se sujetaban a la obligación de adecuar sus actividades a las nuevas obligaciones ambientales.²⁸

Siendo ello así, es necesario que el MINAM, conjuntamente con las autoridades ambientales competentes, priorice la aprobación de estos LMP, que resultan imprescindibles para permitir identificar claramente cuáles son los parámetros de contaminación que deben ser respetados por los titulares de proyectos de inversión y que serán fiscalizados por las autoridades competentes.

3.2 Contar con estructuras institucionales articuladas entre ellas

A pesar de la creación del SINEFA a cargo del OEFA como ente rector, debemos reconocer que el enfoque sectorial previsto en el Decreto Legislativo N° 757 se mantiene aún. Ello genera que, paralelamente al OEFA, todavía tengamos ministerios encargados de la fiscalización ambiental de su sector, y que no necesariamente se viene articulando con el enfoque y desarrollo normativo que viene impulsando el OEFA.

Como ya lo mencionáramos anteriormente, una de las disposiciones que fueron establecidas en el Artículo 50° del Decreto Legislativo N° 757 era que las autoridades ambientales sectoriales eran los ministerios,

26 Plan Nacional Ambiental del Sector Industrial manufacturero del Ministerio de la Producción (2004).

27 Decreto Supremo N° 019-97-ITINCI, pub. 01/10/97 en el diario oficial *El Peruano*.

28 En el sector industrial, el instrumento de gestión ambiental para la adecuación a las nuevas obligaciones ambientales es el Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA).

disposición que fue modificada en 1996, cuando se estableció, mediante la Novena Disposición Complementaria de la Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía - OSINERG, Ley N° 26734, que esta referencia también podía aludir a los organismos fiscalizadores.

¿A qué se debió ese cambio? Debemos recordar que, desde que se aprobó el Decreto Legislativo N° 757, era claro que la misma autoridad que aprobaba el estudio de impacto ambiental (EIA) era la que fiscalizaba el cumplimiento de la normatividad aplicable, así como de las obligaciones establecidas en dicho EIA. Siendo ello así, existía mucha incredulidad y preocupación de la población acerca de este doble rol que cumplía la autoridad sectorial. Todo ello generó, en algunos casos, desconfianza por lo que algunos denominan el papel de “juez y parte” de los ministerios. La población considera que las autoridades ambientales sectoriales tienen incentivos contrapuestos, ya que una misma autoridad se encarga de promover el desarrollo productivo de su sector, aprobar el EIA del proyecto y, finalmente, fiscalizar su cumplimiento y proteger el ambiente, cuando finalmente a estas autoridades se las evalúa por las metas asociadas al fomento de la inversión privada y el desarrollo de su sector.

Todo ello determinó que, en 1996, al momento de crearse el OSINERG, se determinase que esta nueva autoridad estuviese encargada no solo de fiscalizar, a nivel nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores de electricidad e hidrocarburos, sino también del cumplimiento de las normas legales y técnicas referidas a la conservación y protección del medio ambiente en el desarrollo de dichas actividades.

Posteriormente, los conflictos socioambientales continuaron agudizándose por esta percepción de juez y parte de la población. Ello generó que finalmente el gobierno decidiera, mediante Ley N° 28964,²⁹ la transferencia de competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, fecha a partir de la cual se debía hacer referencia al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN). Sin embargo, en los demás sectores, la fiscalización ambiental continuó a cargo de los ministerios correspondientes.

A pesar de esta nueva regulación, varios sectores continuaron insistiendo en la necesidad de contar con una autoridad independiente encargada de la fiscalización ambiental. Por ejemplo, tenemos el caso de la Defensoría del Pueblo, que, en su momento, en el informe extraordinario *Los conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú*, de fecha 2 de abril del 2007,³⁰ establece como una de sus recomendaciones: “Reformar y fortalecer la institucionalidad ambiental, mediante la creación de una autoridad ambiental independiente de los sectores, con peso y responsabilidad política en los temas de su competencia, con recursos técnicos y presupuestales suficientes y que lidere el proceso de descentralización de la gestión ambiental” (Defensoría del Pueblo 2007: 8).

Este informe, así como otros emitieron recomendaciones en este sentido y es finalmente con la aparición del Ministerio del Ambiente que se crea como un organismo adscrito a este el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), organismo público técnico especializado encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental que corresponde.

29 Pub. 24/01/2007 en el diario oficial *El Peruano*.

30 Dicho informe incluye el análisis realizado por la Defensoría del Pueblo respecto de las causas, tendencias y repercusiones de los conflictos socioambientales que vienen ocurriendo en diversas zonas del país, sus impactos en el ejercicio de los derechos políticos, sociales y culturales de las poblaciones locales, comunidades campesinas y comunidades nativas impactadas por las actividades extractivas. Sobre esta base, emite recomendaciones al Estado y sugerencias a las empresas y organizaciones de la sociedad civil, con el propósito de construir un marco de actuación que ayude a prevenir los conflictos sociales generados en torno a la realización de las actividades extractivas en el Perú.

Es en este contexto que, a la fecha, se ha aprobado la transferencia de competencias de la fiscalización ambiental al OEFA de los sectores minero, hidrocarburos, electricidad, pesca (procesamiento pesquero y procesamiento acuícola industrial) e industria (cerveza, papel, cemento y curtiembre). Esto deja en mano de las autoridades ambientales sectoriales la fiscalización que no ha sido transferida al OEFA sobre los otros sectores. Asimismo, debemos reconocer que existen otras entidades nacionales, como la Autoridad Nacional del Agua (ANA), y gobiernos regionales y locales que también cuentan con competencias de fiscalización ambiental a su cargo.

Por tanto, nos encontramos que este diseño institucional de la fiscalización ambiental, que determina contar con autoridades fiscalizadoras diferentes, implica que los sectores tendrán regímenes normativos diferenciados con diferentes esquemas de fiscalización ambiental. Al respecto, debemos reconocer que, en los últimos años, el OEFA ha sido muy activo en la aprobación de normas que han reglamentado sus competencias sobre fiscalización ambiental, mientras que del lado de las autoridades ambientales sectoriales tenemos que este proceso ha sido mucho más lento y, en algunos casos, inexistente. Algo similar sucede en el caso de los gobiernos regionales y locales.

Si bien es cierto, el OEFA, en su rol de ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), a través de la función supervisora de las entidades de fiscalización ambiental (EFA), se encarga de hacer seguimiento al cumplimiento de las funciones de fiscalización ambiental a cargo de las EFA, debemos reconocer que la Ley N° 29325³¹ sólo le ha otorgado la función de supervisar, mas no de sancionar. Sin embargo, el OEFA podría comunicar a la Contraloría General de la República cualquier incumplimiento sobre esta materia, a efectos de que sea esta entidad la que se encargue de tomar las medidas correspondientes. A pesar de ello, en la práctica, tenemos que muy pocas EFA han regulado integralmente sus funciones de fiscalización ambiental, lo que debilita el sistema de fiscalización ambiental en su conjunto.

3.3 Contar con un marco legal claro, ordenado y coherente a nivel procedimental

En aplicación de principios como el de eficacia, eficiencia, simplicidad y predictibilidad, debe preverse la uniformización de condiciones y de requisitos mínimos para articular la interacción del aparato estatal con las personas y la sociedad. Desatender un punto clave como este conlleva al desarrollo descoordinado entre las diferentes instituciones que componen el sistema, lo cual no hará sino reducir la efectividad de la gestión y generar confusión.

A la fecha, el OEFA ha aprobado una serie de normas encargadas de regular el procedimiento administrativo sancionador, el régimen de contratación de terceros evaluadores, supervisores y fiscalizadores, el procedimiento para el reporte de emergencias, el reglamento de supervisión directa, entre otras (ver cuadro 8).

En este sentido, considerando el desarrollo normativo que ha impulsado el OEFA y la insuficiente regulación que sobre esta materia se ha desarrollado a cargo de las EFA, sería conveniente aprovechar ello a efecto de impulsar la aprobación de este tipo de normas por parte de las EFA. Todo ello con la finalidad de poder contar con normas claras coherentes y fortalecer el sistema de fiscalización ambiental.

31 Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, pub. 05/03/2009 en el diario oficial *El Peruano*.

CUADRO 8: Listado de las principales normas aprobadas por el OEFA hasta la fecha

- Reglamento del procedimiento administrativo sancionador del OEFA
- Directiva que promueve mayor transparencia respecto de la información que administra el OEFA
- Reglamento del Registro de Infractores Ambientales del OEFA
- Lineamientos que establecen criterios para calificar como reincidentes a los infractores ambientales bajo el ámbito de competencia del OEFA
- Reglamento del Régimen de Contratación de Terceros Evaluadores, Supervisores y Fiscalizadores del OEFA
- Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 6º del Decreto Supremo Nº 007-2012-MINAM
- Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas previstas en el literal d) del Numeral 22.2 del Artículo 22º de la Ley Nº 29325
- Reglamento de notificación de actos administrativos por correo electrónico del OEFA
- Reglamento del reporte de emergencias de las actividades bajo el ámbito de competencia del OEFA
- Reglamento especial de supervisión directa para la terminación de actividades bajo el ámbito de competencia del OEFA
- Decreto Supremo que aprueba disposiciones reglamentarias del Artículo 20-A de la Ley Nº 29325
- Régimen Común de Fiscalización Ambiental
- Reglas generales sobre el ejercicio de la potestad sancionadora del OEFA
- Reglamento del Numeral 149.1 del Artículo 149º de la Ley Nº 28611 - Ley General del Ambiente
- Reglamento de Fraccionamiento y/o aplazamiento del pago de las multas impuestas por el OEFA
- Tipifican las infracciones administrativas y establecen la escala de sanciones relacionadas con la eficacia de la fiscalización ambiental, aplicables a las actividades económicas que se encuentren bajo el ámbito de competencia de la OEFA
- Tipifican las infracciones administrativas y establecer la escala de sanciones relacionadas con el incumplimiento de los LMP previstos para las actividades económicas que se encuentran bajo el ámbito de competencia del OEFA
- Reglamento para la subsanación voluntaria de incumplimientos de menor trascendencia
- Tipifican infracciones administrativas y establecen escala de sanciones relacionadas con los instrumentos de gestión ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas
- Decreto Supremo que establece disposiciones reglamentarias para la aplicación del Numeral 12.3 del Artículo 12º de la Ley Nº 29325
- Reglas para la atención de denuncias ambientales presentadas ante el OEFA
- Reglamento de supervisión a entidades de fiscalización ambiental
- Guía para la comunicación al Ministerio Público de presuntos delitos ambientales
- Régimen de incentivos en el ámbito de fiscalización ambiental a fin de promover las prácticas empresariales para prevenir y reducir en mayor medida los impactos negativos en el ambiente
- Normas reglamentarias que facilitan la aplicación de lo establecido en el Artículo 19º de la Ley Nº 30230 - Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país
- Reglas jurídicas para la aplicación del Artículo 17º de la Ley Nº 29325 en el ámbito de la fiscalización ambiental minera
- Reglamento de participación ciudadana en las acciones de monitoreo ambiental a cargo del OEFA
- Reglamento del Registro de Buenas Prácticas Ambientales del OEFA
- Guía de derecho del supervisado

Elaboración propia (2015)

3.4 Considerar la necesidad de contar con un enfoque preventivo integral que incluya la técnica de la disuasión, así como la promoción de incentivos

Mucho se ha hablado en el último año sobre la necesidad de que la fiscalización ambiental se ejerza con un enfoque preventivo. Sobre todo, esta discusión se ha generado a partir de lo establecido por la Ley N° 30230:

Artículo 19. Privilegio de la prevención y corrección de las conductas infractoras

En el marco de *un enfoque preventivo* de la política ambiental, establécese un plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia de la presente Ley, durante el cual el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA privilegiará las acciones orientadas a la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental.

Durante dicho período, el OEFA tramitará procedimientos sancionadores excepcionales (...).
(La cursiva es nuestra)

Sobre el particular, consideramos que lo peligroso de esta disposición es que solo se adopten medidas correctivas y no se establezcan verdaderas medidas de prevención o disuasión, considerando que, en el campo de lo ambiental, los daños pueden ser irreversibles e irreparables una vez que estos han sucedido. Ello, sobre todo, si consideramos que las medidas sancionadoras y las medidas correctivas, pese a ser complementarias, responden a dos objetivos completamente distintos. Por un lado, las medidas sancionadoras tienen una naturaleza represiva como consecuencia de un comportamiento legalmente incorrecto o prohibido, mientras que las medidas correctivas intentan retrotraer los efectos hasta antes de que se cometieran los ilícitos, por lo que no constituyen un castigo ni una sanción. Ambos tipos de medidas son importantes, pero con el solo establecimiento de las medidas correctivas no se logrará el objetivo primario de la fiscalización ambiental, es decir, evitar que se den conductas infractoras.

Siendo ello así, consideramos que lo que se requiere es fortalecer el enfoque preventivo de la fiscalización ambiental en el cual el predominio de la técnica de la disuasión es fundamental.

Esto se complementa con la necesidad de establecer la gradualidad de las multas. Al respecto, debemos recordar que mediante Ley N° 30011 se modificó el literal b) del Numeral 136.2 del Artículo 136° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, incrementando el tope del monto de la multa de 10,000 UIT a 30,000 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), de acuerdo al siguiente texto:

Artículo 136.- De las sanciones y medidas correctivas

(...)

136.2 Son sanciones:

(...)

b. Multa no mayor de 30,000 Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha en que se cumpla el pago.

(...).

Durante el proceso de diseño y debate sobre los alcances de esta norma, se han presentado algunos cuestionamientos, en tanto algunos consideraban que la modificación del tope del monto de multa de 10,000 a 30,000 UIT resultaba arbitraria y confiscatoria, y que pondría en riesgo el patrimonio personal de los privados. Al respecto, debemos considerar que se parte de la premisa de que la regulación sancionatoria tiene un fin preventivo y disuasivo de la comisión de infracciones ambientales; establecer topes de multas bajos ha sido, por años, un incentivo perverso para el administrado, generando un escenario en

el que incumplir la norma resulta más favorable económicamente que adoptar las medidas necesarias de protección ambiental.

Asimismo, “no es correcto que el incremento del tope de multas a 30 mil UIT sea *per se* confiscatorio ya que la confiscatoriedad de una sanción dependerá de que previamente se concluya que la autoridad determinó la multa sin obediencia del principio de razonabilidad” (Mora 2014: 4).

En este marco, el OEFA ha aprobado la “Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de las sanciones”,³² mediante la cual se proporcionan criterios objetivos para la graduación de las sanciones que la autoridad administrativa determine por el incumplimiento de la normativa ambiental en aquellas actividades vinculadas a la gran y mediana minería, y con relación a las labores de exploración, beneficio, transporte y almacenamiento de concentrados de minerales. Asimismo, esta metodología es aplicable de manera supletoria para otras actividades bajo el ámbito de competencia del OEFA, en tanto no se apruebe una norma específica. En este sentido, se requiere que las otras EFA aprueben instrumentos como el aprobado por el OEFA, puesto que dicha metodología establece un escenario de predictibilidad jurídica.

Como ya lo mencionáramos anteriormente, el enfoque de la fiscalización ambiental no solo debe ser sancionador y de control, sino que, a su vez, debe promover las buenas prácticas ambientales en la medida que prevé que el OEFA, en el marco de su función supervisora, promueva la subsanación voluntaria de los presuntos incumplimientos, siempre y cuando no se haya iniciado un procedimiento administrativo sancionador y se trate de una infracción subsanable; en estos casos el OEFA podrá disponer el archivo de la investigación correspondiente. De esta manera, se entiende que el fin último del OEFA no es recaudador, sino de prevención de daños ambientales. Es en este marco que, recientemente, el OEFA ha aprobado el “Reglamento del Régimen de Incentivos en el ámbito de la fiscalización ambiental a cargo del OEFA”.³³ En este sentido, se requiere que medidas de incentivos también sean aprobadas e implementadas por otras EFA.

3.5 Necesidad de articular la fiscalización ambiental con el rol del Poder Judicial

Uno de los principales problemas relacionados con la fiscalización ambiental es el alto porcentaje de infractores que no pagan las multas por infracciones ambientales. Al mes de diciembre del 2012, la ejecución coactiva de multas del OEFA ascendía a S/. 76'162,369.90. Sin embargo, los resultados en materia de cobro de multas demuestran que la mayor parte de estas (85.58%) se encuentran suspendidas judicialmente; únicamente el 10.48% han sido cobradas y un 3.94% se encuentran en trámite (MINAM y OEFA 2013).

Por ello, la Ley N° 30011³⁴ estableció una barrera de entrada a la “judicialización” de las multas. Mediante este régimen especial se estableció que la sola presentación de una demanda contencioso-administrativa, de amparo u otra, no interrumpe ni suspende el procedimiento de ejecución coactiva de las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa referidas a la imposición de sanciones administrativas emitidas por el OEFA.

32 Resolución de Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/CD, pub. 18/03/2013 en el diario oficial *El Peruano*.

33 Resolución de Consejo Directivo N° 040-2014-OEFA/CD, pub. 18/12/2014 en el diario oficial *El Peruano*. De acuerdo a esta norma los incentivos son beneficios que permiten a la autoridad ambiental fomentar en los administrados una producción limpia o la implementación de medidas o procesos destinados a prevenir y/o reducir en mayor medida impactos negativos en el ambiente.

34 Ley que modifica la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, pub. 26/04/2013.

De acuerdo con Mora (2014: 10), la creación del régimen especial por parte del OEFA encuentra su sustento en la necesidad mayor de asegurar los efectos de un mandato que emana de la Administración y mediante el cual se confirma la comisión de un ilícito administrativo cometido contra un interés mayor, que es el ambiente y, por lo tanto, cuyos daños trascienden a la colectividad. No es eficiente que quede impune el ilícito cuando el objetivo es asegurar los resultados del proceso.

Asimismo, Granados y Villa (2013: 59) sostienen que el establecimiento de un régimen especial se justifica en la trascendencia de los derechos fundamentales (por ejemplo, el derecho a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado, derecho a la salud y vida de las personas, entre otros) que se pretenden proteger con la ejecución oportuna de los actos administrativos emitidos por el OEFA.

Siendo ello así, es claro que esta disposición no solo debería ser de aplicación al OEFA sino a otras EFA que tienen competencias de fiscalización ambiental.

De otro lado, la Ley N° 30011 establece el otorgamiento de garantía real o personal para el dictado de medidas cautelares que suspendan las resoluciones del OEFA. Para Mora (2014:10), la exigencia de la contracautela real o personal como condición para la admisión de la medida cautelar no implica el establecimiento de una condición de pago para la interposición de una demanda contencioso-administrativo que cuestiona el acto administrativo emitido por el OEFA, sino que constituye, en realidad, una garantía frente a la solicitud de admisión de una medida cautelar que tiene por objeto suspender los efectos de las resoluciones del OEFA, más no cuestionar su arreglo a derecho.

Debe considerarse que, si el administrado reconoce como ciertos los derechos invocados a través de la interposición de una medida cautelar, no debiera sentirse desprotegido ante un régimen que exige garantías, más aún cuando, como lo señala la propia exposición de motivos de la ley, el juez, al analizar y conceder una medida cautelar, realiza un acto jurisdiccional valorativo.

Este tipo de disposiciones ya han sido previstas para el caso de otras instituciones como Indecopi; SUNAT y el Ministerio de la Producción, donde se cuenta con una normativa especial similar a la prevista para el OEFA, en cuanto regula la exigencia de contracautela para la imposición de medidas cautelares en sede judicial. Por ejemplo, en el caso de la SUNAT, cuando las resoluciones de determinación y de multa se reclamen vencido el término de 20 días hábiles, deberá acreditarse el pago de la totalidad de la deuda arbitraria que se reclama, actualizada hasta la fecha de pago, o presentar carta fianza bancaria o financiera por el monto de la deuda actualizada hasta por 9 meses posteriores a la fecha de la interposición de la reclamación, con una vigencia de 9 meses, debiendo renovarse por periodos similares dentro del plazo que señale la Administración. En caso, la Administración declare infundada o fundada en parte la reclamación y el deudor tributario apele dicha resolución, este deberá mantener la vigencia de la carta fianza durante la etapa de la apelación por el monto de la deuda actualizada, y por los plazos y periodos señalados precedentemente.³⁵

Por ello, es fundamental que este tipo de disposiciones puedan ser consideradas para el caso de procedimientos sancionadores en materia ambiental a cargo de otras EFA.

35 Decreto Legislativo N° 1121, pub. 18/07/2012 en el diario oficial *El Peruano*.

4. Conclusiones

- La creación del Ministerio del Ambiente en el año 2008 marcó un hito en la institucionalidad de la gestión ambiental en el país, ya que implicó una mejora en el nivel político de la autoridad ambiental nacional. Esto vino aparejado con la creación de algunos órganos adscritos, entre ellos el OEFA, como organismo a cargo de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental. Sin embargo, la creación del OEFA no representó, en un primer momento, un intento por darle a la fiscalización un enfoque sistémico, sino todo lo contrario.
- Por ello, poco tiempo después, se planteó la necesidad de orientar la fiscalización ambiental del país en un marco de “sistema” que permitiese no solo articular los esfuerzos sectoriales, sino, a su vez, darle al OEFA la fortaleza que requería al asignarle el manejo y rectoría de dicho sistema. Por ello, en el 2009 el gobierno creó el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA). De esta manera, se buscaba contar con un enfoque sistémico de la fiscalización ambiental. Sin embargo, aún con la creación del SINEFA consideramos que en el Perú, a la fecha, no contamos con un enfoque sistémico de la fiscalización ambiental.
- Consideramos que, para contar con un enfoque sistémico de la fiscalización ambiental, se requiere contar con otras condiciones. En tal sentido, proponemos seis medidas y acciones que se enmarcan en dichas condiciones:

La primera condición es contar con un marco legal claro, ordenado y coherente a nivel sustantivo, ya que un sistema de fiscalización ambiental requiere contar con una normatividad que desarrolle, de manera clara, ordenada y coherente, cuáles son las obligaciones ambientales que deberán ser fiscalizadas, así como contar con una autoridad competente encargada de dicha fiscalización. En el Perú, han sido los reglamentos de protección ambientales sectoriales los que han establecido cuáles son las obligaciones ambientales que deben cumplir los titulares de proyectos de inversión. Adicionalmente a ello, otra herramienta fundamental ha sido el establecimiento de los límites máximos permisibles.

La segunda condición es contar con estructuras institucionales articuladas entre ellas. A pesar de la existencia del SINEFA, a cargo del OEFA como ente rector, debemos reconocer que el enfoque sectorial previsto en el Decreto Legislativo N° 757 se mantiene aún. Ello, genera que, paralelamente al OEFA, todavía tengamos ministerios encargados de la fiscalización ambiental de su sector, y que no necesariamente se viene articulando con el enfoque y desarrollo normativo que viene impulsando el OEFA.

La tercera condición es contar con un marco legal claro, ordenado y coherente a nivel procedimental, ya que, si bien el OEFA ha sido muy activo en la aprobación de normas que han reglamentado sus competencias sobre fiscalización ambiental, de otro lado las autoridades ambientales sectoriales que aún mantienen competencias de fiscalización ambiental en sus respectivos sectores han desarrollado un proceso normativo mucho más lento y, en algunos casos, inexistente. Algo similar sucede en el caso de los gobiernos regionales y locales.

La cuarta condición es considerar la necesidad de contar con un enfoque preventivo integral que incluya la técnica de la disuasión, así como la promoción de incentivos. Siendo ello así, consideramos que se requiere fortalecer el enfoque preventivo de la fiscalización ambiental en el cual el predominio de la técnica de la disuasión es fundamental. Esto se complementa con la necesidad de establecer la gradualidad de las multas. En este sentido, se requiere que las EFA aprueben normas como la aprobada

por el OEFA, “Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de las sanciones”, mediante la cual se establece un escenario de predictibilidad jurídica.

Complementariamente, se requiere que el enfoque de la fiscalización ambiental no solo debe ser sancionador y de control sino que, a su vez, debe promover las buenas prácticas ambientales. En este sentido, es necesario que este tipo de incentivos no solo sea implementado por el OEFA sino también por otras EFA.

La quinta y última condición es la necesidad de articular la fiscalización ambiental con el rol del Poder Judicial. La Ley N° 30011³⁶ establece un régimen especial mediante el cual la sola presentación de una demanda contencioso-administrativa, de amparo u otra, no interrumpe ni suspende el procedimiento de ejecución coactiva de las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa referidas a la imposición de sanciones administrativas emitidas por el OEFA. Asimismo, establece que el otorgamiento de garantía real o personal para el dictado de medidas cautelares que suspendan las resoluciones del OEFA. En este contexto, se requiere siguiendo la misma lógica de protección del bien jurídico, que este tipo de disposiciones puedan ser consideradas para el caso de procedimientos sancionadores en materia ambiental a cargo de otras EFA.

36 Ley que modifica la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, pub. 26/04/2013 en el diario oficial *El Peruano*.

Bibliografía

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

2007 Informe extraordinario. Los conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú. Lima: Defensoría del Pueblo. Consulta: 23 de febrero del 2015.
<http://www.caaap.org.pe/documentos/informe_socioambiental_2007_defensoria_del_pueblo_06042009.pdf%5B1%5D.pdf>

GRANADOS, Milagros y Francisco VILLA

2013 "Constitucionalidad de las disposiciones orientadas a fortalecer la fiscalización ambiental contenidas en la Ley N° 30011". En ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, pp. 37-61.

MINISTERIO DEL AMBIENTE Y ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

2013 Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental - SINEFA. Fiscalización para el cambio. Preguntas y respuestas sobre el Proyecto de Ley N° 1815/2012-PE. Lima: Ministerio del Ambiente y Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Consulta: 23 de febrero del 2015
<http://issuu.com/minam_peru/docs/tope_de_multas/3>

MORA, Carol

2014 "Reformas clave a la fiscalización ambiental en el Perú: sobre el incremento de las multas y la ejecutoriedad de las decisiones del OEFA". Serie de Política y Derecho Ambiental, Lima N° 28. Marzo 2014, pp. 1-12. Consulta: 23 de febrero del 2015.
<<http://www.spda.org.pe/wpfb-file/serie-28-pdf/>>

ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL (OEFA)

2014 El abc de la fiscalización ambiental. Segunda edición. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

RUBIO, Marcial

2002 El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Octava edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL

2010 Manual de legislación ambiental. Vol. II. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.



► **Análisis legal y situacional del rol del OSINFOR** como entidad de fiscalización en el proceso de gobernanza forestal

► **Jean Pierre Araujo Meloni**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con segunda especialidad en derecho ambiental y de los recursos naturales por la PUCP. Cuenta con amplia experiencia en el diseño e implementación de políticas públicas relacionadas a los recursos forestales y de fauna silvestre, tanto en el sector público como en el privado. Actualmente, es asesor legal del Programa Forestal de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA).

► **José Luis Capella Vargas**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con postítulo por el Programa de Gobernabilidad y Gerencia Política de George Washington University y la PUCP. Docente de las cátedras de áreas naturales protegidas, forestal e investigación jurídica en la PUCP. Actualmente, es director del Programa Forestal de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA).

Agradecimientos

Los autores agradecen a Manuel Carbajal y Carlos Quijano por el apoyo en la elaboración del presente artículo.

Sumario

El presente artículo intenta condensar los antecedentes más relevantes de la gestión de la entidad de fiscalización ambiental (EFA) del recurso forestal y de fauna silvestre, el OSINFOR. El trabajo revisa los antecedentes históricos del OSINFOR, desde su creación por norma, pasando por los principales instrumentos de gestión y las principales acciones realizadas por esta entidad. Luego, se desarrolla una breve reseña del desempeño del OSINFOR como EFA de uno de los sectores más difíciles de manejar si hablamos de la conservación y del aprovechamiento sostenible de los recursos forestales y de fauna silvestre, así como de sus servicios ecosistémicos. La tercera sección aborda los problemas y vacíos que todavía afronta la supervisión y fiscalización forestal. Finalmente, se establece un conjunto de conclusiones relativas a cada sección.

1. Antecedentes históricos del OSINFOR. 1.1 Los primeros pasos del OSINFOR. 1.2 OSINFOR: Un mismo nombre, mayores competencias. **2.** Evolución del desempeño del OSINFOR. 2.1 OSINFOR en el INRENA. 2.2 OSINFOR: Primera gestión (2008-2011). 2.3 OSINFOR: Segunda gestión (2011-2014). **3.** Temas pendientes para mejorar la fiscalización en materia forestal y de fauna silvestre. 3.1 Operatividad del Tribunal Forestal y de Fauna Silvestre creado por el Decreto Legislativo N° 1085. 3.2 Clarificar los alcances de la fiscalización entre los distintos actores gubernamentales. 3.2.1 Fiscalización del aprovechamiento y conservación, así como de la transformación, transporte y comercialización de productos forestales y de fauna silvestre. 3.2.2 Fiscalización del cambio de uso y del desbosque. **4.** Conclusiones.

1. Antecedentes históricos del OSINFOR¹

En julio del año 2000, se promulgó la Ley N° 27308 - Ley Forestal y de Fauna Silvestre, la cual derogó, luego de aproximadamente 25 años de vigencia, a su predecesora, aprobada por el Decreto Ley N° 21147.

Si bien es cierto, en julio del 2011 se aprobó la Ley N° 29763 - Ley Forestal y de Fauna Silvestre que derogará a la actual Ley N° 27308, ello solo se producirá totalmente una vez que se apruebe su reglamento, proceso actualmente liderado por el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre. Además, para efectos de entender los antecedentes históricos del actual Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (OSINFOR), es muy importante iniciar el análisis en el contexto de la reforma forestal del año 2000.

Debemos señalar, además, que el presente artículo se centrará básicamente en el rol del OSINFOR como ente encargado de la supervisión y fiscalización del aprovechamiento y conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre, revisando también su interacción con otras autoridades administrativas de nivel central y regional con competencias relativas a los citados recursos.

1.1 Los primeros pasos del OSINFOR

La primera aparición del OSINFOR en nuestro ordenamiento legal se remonta al año 2000, en el Artículo 6 de la Ley N° 27308, el cual creó el Organismo Supervisor de los Recursos Forestales Maderables, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros. El organismo creado tenía como principal función supervisar los contratos de concesión forestal con fines maderables, los cuales constituían el nuevo modelo de aprovechamiento. Las citadas concesiones tenían por objetivo atraer la inversión de manera sostenible en los bosques naturales a través de derechos de concesión por 40 años renovables, sujetos al cumplimiento de planes de manejo que debían ser supervisados y fiscalizados por el OSINFOR.

El modelo institucional de la gestión forestal maderable recaía en dos instituciones nacionales, dependientes de dos distintos sectores: el Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA), encargado del rol técnico-normativo, así como de conducir y ejecutar las funciones de administración y control de los recursos, productos y subproductos forestales y de fauna silvestre, adscrita al ex-Ministerio de Agricultura. De otro lado, y a cargo de la Presidencia del Consejo de Ministros, se situaba el OSINFOR, encargado solamente de la supervisión de los contratos de concesión forestal maderable.

El otorgamiento de concesiones forestales con fines maderables se inició a partir del año 2002 en Madre de Dios, siguieron Ucayali, San Martín y Huánuco en el 2003, para finalmente, en el 2004 otorgar concesiones en el departamento de Loreto. El resultado de este proceso fue la suscripción de aproximadamente 564 contratos de concesión, en un total de 7'202,688 hectáreas.

1 Para efectos del presente artículo se debe tener en cuenta que las siglas OSINFOR aluden a las tres etapas por la que ha pasado esta entidad pública: a) Organismo Supervisor de los Recursos Forestales Maderables (Artículo 6° de la Ley N° 27308); b) Oficina de Supervisión de Concesiones Forestales Maderables del ex Instituto Nacional de Recursos Naturales – INRENA (Decreto Supremo N° 036-2004-AG y Decreto Supremo N° 04-2005-AG); y c) Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros (Artículo 1° Decreto Legislativo N° 1085).

Si bien el INRENA implementó con mucho esfuerzo los concursos públicos y el otorgamiento de concesiones forestales maderables, el ente encargado de supervisarlas inició funciones recién en el año 2005, luego de que mediante el Decreto Supremo N° 036-2004-AG, publicado el 3 de octubre del 2004, se decretara la absorción del OSINFOR al INRENA, siendo esta última la entidad absorbente. La implementación de lo dispuesto por dicho decreto supremo sería complementado luego con la incorporación de la Oficina de Supervisión de Concesiones Forestales Maderables (OSINFOR), dentro de la estructura orgánica del INRENA, a través de Decreto Supremo N° 04-2005-AG, que modificó el Reglamento de Organización y Funciones del INRENA, aprobado por el Decreto Supremo N° 02-2003-AG. La estructura orgánica propuesta era la de una oficina a cargo de un gerente dependiente jerárquicamente de la jefatura del INRENA. OSINFOR contaba, además, con dos unidades: a) Unidad de Supervisión, Evaluación y Control, y b) Unidad de Regulación y Asuntos Normativos; la primera, encargada principalmente de las labores técnicas, supervisiones y verificaciones de campo; y la segunda, encargada de instruir los procedimientos administrativos, proponer políticas y normas, entre otras.

1.2 OSINFOR: Un mismo nombre, mayores competencias

Con motivo del otorgamiento de facultades delegadas al Poder Ejecutivo mediante la Ley N° 29157, a fin de legislar sobre una serie de temas necesarios para cumplir con los compromisos del Acuerdo de Promoción Comercial suscrito con los Estados Unidos, se aprobó el Decreto Legislativo N° 1085, que aprobó la creación del Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (OSINFOR), como un organismo público ejecutor adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros.

El organismo creado por el citado decreto legislativo absorbió a la Oficina de Supervisión de Concesiones Forestales Maderables. Sin embargo, el ámbito de competencia y funciones ya no solo se restringía a las concesiones forestales maderables, sino que se amplió, con el decreto legislativo, a todo título habilitante sobre los recursos forestales y de fauna silvestre que tuviera por objeto su aprovechamiento sostenible o conservación. Es decir, se incorporaron dentro del ámbito de competencia del OSINFOR todas las modalidades de concesiones (maderables, no maderables, ecoturismo, conservación y fauna silvestre), permisos (en predios privados y en bosques de comunidades nativas), autorizaciones (para la instalación de zoológicos, centros de rescate, centros de custodia temporal).

Para el cumplimiento de las funciones encargadas, el decreto legislativo previó, dentro de su estructura orgánica, la separación de los órganos funcionales y administrativos. En el ámbito funcional, el OSINFOR ejerce la primera instancia administrativa a partir de sus direcciones de línea: a) Dirección de Supervisión de Concesiones Forestales y de Fauna Silvestre y b) Dirección de Supervisión de Permisos y Autorizaciones Forestales y de Fauna Silvestre. La segunda instancia está a cargo del Tribunal Forestal y de Fauna Silvestre, cuya formación hasta la fecha no ha podido ser culminada.

En el aspecto administrativo, de acuerdo al Decreto Legislativo N° 1085, la máxima autoridad del OSINFOR es el presidente ejecutivo, que debe ser designado mediante concurso público, por un periodo de cuatro años, debiendo cumplir con los requisitos regulados en el Artículo 6 del citado decreto legislativo. Para facilitar los procesos de administración de la nueva institución, se previó la existencia de una Secretaría General, a fin de que ejerza la función de máxima autoridad administrativa. Posteriormente, mediante el Decreto Supremo N° 065-2009-PCM, se aprobó su reglamento de organización y funciones. Finalmente, en el ámbito del ejercicio de sus competencias en materia de supervisión, se aprobó el reglamento del Decreto Legislativo N° 1085, mediante el Decreto Supremo N° 024-2010-PCM.

2. Evolución del desempeño del OSINFOR

La presente sección busca exponer los principales avances de la gestión del OSINFOR de manera resumida y tomando en cuenta cuatro ejes de gestión u objetivos institucionales seleccionados como prioritarios. Se considera oportuno realizar este ejercicio de evaluación de desempeño para poder informar acerca de los avances de esta EFA desde su aparición formal, en el año 2000, en la Ley N° 27308 - Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Así también, esta sección sirve para enmarcar aquellos aspectos que consideramos pendientes de abordar por la entidad de fiscalización para el cumplimiento de sus fines.

Para efectos del análisis que propone esta sección, el desempeño de la EFA en materia forestal y de fauna silvestre puede ordenarse en tres momentos de gestión y/o vida institucional. De acuerdo a lo que ya hemos reseñado en la sección de antecedentes, esta se creó de manera formal (o por norma), con la aprobación de la Ley N° 27308; sin embargo, no podemos atribuir ningún desempeño de la institución hasta la decisión del entonces Ministerio de Agricultura y el Instituto Nacional de Recursos Naturales - INRENA de fusionar, en el 2004, al OSINFOR dentro de su estructura orgánica, lo cual implementaron mediante Decreto Supremo N° 036-2004-AG. A este primer periodo de ejecución de actividades le denominaremos "OSINFOR en el INRENA". Luego, podemos identificar el desempeño del OSINFOR desde su "nueva creación" adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros - PCM, por Decreto Legislativo N° 1085 (2008) y bajo su primera gestión y junta directiva, periodo al que denominaremos "OSINFOR primera gestión". Finalmente, identificamos, a partir del año 2010, la tercera etapa de gestión del OSINFOR con el rótulo de "OSINFOR segunda gestión", en la cual se ejerció la presidencia de dicha institución a través de encargos de gestión que han permanecido hasta la fecha de elaboración del presente documento.

Desde el punto de vista metodológico, la presente sección evaluará el desempeño del OSINFOR a partir de cuatro de sus principales objetivos institucionales, los cuales han sido identificados a partir de sus normas de creación (Ley N° 27308 y Decreto Legislativo N° 1085), así como a partir de sus planes, políticas y normas de desarrollo. El primer objetivo es el de constituirse en una institución acorde con el reto de la supervisión y fiscalización del sector forestal y de fauna silvestre. El segundo objetivo es implementar un marco regulatorio sólido que genere seguridad jurídica y predictibilidad, y que al mismo tiempo se constituya en un desincentivo para conductas ilegales en un sector complejo y con antecedentes graves de informalidad, ilegalidad y corrupción. El tercer objetivo está vinculado a la realización efectiva de procedimientos administrativos de supervisión, fiscalización y finalmente sanción (incluyendo la caducidad). El último y cuarto objetivo tiene que ver con actividades complementarias a su rol como EFA, como es el caso del fortalecimiento de capacidades, la implementación de incentivos, la mejora del conocimiento y la información, entre otros.

Estos cuatro aspectos u objetivos son evaluados a continuación respecto de cada uno de los periodos mencionados líneas arriba.

2.1 OSINFOR en el INRENA

El primer avance que merece la pena resaltar es la decisión, por parte del Ministerio de Agricultura, de implementar el OSINFOR dentro de su estructura orgánica, dada la negativa y/o demora por parte de Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), de la época en que esta instancia debió implementarse de acuerdo a ley, incumplimiento existente desde el 2010, pero que fue más grave a partir del otorgamiento de las primeras concesiones forestales (2002). El proceso decisional para poner en marcha una política pública de supervisión y fiscalización de títulos habilitantes estaba agendada como necesaria desde que se decidió cambiar el régimen de contratos forestales por uno de títulos habilitantes (concesiones, permisos y autorizaciones), en el que se requería un ente autónomo y transparente para evaluar el desempeño de los titulares. El hecho de no haber implementado desde un comienzo dicho régimen ha sido identificado como una de las causas de la poca eficacia del proceso de concesiones forestales en el Perú (Capella 2008: 105).

Con relación a la creación de un marco institucional adecuado, el desempeño del OSINFOR en el INRENA debe ser evaluado en el contexto restringido en el cual fue creado, es decir, en el marco del Decreto Supremo N° 036-2004-AG que le entregó competencias únicamente para supervisar y fiscalizar concesiones forestales con fines maderables. Así, la organización interna del OSINFOR en el INRENA se caracterizó por ordenarse para fiscalizar un tipo de título habilitante (el maderable) dejando de lado la fiscalización en predios privados, concesiones no maderables, permisos en comunidades nativas, entre otros. Además, debemos considerar que todos estos títulos habilitantes estaban siendo fiscalizados por más de dos años (desde su otorgamiento), incluyendo a las concesiones forestales maderables. De acuerdo con lo recogido por Chirinos e Hidalgo (2005: 55) este fue un periodo en el que se implementó un marco normativo completo relativo a las concesiones forestales con fines maderables.

Con relación a la creación de un marco normativo adecuado, predecible, para que se pudiera invertir en materia forestal con reglas de juego claras, así como disminuir el riesgo de tala ilegal, tenemos que el OSINFOR, dentro del INRENA, aprobó el primer procedimiento administrativo único (PAU) y se estableció una organización interna acorde con el requerimiento de gestión que se encontraba vigente, es decir, el de únicamente fiscalizar las concesiones forestales con fines maderables.

Las acciones implementadas por el OSINFOR en el INRENA han sido evaluadas por algunos autores como deficientes o inexistentes. Es más, el varias veces nombrado estudio de Dourojeanni, Amazonía peruana en 2021, ni siquiera menciona al OSINFOR, y llega a la conclusión de que el sistema de concesiones madereras instaurado con la Ley N° 27308 no tenía mayor mérito en mejorar la legalidad o formalidad en el acceso a los recursos forestales sino que: "(...) la mayor parte de esas concesiones son apenas pretextos formales para una extracción madera que en nada se diferencia de la que es completamente informal" (Dourojeanni *et al* 2009: 77). Este tipo de aseveraciones, aun cuando no parten de un análisis científico, sino de percepciones de los autores, denotan que la existencia de la supervisión y fiscalización para las concesiones forestales era desconocida por quienes hicieron estudios en ese periodo.

A partir del 2005, se iniciaron las primeras inspecciones oculares e iniciaron los primeros procesos de caducidad, pero también se dieron varios procesos de caducidad en virtud de omisión de presentación de planes de manejo por parte de los concesionarios. En algunos casos, esto se debió a que los concesionarios nunca entraron a las concesiones y se valieron de las llamadas "zafas excepcionales", utilizaron el título con fines ilícitos o ajenos al derecho otorgado (lavado de madera u otros). Pese a ello, la estadística formal del INRENA a la cual se pudo tener acceso, indica que el OSINFOR bajo el INRENA fiscalizó y sancionó con la pérdida de la concesión a un total de 32 concesiones maderables, principalmente en Ucayali.

2.2 OSINFOR: Primera gestión (2008-2011)

Con la aprobación del Decreto Legislativo N° 1085, el OSINFOR volvió a crearse donde originalmente se había tenido que haber creado, es decir, la Presidencia del Consejo de Ministros. Además, el avance institucional más importante es que se formalizó como la EFA (entidad de supervisión y fiscalización) de todos los títulos habilitantes forestales y de fauna silvestre (concesiones, permisos, autorizaciones y otros que tengan como objetivo el aprovechamiento sostenible y la conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre), e inclusive de aquellos títulos habilitantes que incluyan actividades relativas a los servicios ambientales, hoy denominado servicios ecosistémicos. En ese sentido, el marco institucional del OSINFOR en su primera gestión bajo la PCM se estructuró con un nuevo reglamento de organización y funciones (ROF) aprobado mediante Decreto Supremo N° 065-2009-PCM, cuya estructura responde a la consideración de todos los títulos habilitantes que debe supervisar y fiscalizar, es decir, añadiendo instancias para concesiones forestales con fines no maderables, permisos y autorizaciones, así como fauna silvestre.

Vale la pena mencionar que mientras no existió una competencia establecida de fiscalización sobre otros títulos habilitantes, como los permisos y autorizaciones forestales, autores (Sabogal 2008: 114) identificaron que la ilegalidad en dichos espacios fue una regla importante. También es cierto que, como fue el caso de las concesiones para otros productos del bosque (castaña) en Madre de Dios, el régimen de fiscalización tardó tiempo en organizarse y poder identificar las ilegalidades manifiestas en el aprovechamiento forestal (Cossio-Solano *et al* 2011: 15).

En este periodo se llevó a cabo el primer concurso público de méritos para la contratación del presidente ejecutivo del OSINFOR, que debía tener un mandato de cuatro años, en conformidad con el Artículo 6.1 del Decreto Legislativo N° 1085. Sin embargo, este mandato se dio únicamente por 29 meses, desde la aprobación de la Resolución Suprema N° 113-2009-PCM hasta su terminación mediante Resolución Suprema N° 320-2011-PCM del 2 de noviembre del 2011.

Las actividades de fiscalización se incrementaron considerablemente, sin llegar a cubrir las expectativas que se había trazado el ente de fiscalización. Una de las características principales de este periodo es la existencia de una gran cantidad de procedimientos administrativos sancionadores que no concluyeron, es decir, que no tuvieron una resolución definitiva de cierre. Como veremos en el siguiente periodo, esta situación fue subsanada recién en el año 2014 con la conclusión de los procedimientos pendientes por parte de la siguiente administración. Sin embargo, resalta el hecho de que los titulares utilizaran en ese periodo diferentes métodos de apelación y defensa legal para evitar el cierre de sus operaciones y las consecuentes sanciones pecuniarias. La estadística de esa época (OSINFOR 2014c) muestra que una fuerte carga de trabajo se destinó a la revisión legal de los procedimientos y la respuesta de recursos presentados por los titulares.

Finalmente, esta etapa estuvo también vinculada a actividades por parte del OSINFOR, como la capacitación y la divulgación de información con relación al aprovechamiento sostenible del patrimonio forestal y de fauna silvestre.

2.3 OSINFOR: Segunda gestión (2011-2014)

Durante esta etapa, el OSINFOR consolidó el trabajo en sus oficinas desconcentradas, en aquellos departamentos donde se encuentra la mayor cantidad de títulos habilitantes, como Loreto, Ucayali, Madre de Dios, San Martín, Junín y Chiclayo. Estas oficinas buscan brindar cercanía con los procedimientos administrativos y un rol más importante a la acción de supervisión y fiscalización en un sector que ha sido

constantemente ligado a la informalidad y la falta de transparencia, así como con casos específicos de tala ilegal vinculada a los títulos habilitantes formales (Environmental Investigation Agency 2010: 10).

También resalta en este periodo el hecho de que las presidencias ejecutivas del OSINFOR se han ejercido sin la realización del correspondiente concurso público de méritos, sino más bien con base en “encargaturas” realizadas mediante Resolución Suprema N° 320-2011-PCM y la realizada mediante Resolución Suprema N° 79-2012-PCM. Ambas suman, hasta la fecha, un periodo de tiempo de 39 meses, mayor al que duró la designación mediante concurso público, indicada líneas arriba.

Desde la perspectiva de la regulación, resalta la aprobación de nuevos manuales y directivas de supervisión, así como la instauración y ejecución de una política de participación para el diseño y aprobación de nuevas normas. (OSINFOR 2013c). Con dicho procedimiento participativo, se aprobó, por ejemplo, un renovado Reglamento del Procedimiento Administrativo Único (PAU) mediante Resolución Presidencial N° 007-2013-OSINFOR.

Las intervenciones durante esta etapa se caracterizaron por focalizar su atención o priorizar, así como por contar con un enfoque más estratégico. Por ejemplo, resalta el hecho de las acciones de fiscalización sobre las concesiones castañeras en Madre de Dios, en investigaciones identificaron una fuerte presencia de aprovechamiento forestal maderable (Cossio-Solano 2011: 16) y en donde era necesario esclarecer la legalidad y sostenibilidad del aprovechamiento. También resaltan las intervenciones realizadas en el marco del proceso de formalización de la pequeña minería y minería artesanal, y la interdicción de la minería ilegal, que ha tenido como marco el Decreto Legislativo N° 1100 (OSINFOR 2014b: 26-31).

Se puede observar un aumento en la cantidad de intervenciones y de procedimientos administrativos. La utilización de la estadística y la publicidad de la información a través de tecnologías de la información son dos puntos resaltantes de este periodo de gestión. Asimismo, se viene informando periódicamente acerca de la implementación presupuestaria anual, la cual ha llegado a niveles casi ideales de ejecución en el último año evaluado, 2014 (OSINFOR 2014b).

3. Temas pendientes para mejorar la fiscalización en materia forestal y de fauna silvestre

Como se ha señalado anteriormente, la implementación de las funciones de supervisión y fiscalización de los derechos sobre los recursos forestales y de fauna silvestre a través de un organismo autónomo, tal y como lo conocemos hoy en día, es un proceso que data del año 2008, a pesar de que la Ley N° 27308, publicada el 16 de julio del 2000, diseñó un esquema de supervisión y fiscalización *ad hoc* para las concesiones forestales maderables, el cual recién se implementó a partir del año 2005.

Ahora bien, el rediseño del OSINFOR, impulsado por la aprobación del Decreto Legislativo N° 1085, se aprobó en un contexto en el que el Ministerio de Agricultura y Riego venía implementando el proceso

de transferencia de las funciones e) y q) del Artículo 51° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales,² las denominadas competencias en materia forestal y de fauna silvestre. Es importante tener en cuenta ello, por cuanto dentro de las competencias transferidas se menciona la función de fiscalización, lo que puede generar confusión con las funciones del OSINFOR.

También, relacionado al contexto y los cambios normativos, debemos considerar que, en el mes de julio del año 2011, se publicó la Ley N° 29763, que aprobó la nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Ella introduce cambios institucionales, entre los cuales están la creación del Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre - SERFOR, la identificación de las competencias de las autoridades regionales forestales y de fauna silvestre, el sistema de regencia, entre otros, que, en cuanto sean puestos en operatividad, significarán una ampliación del marco de actores dentro de un régimen de fiscalización de nuestro patrimonio forestal y de fauna silvestre.

En ese orden de ideas, procedemos a identificar y analizar los principales temas pendientes por resolver a fin de consolidar un régimen de fiscalización de los recursos forestales y de fauna silvestre, considerando principalmente el nuevo diseño del OSINFOR y el proceso de transferencia de las competencias en materia forestal y de fauna silvestre de los gobiernos regionales.

3.1 Operatividad del Tribunal Forestal y de Fauna Silvestre creado por el Decreto Legislativo N° 1085

Dentro del modelo institucional del OSINFOR, se previó que el ejercicio de las competencias en materia de supervisión y fiscalización recaiga en las direcciones de línea en calidad de primera instancia administrativa, y en un tribunal la evaluación e instrucción de los procedimientos en segunda instancia.

El tribunal debe estar formado por tres miembros elegidos por concurso público y designados por resolución suprema refrendada por el presidente del Consejo de Ministros. En cuanto a su organización y composición, el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1085, aprobado por el Decreto Supremo N° 024-2010-PCM, ha establecido que el tribunal cuenta con una secretaría técnica, y que dos de sus miembros deben ser abogados y uno ingeniero forestal de profesión.

A pesar de haber culminado hace más de cuatro años el diseño orgánico del tribunal, hasta el momento no se ha podido designar al total de sus miembros, a pesar de haberse realizado, hasta la fecha, tres concursos públicos, cuyo resultado ha sido la designación de uno de sus miembros mediante la Resolución Suprema N° 036-2013-PCM, quedando aún pendiente la designación de los dos abogados.

La importancia del tribunal no solo radica en dotar de una instancia colegiada que pueda revisar las decisiones de las direcciones de línea del OSINFOR, sino que de acuerdo al Artículo 11° del Decreto Legislativo N° 1085, puede establecer precedentes de observancia obligatoria que ayudarían notablemente a mejorar la seguridad jurídica al establecer criterios de integración e interpretativos del profuso y hasta confuso marco normativo forestal y de fauna silvestre.

2 Al mes de enero del 2015, ha culminado el proceso de transferencia de competencias de las funciones e) y q) del Artículo 51° de la Ley N° 27867 - Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales, a favor de los gobiernos regionales de San Martín (R.M. N° 792-2009-AG), Loreto (R.M. N° 793-2009-AG), Ucayali (R.M. N° 019-2010-AG), Madre de Dios (R.M. N° 301-2010-AG), Amazonas (R.M. N° 696-2010-AG), La Libertad (R.M. N° 303-2011-AG), Tumbes (R.M. N° 269-2012-AG), Ayacucho (R.M. N° 291-2012-AG), y Huánuco (R.M. N° 292-2013-AG).

3.2 Clarificar los alcances de la fiscalización entre los distintos actores gubernamentales

3.2.1 Fiscalización del aprovechamiento y conservación, así como de la transformación, transporte y comercialización de productos forestales y de fauna silvestre

Como se ha indicado, el literal q) del Artículo 51° de la Ley N° 27867 reconoce como una de las funciones de los gobiernos regionales la de fiscalizar y, en estricto, señala lo siguiente:

Artículo 51.- Funciones en materia agraria

(...) q) Otorgar permisos, autorizaciones y concesiones forestales, en áreas al interior de la región, así como ejercer labores de promoción y fiscalización en estricto cumplimiento de la política forestal nacional (...).

El mencionado literal hace referencia tanto al otorgamiento de derechos sobre los recursos forestales, así como al ejercicio de labores de promoción y fiscalización en el marco de la política nacional forestal. De otro lado, el Artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1085 reconoce, dentro del ámbito de competencia del OSINFOR, la supervisión y fiscalización del aprovechamiento y conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre, así como de los servicios ambientales provenientes del bosque. A fin de comprender mejor los alcances de las competencias de fiscalización entre el OSINFOR y los gobiernos regionales, es importante delimitar el ámbito de competencias gubernamentales con relación a los recursos forestales y de fauna silvestre.

De acuerdo a como fueron diseñadas las últimas dos leyes forestales y de fauna silvestre (Ley N° 27308 y Ley N° 29763 en aplicación suspendida hasta que se apruebe su reglamento), el ámbito de competencia gubernamental con relación a los recursos forestales y de fauna silvestre no solo abarca el acceso, sino también la transformación, comercialización y transporte de productos forestales y de fauna silvestre. En ese orden de ideas, los gobiernos regionales están facultados no solo a otorgar derechos como concesiones, permisos y autorizaciones, sino también a ejercer su administración y control, alcanzando no solo a los productores o titulares de estos derechos, sino también sobre aquellas personas naturales o jurídicas que realicen trabajos de transformación, comercialización y transporte de los productos forestales y de fauna silvestre (Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales 2012: 31). En lo que se refiere a la competencia de fiscalización, en razón de las competencias transferidas, abarcaría todos los ámbitos antes señalados, excepto el referido a la fiscalización de actividades realizadas por los titulares de concesiones, permisos y autorizaciones sobre recursos forestales y de fauna silvestre, en el marco del cumplimiento de los planes de manejo debidamente aprobados por la autoridad regional forestal y de fauna silvestre, por cuanto ello es una competencia asignada al OSINFOR.

Debemos indicar, además, que en aquellos casos en que no existan derechos otorgados sobre los recursos forestales y de fauna silvestre, y, sin embargo, se realicen actividades ilícitas, el ente competente de fiscalización es también la autoridad regional forestal y de fauna silvestre.

Es preciso señalar que existen funciones que no han sido transferidas a los gobiernos regionales y que aún recaen en el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (SERFOR). A manera de ejemplo, podemos mencionar aquellas funciones derivadas de acuerdos internacionales, como es el caso de la Convención

CITES³ y la Decisión N° 346 de la Comunidad Andina (Régimen de Recursos Genéticos); en ambos casos, la función de fiscalización recae en el SERFOR.⁴

En razón de lo expuesto, podemos apreciar que, si bien no existiría contradicción entre las funciones de fiscalización asignadas al OSINFOR, a los gobiernos regionales y al SERFOR, el marco jurídico actual requiere la revisión de una serie de normas para establecer claramente las funciones de cada uno de las instituciones mencionadas. Al respecto, resulta importante aprovechar el proceso de elaboración del reglamento de la Ley N° 29763 para definir claramente las funciones de cada entidad gubernamental.

3.2.2 Fiscalización del cambio de uso y del desbosque

Dentro de los derechos que se pueden otorgar sobre los recursos forestales, en el marco de la Ley N° 27308 y la Ley N° 29763, existen dos que implican una mera afectación, sin tener un objetivo de manejo o uso sostenible de los recursos. Estos son las autorizaciones de: a) cambio de uso y b) desbosque. En líneas generales, podemos establecer que la autorización de cambio de uso es solicitada cuando se busca erradicar la cobertura forestal en áreas cuya clasificación de uso mayor es apta para cultivo en limpio, cultivo permanente o pastoreo, con el objetivo de desarrollar una actividad agrícola o pecuaria. La autorización de desbosque, en cambio, es solicitada para la realización de cualquier actividad económica cuya implementación requiera impactar los recursos forestales. Esta autorización, a diferencia de la anterior, puede otorgarse incluso en tierras cuya clasificación de uso mayor es forestal o protección.

En ambos casos, se aprecia que las actividades económicas que sustentan el otorgamiento de las autorizaciones de cambio de uso y desbosque carecen del objetivo de aprovechar sosteniblemente los recursos o conservarlos. Desde esa perspectiva, el OSINFOR no contaría con la competencia para supervisarlos ni fiscalizarlos, por cuanto el Artículo 2° y el Numeral 3.1 del Artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1085 circunscriben sus competencias y funciones a aquellos derechos que tengan por objetivo el aprovechamiento sostenible y la conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre. En ese caso, se requiere hacer un análisis de cada una de las autorizaciones mencionadas.

Con relación al cambio de uso, mediante Resolución Ministerial N° 443-2010-AG, se precisó que los gobiernos regionales que han asumido las funciones en materia forestal y de fauna silvestre y que cuentan con áreas ubicadas en la selva, son los competentes para desarrollar los procedimientos de cambio de uso a que se refiere el Artículo 26° de la Ley N° 27308. En ese orden de ideas, al amparo del literal q) del Artículo 51° de la Ley N° 27867, los gobiernos regionales que han asumido las competencias en las selvas ejercerán la labor de fiscalización de los procedimientos de cambio de uso que ya se encuentran a su cargo. De otro lado, en aquellos casos en que las competencias aún no han sido transferidas, será labor del SERFOR otorgar las autorizaciones de cambio de uso, y también fiscalizarlas.

Ahora bien, en lo que respecta al desbosque, se debe tener en cuenta que, de acuerdo al marco legal actual (Ley N° 27308 y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 014-2001-AG) y al proceso de transferencia de las funciones forestales y de fauna silvestre hacia los gobiernos regionales, la competencia de otorgar autorizaciones de desbosque no ha sido transferida a los gobiernos regionales, por lo que

3 De acuerdo a lo dispuesto en los literales f) y g) del Artículo 4° del Reglamento de Organización y Funciones del SERFOR, aprobado por el Decreto Supremo N° 007-2013-MINAGRI.

4 De acuerdo a lo dispuesto por los literales f) y k) del Reglamento de Organización y Funciones del SERFOR, aprobado por el Decreto Supremo N° 007-2013-MINAGRI, concordados con el Artículo 15° del Reglamento de Acceso a los Recursos Genéticos aprobado por la Resolución Ministerial N° 87-2008-MINAM, elevado al nivel de Decreto Supremo por el D.S. N° 03-2009-MINAM.

entonces, para todo el territorio nacional, es el SERFOR el que debe aprobarlos, y en aplicación del literal f) del Artículo 4º de su Reglamento de Organización y Funciones aprobado por el Decreto Supremo Nº 07-2013-MINAGRI, es el ente encargado de fiscalizarlos.⁵ Es necesario indicar que la Ley Nº 29763 - Nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre establece, en su Artículo 36º, que la autorización de desbosque es otorgada por el SERFOR o por la autoridad regional forestal, dependiendo del nivel de evaluación de impacto ambiental requerida de acuerdo al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

4. Conclusiones

- Con relación al periodo denominado OSINFOR en el INRENA, resalta el hecho de que el Ministerio de Agricultura decidiera implementar el OSINFOR dentro de su estructura, aun cuando la implementación de un organismo dentro del propio INRENA no era la forma idónea para realizar la fiscalización de los títulos habilitantes. A pesar de ello, e incluso cuando su competencia fue solo respecto de las concesiones con fines maderables, esta entidad contó con algunos avances interesantes, como el inicio de los procesos de caducidad en títulos que habían estado funcionando de forma irregular por varios años mientras no hubo una entidad en concreto. Además, la existencia de esta entidad sirvió para que el tema de la fiscalización de los títulos habilitantes se mantuviera en el pico de la atención del sector público y la sociedad civil. Tan es así que, luego, con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial con EE.UU., dentro de la firma del Anexo Forestal, el Estado peruano tuvo que comprometerse a volver a crear el OSINFOR dentro de la PCM, como finalmente sucedió en el 2008 (por el Decreto Legislativo Nº 1085).
- Con relación a la primera etapa de gestión del OSINFOR dentro de la PCM, es relevante, en principio, el cumplimiento del procedimiento por concurso público para escoger a su primer presidente ejecutivo. Lamentablemente, como hemos reseñado, este no culminó su mandato de 4 años, sino que fue removido y, a partir de ahí, se han sucedido encargaturas para dicho cargo. Resalta también el hecho de que se implementen los primeros instrumentos de organización institucional con un OSINFOR responsable de todos los títulos habilitantes forestales y de fauna silvestre, así como se hayan iniciado la producción de guías y lineamientos para fiscalización forestal.
- En la segunda etapa de gestión del OSINFOR bajo la PCM, resalta, en primer lugar, el compromiso de enfrentar la carga administrativa pendiente dejada por administraciones anteriores. También destaca la especialización del OSINFOR en atender situaciones complejas como la minería ilegal en Madre de Dios y su relación con los títulos habilitantes forestales, así como la atención de la dimensión de incumplimiento no solo en concesiones forestales maderables, sino en otros títulos habilitantes con

5 Artículo 4º.- Funciones

“Son funciones del SERFOR, las siguientes:

(...) f) Fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones de los derechos otorgados bajo su competencia; sobre el patrimonio forestal y de fauna silvestre, diferentes a los títulos habilitantes contemplados en la Ley Nº 29763, Ley Forestal y de Fauna silvestre, en adelante la LFFS; y sancionar las infracciones derivadas de su incumplimiento, respetando las competencias del Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre - OSINFOR, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, los gobiernos regionales, gobiernos locales y otras entidades públicas (...).”

irregularidades palpables, que ahora han sido supervisados y fiscalizados. Finalmente, el OSINFOR consolidó, en esta etapa, un rol de capacitación y extensión respecto del conocimiento obtenido por la supervisión y fiscalización de títulos habilitantes, lo cual puede y debe coadyuvar al trabajo de las entidades regionales y la nacional para el logro de la gestión del conocimiento respecto del aprovechamiento sostenible y conservación de los bosques.

- A la fecha, no se ha logrado formar el Tribunal Forestal y de Fauna Silvestre, segunda instancia administrativa del OSINFOR. La operatividad del tribunal otorgaría al sector forestal y de fauna silvestre de una instancia colegiada que podría establecer criterios interpretativos, así como de integración del marco jurídico actual a través de la aprobación de precedentes de observancia obligatoria. Ello ayudaría significativamente a la predictibilidad y a la seguridad jurídica en la gestión, aprovechamiento y conservación de nuestros bosques, recursos y servicios.
- El OSINFOR es el ente de fiscalización ambiental en materia de aprovechamiento y conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre realizado a través de los derechos otorgados en el marco de la legislación forestal y de fauna silvestre. Sin embargo, esta función no alcanza a los casos de cambio de uso y desbosque, al tratarse de actividades que, en principio, no tienen por objetivo la conservación ni aprovechamiento sostenible de los recursos forestales y de fauna silvestre. Asimismo, tampoco alcanza la fiscalización de las actividades de transporte, transformación y comercialización de productos forestales y de fauna silvestre, la cual recae sobre a autoridad regional forestal y de fauna silvestre.
- La fiscalización del cambio de uso en selva es una función de competencia de las autoridades regionales que han asumido las competencias de acuerdo a lo aclarado mediante la Resolución Ministerial N° 443-2010-AG; consecuentemente, en las regiones en que aún no concluye el proceso, será responsabilidad del SERFOR.
- El otorgamiento de la autorización de desbosque y su fiscalización es una función que, a la fecha, es de competencia exclusiva del SERFOR. Sin embargo, de acuerdo a lo propuesto por la Ley N° 29763, una vez que entre en vigencia totalmente, esta será una competencia que ejercerán las autoridades regionales forestales y de fauna silvestre o el SERFOR, dependiendo del nivel de aprobación de los instrumentos de gestión ambiental que sustenten el desbosque.

Bibliografía

CAPELLA, José

2008 “Enfrentando los desafíos del derecho para alcanzar el desarrollo a partir de los bosques”. Themis. Lima, XLIII, N° 56, pp. 101-108.

CHIRINOS, Carlos e HIDALGO, Jessica

2005 Manual de normas legales sobre tala ilegal. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2000a Ley N° 27308. Ley Forestal y de Fauna Silvestre. 16 de julio de 2000.

2000b Ley N° 27867. Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. 18 de noviembre de 2002.

2007 Ley N° 29157, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos. 20 de diciembre de 2007.

2011 Ley N° 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre. 22 de julio de 2011.

COSSI-SOLANO, Rosa, *et al.*

2011 El aprovechamiento de madera en las concesiones castañeras (*Bertholletia excelsa*) en Madre de Dios, Perú: un análisis de su situación normativa. Documento de trabajo 60.

DOUROJEANNI, Marc, *et al.*

2009 Amazonía peruana en 2021. Explotación de recursos naturales e infraestructura: ¿Qué está pasando? ¿Qué es lo que significa para el futuro? Lima: Pronaturaleza.

ENVIRONMENTAL INVESTIGATION AGENCY

2010 El sector forestal peruano: ¿Listos para el nuevo escenario internacional? Consulta: 16 de marzo de 2015.
< http://eia-global.org/images/uploads/El_Sector_Forestal_Peruano.pdf>

MINISTERIO DE AGRICULTURA

2003 Decreto Supremo N° 02-2003-AG, Aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Recursos Naturales – INRENA. 15 de enero de 2003.

2004 Decreto Supremo N° 036-2004-AG, Decreta la fusión por absorción del OSINFOR al Instituto Nacional de Recursos Naturales – INRENA. 03 de octubre de 2004.

2005 Decreto Supremo N° 04-2005-AG, Modifica el Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Recursos Naturales – INRENA. 14 de enero de 2005.

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO

2013 Decreto Supremo N° 07-2013-MINAGRI, aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre – SERFOR. 18 de julio de 2013.

ORGANISMO DE SUPERVISIÓN DE RECURSOS FORESTALES Y DE FAUNA SILVESTRE [OSINFOR]

2013a Plan Estratégico Institucional 2012-2016 del OSINFOR. Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre. Coordinación por la Oficina de Planeamiento y Presupuesto. Aprobación mediante Resolución Presidencial 072-2012-OSINFOR. Primera Edición, Marzo 2013. Consulta: 16 de enero de 2015.
<<http://www.osinfor.gob.pe/portal/destacados.php?id=6>>

- 2013b Resolución Presidencial N° 007-2013-OSINFOR que aprueba el Procedimiento Administrativo Único del OSINFOR. 05 de febrero de 2013.
- 2013c Proceso participativo para el diseño normativo de OSINFOR 1. Lima: OSINFOR. Consulta 06 de febrero de 2015. <http://www.osinfor.gob.pe/portal/data/destacado/adjunto/osinfor_proceso_participativo.pdf>.
- 2014a Contribución del OSINFOR en la implementación del Decreto Legislativo 1100 en el departamento de Madre de Dios. Lima: OSINFOR.
- 2014b Informe de gestión al 2014. Lima: OSINFOR. Consulta: 4 de marzo de 2015. <http://www.osinfor.gob.pe/portal/data/destacado/adjunto/Info_gest_2014_07_all.pdf>
- 2014c "Estadística". Portal del OSINFOR. Consulta: 4 de marzo de 2015. <<http://www.osinfor.gob.pe/portal/documentos.php?idcat=22&idaso=22>>

PODER EJECUTIVO

- 2008 Decreto Legislativo N° 1085, Ley de Creación del Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre. 28 de junio de 2008.

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS

- 2009 Decreto Supremo N° 065-2009-PCM, que aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del OSINFOR. 08 de octubre de 2009.
- 2009 Resolución Suprema N° 04 de junio de 2009, designa al Presidente Ejecutivo del OSINFOR. Junio 2009.
- 2010 Decreto Supremo N° 024-2010-PCM, que aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1085. 13 de febrero de 2010.
- 2011 Resolución Suprema N° 320-2011-PCM, encarga funciones del Presidente Ejecutivo del OSINFOR. 03 de noviembre de 2011.
- 2012 Resolución Suprema N° 79-2012-PCM, encarga funciones del Presidente Ejecutivo del OSINFOR. 21 de marzo de 2012.
- 2013 Resolución Suprema N° 036-2013-PCM, designa a la Srta. Jenny Fano Sáenz como miembro del Tribunal Forestal y de Fauna Silvestre. 06 de febrero de 2013.

SABOGAL, César, et al.

- 2008 Análisis del marco legal para el manejo forestal por pequeños productores y comunidades en la Amazonía peruana. Lima: CIFOR, Proyecto ForLive, pp. 105-126.

UNIÓN INTERNACIONAL PARA LA CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA Y LOS RECURSOS NATURALES

- 2012 Una mirada integral a los bosques del Perú. Quito: Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales. Fecha de consulta: 4 de marzo de 2015. <http://cmsdata.iucn.org/downloads/una_mirada_integral_a_los_bosques_del_peru.pdf>



► Defensor de la naturaleza: El SERNANP y su función de fiscalización ambiental

► Pablo Peña Alegría

Magíster en Gestión Ambiental por la Universidad de Yale y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con segunda especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales y en Resolución de Conflictos Socio-Ambientales por la PUCP. Ha sido becario de las fundación Gordon & Betty Moore y fellow del Tropical Resources Institute de la Universidad de Yale. Con amplia experiencia en derecho ambiental, y diseñando y gestionando proyectos de política de conservación. Actualmente, es asesor legal del Programa Forestal y del Programa de Conservación de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA).

Agradecimientos

El autor agradece el aporte a Carlos Quijano a la investigación legal, y a Sharon Zabarburu por los comentarios y aportes a partes de los textos preliminares. Agradece también a Isabel Calle, Carol Mora y al equipo del SERNANP, en particular a Melina Tamara y Analíz Santos, con quienes se discutieron ideas sobre varios de los temas desarrollados en este artículo. Además, agradece la información de base de datos facilitada por Fabiola Castillo que fue clave para desarrollar y analizar los gráficos presentados. Finalmente, el autor también agradece los aportes de Vanessa Valverde a la parte sobre el rol del SERNANP en las investigaciones penales ambientales.

Sumario

La tarea primordial de una autoridad de áreas naturales protegidas (ANP) es asegurar que la biodiversidad se conserve, usando la fiscalización ambiental como una de sus herramientas principales. El Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP) ha venido mejorando su marco legal e institucional para usar esta herramienta a través de la supervisión y monitoreo, así como la potestad sancionadora. En esto, ha ayudado mucho que existan criterios y reglas más uniformes dadas en el marco del Régimen Común de Fiscalización Ambiental liderado por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Sin embargo, el SERNANP aún tiene más camino por recorrer para asegurar una fiscalización ambiental efectiva y comprehensiva de todos sus ámbitos. El análisis de la base de datos de sanciones del SERNANP muestra una realidad de su potestad sancionadora aún incompleta, pero que ayuda a dar luces sobre las infracciones más recurrentes, así como la forma en que las jefaturas de ANP están aplicando las sanciones y calculando las multas. Esto debería ayudar al SERNANP a estudiar ajustes de su procedimiento administrativo sancionador, incluyendo una metodología de cálculo de multas que asegure mejor predictibilidad. Por otro lado, aún hay preguntas pendientes sobre la extensión de las facultades de fiscalización ambiental del SERNANP. En esto, SERNANP y OEFA, como ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), tienen que hilar fino para permitir al SERNANP cumplir con su obligación legal de supervisar y monitorear las actividades en ANP y sus zonas de amortiguamiento, pero focalizándolas en aquellas actividades que no tienen otras Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA) responsables, y sin poner en peligro las actividades de conservación dentro de ANP, su razón de ser.

1. Fiscalización ambiental en Áreas Naturales Protegidas. **2.** El SERNANP como Entidad de Fiscalización Ambiental. 2.1 El Procedimiento Administrativo Sancionador de SERNANP. 2.2 Ámbito de fiscalización ambiental de SERNANP. 2.2.1 SERNANP como EFA dentro de los límites de un ANP de administración nacional. 2.2.2 SERNANP como EFA en las zonas de amortiguamientos de ANP. 2.3 El rol del SERNANP en las investigaciones penales ambientales. 2.4 Obligaciones adicionales del SERNANP en el marco del Régimen Común de Fiscalización Ambiental. 2.4.1 Atender las denuncias ambientales remitidas por el OEFA. 2.4.2 Otras obligaciones de SERNANP como EFA. 2.5 El rol supervisor de OEFA sobre la fiscalización ambiental de SERNANP. **3.** Conclusiones.

1. Fiscalización ambiental en áreas naturales protegidas

La tarea principal de cualquier sistema de áreas naturales protegidas (ANP) es, justamente, proteger sus ecosistemas y especies. Para esto, la legislación otorga a las autoridades encargadas varias herramientas, entre ellas, la fiscalización ambiental. Esta se plasma, por ejemplo, en presupuesto y facultades para vigilar que nadie ponga en peligro su patrimonio natural, y sancionar a quienes lo hagan. El objetivo es doble: por un lado, detener amenazas al área antes que ocurra algún daño y, por otro, disuadir a quienes tengan la intención de dañar el área para que desistan o para que no reincida aquel que la dañó. Un sistema de áreas naturales protegidas incapaz de hacer una buena fiscalización ambiental está destinado a mantener solo áreas naturales protegidas de papel, con poca protección real en la práctica.¹

Históricamente, las autoridades peruanas de ANP han tenido algún tipo de facultades y presupuesto para hacer fiscalización ambiental, con diferentes grados de capacidades y éxito. Sin embargo, la fiscalización ambiental en ANP también ha tenido varios problemas, como la heterogeneidad y excesiva discrecionalidad para aplicar sanciones, falta de tipificación o tipificación incorrecta, competencias superpuestas con aquellas de otras entidades, normas reglamentarias incompletas, entre otros. Estos problemas no han sido exclusivos de las autoridades de ANP, las han compartido muchas otras entidades con competencias de fiscalización ambiental. El Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), bastante consolidado en los últimos años por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), ha sido clave para ordenar la fiscalización ambiental en el país y solucionar varios de sus problemas, incluyendo aquellos enfrentados por las autoridades de áreas naturales protegidas.

2. El SERNANP como entidad de fiscalización ambiental

El Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SERNANP) es el ente rector del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE) y, como tal, se le han encargado varias competencias para fiscalización ambiental. Estas competencias de fiscalización ambiental convierten a SERNANP una entidad de fiscalización ambiental (EFA) bajo la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental - Ley N° 29325 (en adelante la Ley del SINEFA).² El Artículo 7° de esa ley define a las EFA como

1 Para proteger efectivamente a las ANP hace falta no solo un fuerte sistema de fiscalización ambiental, sino varias otras acciones como educación ambiental, fortalecimiento de capacidades, participación en la gestión, un marco legal sólido, asignación de recursos naturales y de tierras claro, etc. Sin embargo, como señala Walker (2009), “[l]a importancia de la fiscalización y el monitoreo para el manejo exitoso de áreas protegidas ha sido subrayado a través de la literatura de la conservación (...). Muchos estudios empíricos han encontrado que el monitoreo y la fiscalización están más correlacionados con las condiciones del recurso que cualquier otra variable (...).”

2 El marco legal uniforme de fiscalización ambiental que desarrolla la Ley del SINEFA se aplica a aquellas entidades que “ejercen funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y potestad sancionadora en materia ambiental” (Artículo 2°), como es el caso del SERNANP.

aquellas entidades públicas en todo nivel de gobierno que tienen “facultades expresas para desarrollar funciones de fiscalización ambiental”. Es más, basta con que SERNANP o cualquier entidad pública pueda ejercer alguna de las acciones de fiscalización ambiental para que sean consideradas EFA (Artículo 2º, inciso 1). Que SERNANP sea EFA quiere decir que forma parte del SINEFA, y tiene que cumplir con las regulaciones e instrumentos de la Ley del SINEFA y aquellas que dicte OEFA como ente rector del sistema.

Las facultades de fiscalización ambiental de SERNANP se dan “en sentido estricto” y “en sentido amplio”. El Régimen Común de Fiscalización Ambiental³ diferenció estos dos sentidos de la fiscalización ambiental para ordenar el SINEFA y aclarar qué instituciones formaban parte de él. Así, precisó que la fiscalización ambiental “en sentido estricto” se refiere a la potestad sancionadora, y “en sentido amplio”, a aquella que permite a una autoridad vigilar, controlar, monitorear, seguir, verificar, evaluar, supervisar o fiscalizar en sentido estricto,“(…) y otras similares [para] (…) asegurar el cumplimiento de obligaciones ambientales (…)”(Artículo 2º, inciso 2).

SERNANP tiene varias funciones específicas de fiscalización ambiental, que están dadas por distintas normas del marco legal de áreas naturales protegidas. El ejemplo más claro de función de fiscalización ambiental en sentido estricto de SERNANP es el Artículo 8º, literal j, de la Ley N° 26834 - Ley de Áreas Naturales Protegidas (LANP), que establece que SERNANP (antes Instituto Nacional de Recursos Naturales - INRENA) “ejerce la potestad sancionadora en el ámbito de las áreas naturales protegidas (...)”. En sentido amplio, un ejemplo de función de fiscalización ambiental de SERNANP es el Artículo 3º, literal i, del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del SERNANP⁴: “[S]upervisar y monitorear las actividades que se realicen en las Áreas Naturales protegidas de administración nacional y sus zonas de amortiguamiento (...)”.

2.1 El procedimiento administrativo sancionador de SERNANP

SERNANP es competente para ejercer la potestad sancionadora en ANP de administración nacional y en áreas de conservación privadas (ACP).⁵ Hasta hace pocos años, SERNANP, y antes INRENA, ejercía esta potestad sancionadora en ANP usando, supletoriamente, la legislación forestal y de fauna silvestre, cuestión que era controversial. Recién en diciembre del 2010, SERNANP publicó su Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS) para el ámbito de las ANP de administración nacional.⁶ Complementariamente al PAS, en junio del 2011, SERNANP emitió una directiva que establece los lineamientos que deben ser aplicados cuando los ilícitos se cometen en ACP.

El PAS de SERNANP es muy parecido a procedimientos administrativos sancionadores de otras entidades, con ciertas particularidades. La responsabilidad de conducir el PAS está desconcentrada en cada una de las jefaturas de ANP a través de los jefes y su personal acreditado para control y vigilancia (por ejemplo, guardaparques). Este tiene dos etapas: la instrucción y la decisión. La instrucción comienza usualmente cuando los guardaparques intervienen a personas que se encuentren cometiendo un ilícito, y se levanta un acta. Para asegurar que el resultado del procedimiento sea eficaz, el jefe sus guardaparques u otro

3 Aprobado por la Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM. Este Régimen Común de Fiscalización Ambiental desarrolló el concepto base de fiscalización ambiental que dio la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, que la define como acciones que incluyen la vigilancia, control, seguimiento, verificación, entre otras, para lograr que las normas ambientales se cumplan (Art. 130º).

4 El Estado aprobó el ROF del SERNANP mediante el Decreto Supremo N° 006-2008-MINAM.

5 Artículo 3, literal h), del ROF de SERNANP. La potestad sancionadora de SERNANP no alcanza a las zonas de amortiguamiento de las ANP de administración nacional, ya que no son parte del ANP.

6 Aprobado por Decreto Supremo N° 019-2010-MINAM.

funcionario acreditado pueden disponer medidas cautelares al momento de la intervención, como el comiso de bienes utilizados en las actividades ilícitas, y la suspensión de estas. Además, en muchos casos, durante la intervención, los guardaparques hacen uso de la figura de la recuperación administrativa,⁷ por la cual se presume ilegal toda posesión de especímenes, productos o subproductos de flora o fauna silvestre dentro de un ANP sin un título correspondiente o excediendo el mismo y, por lo tanto, pueden recuperarla inmediatamente. Una vez notificado del acta de intervención, el investigado puede presentar sus descargos. El personal encargado de conducir el procedimiento emitirá un informe final en el que se determina si los hechos son una infracción o no. Finalmente, el jefe del ANP emite su resolución dentro de diez días hábiles después de este informe.

La potestad sancionadora de SERNANP incluye la función de definir la tipificación de infracciones y sanciones, y adecuarlas a las reglas del Régimen Común de Fiscalización Ambiental. El régimen común establece que las EFA como SERNANP deben adecuar esta tipificación a "(...) la normativa que dicte OEFA (...) y que, "en ausencia de tales normas, las EFA aplicarán, supletoriamente, la tipificación de infracciones y sanciones generales y transversales, la metodología de cálculo de multas ambientales y otras normas complementarias que (...) apruebe el OEFA" (Artículo 5º). El SERNANP ya cuenta con la tipificación de infracciones y sanciones ambientales a través de su PAS y de los lineamientos para aplicarla en ACP; estos no tienen una metodología para calcular las multas, sino únicamente una escala (ver Artículo 16º del PAS). Así, en estricto, SERNANP tendría que aplicar supletoriamente la metodología de cálculo de multas que viene utilizando el OEFA⁸ hasta que apruebe la suya, tomando en cuenta en lo que sea necesario las Reglas Generales sobre el Ejercicio de la Potestad Sancionadora del OEFA.⁹ Esto, sin embargo, sería bien difícil de implementar, ya que tienen criterios y bases diferentes. Fuera de un requisito legal, SERNANP se beneficiaría de tener aprobada su propia fórmula para calcular multas para poder incorporar el contexto y realidad particular de las ANP, así como incorporar variables como los costos y beneficios de detectar la infracción, y la probabilidad de detección, resultando montos ad-hoc para cada caso que aseguren verdadero desincentivo a continuar infringiendo la norma.¹⁰

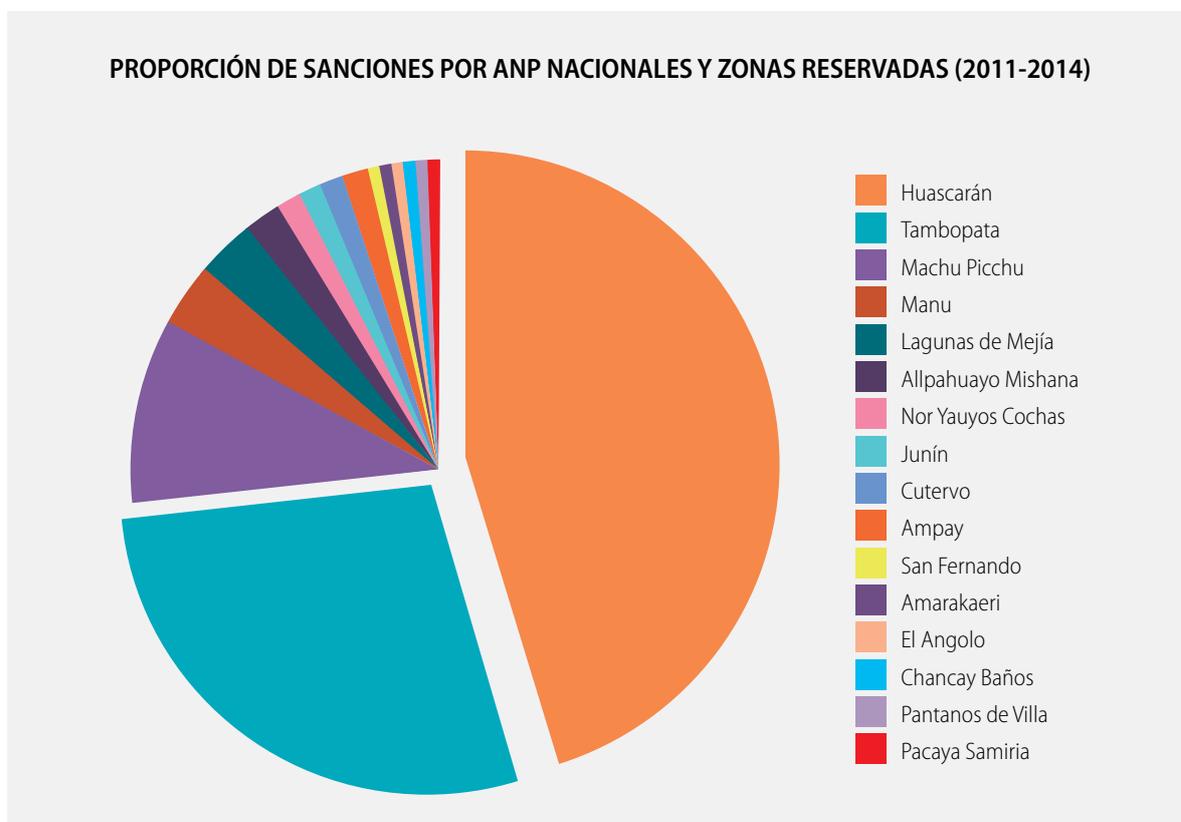
En la práctica, el ejercicio de la potestad sancionadora de SERNANP, a través de su PAS, ha venido siendo aplicado de forma altamente variable. El siguiente cuadro, por ejemplo, muestra una alta variabilidad en la cantidad de sanciones de cada ANP de administración nacional y zona reservada, en el periodo comprendido entre el 2011 y 2014:

7 Esta figura está regulada por el Decreto legislativo N° 1079, su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2008-MINAM y una directiva para aplicar estas normas, aprobada por Resolución Presidencial N° 177-2009-SERNANP.

8 La Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD aprueba la metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones.

9 Aprobadas por Resolución de Consejo Directivo N° 038-2013-OEFA-CD.

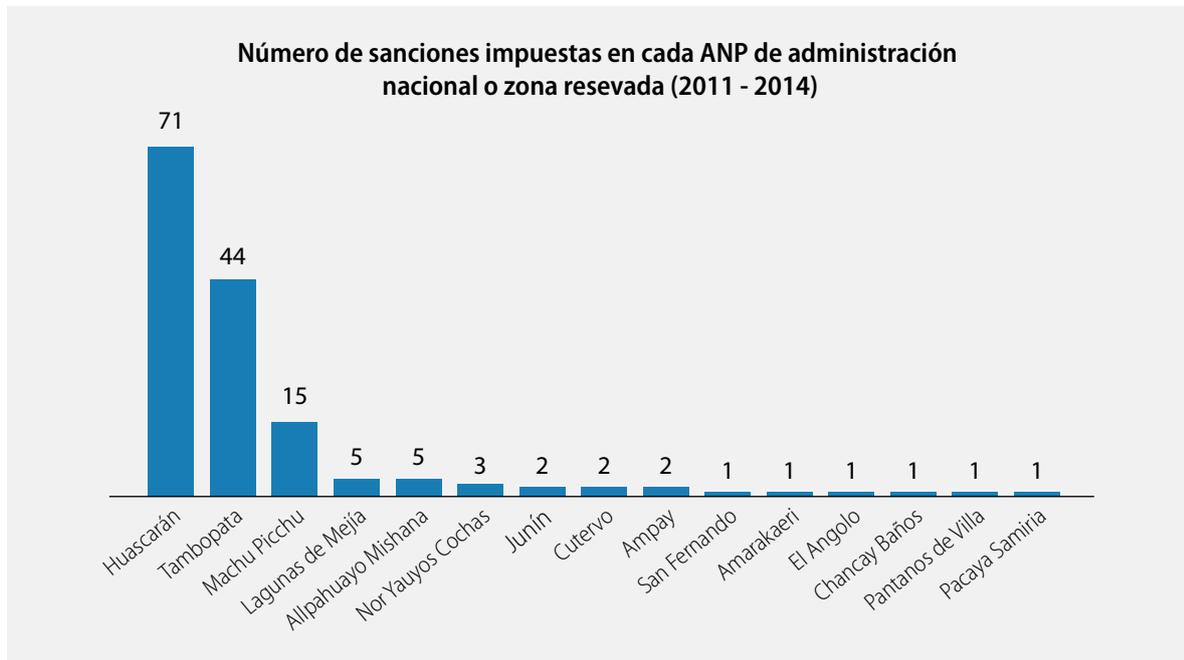
10 Sin embargo, esto no es suficiente para asegurar la protección efectiva de las ANP. Por ejemplo, un estudio aplicando un modelo de monitoreo en base a teoría de los juegos encontró mayor ilegalidad y control solo esporádico por las autoridades cuando los costos de monitorear o vigilar a infractores superan al producto de la probabilidad de detección multiplicado por los beneficios de la detección (Walker 2009).



Fuente: Base de datos de SERNANP, 2014. Elaboración propia.

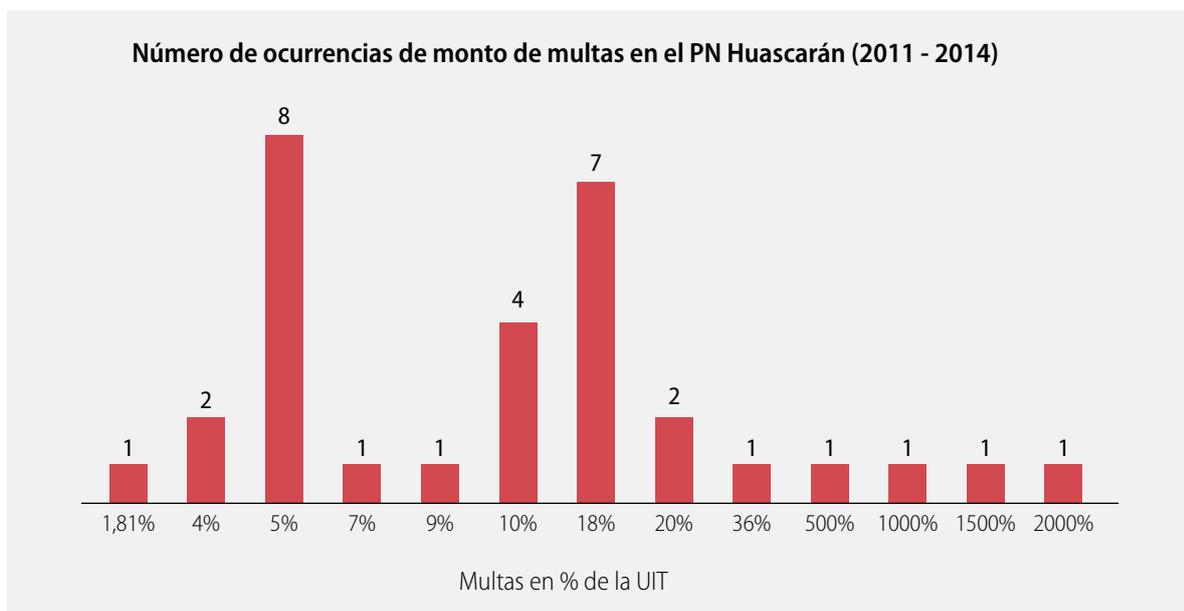
Según la base de datos proporcionada por el SERNANP, solo 16 ANP de administración nacional y zonas reservadas reportan haber emitido sanciones administrativas, de un total de 76. Es decir, el 79% de las ANP y zonas reservadas reportan no haber sancionado a nadie desde fines del 2010, año en que entró en vigencia el PAS. Es altamente probable que muchas personas, naturales y jurídicas, hayan cometido infracciones en esas áreas a pesar de lo que muestran las estadísticas, por lo que podemos especular sobre las razones de estos números reportados: la falta de envío oportuno de información de las jefaturas de ANP a la sede central de SERNANP, poco celo en implementar el PAS, preferencia de otras formas de resolución de conflictos diferentes a la sanción administrativa, poco o nulo personal para acciones de vigilancia y control en algunas ANP o zonas reservadas, o incluso por no intervenir para evitar riesgo a la vida de los guardaparques, entre otras.

De aquellas ANP de administración nacional o zonas reservadas en donde sí hubo sanciones administrativas, las dos con mayor cantidad de registros son el Parque Nacional Huascarán y la Reserva Nacional Tambopata, como se muestra en el siguiente gráfico:



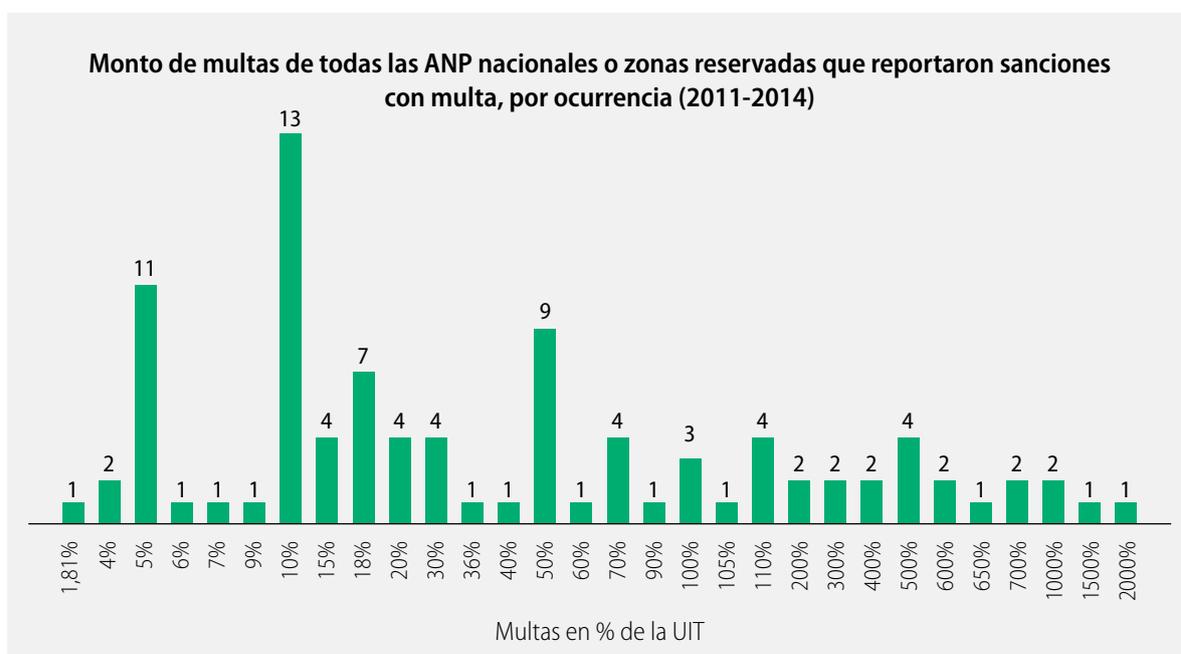
Fuente: Base de datos de SERNANP, 2014. Elaboración propia.

Las sanciones en el Parque Nacional Huascarán son particularmente interesantes, no solo por ser el que más cantidad reporta, sino porque la mayoría han sido amonestaciones y no multas. De las 71 sanciones impuestas allí, 40 son amonestaciones y 31, multas. Además, con excepción de cuatro valores atípicos (500%, 1,000%, 1,500% y 2,000% de la UIT), las multas en el Parque Nacional Huascarán han sido relativamente menores, fluctuando entre 1.81% de la UIT y 36% de la UIT, como se ve en el siguiente gráfico:



Fuente: Base de datos de SERNANP, 2014. Elaboración propia.

La tendencia del Parque Nacional Huascarán es parecida a la del resto de ANP de administración nacional y zonas reservadas que reportaron sanciones con multa. De todas las sanciones con multa reportadas, solo alrededor de un tercio fue mayor a 1 UIT, como se muestra en el gráfico siguiente:



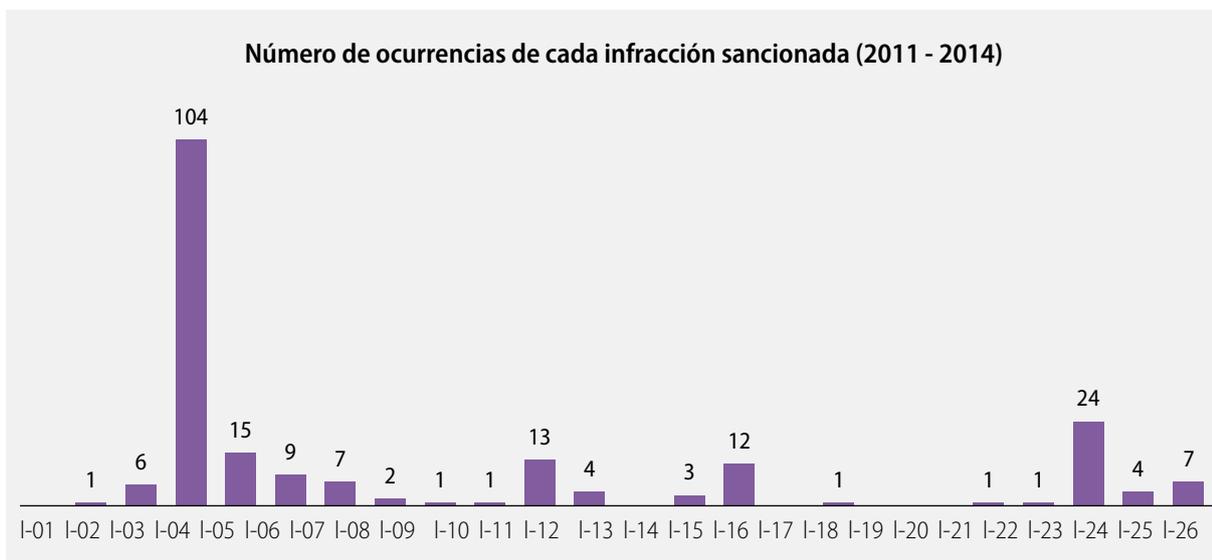
Fuente: Base de datos de SERNANP, 2014. Elaboración propia.

Un cálculo rápido de todas las sanciones con multas reportadas para el SINANPE en el periodo analizado (las 16 ANP de administración nacionales y zonas reservadas) da como resultado casi S/. 400,000 en multas impuestas por SERNANP desde que se aprobó el PAS a fines del 2010. Sin embargo, es incierto cuántas de estas multas fueron efectivamente cobradas por SERNANP, en particular, teniendo en cuenta que muchas son difíciles de cobrar en el ámbito rural y el hecho de que SERNANP no cuenta con potestad de cobranza coactiva.

Finalmente, un tema interesante a notar en estos primeros años de implementación del PAS de SERNANP es que las infracciones más recurrentes son relativamente pocas. Sobresale la infracción I-04: Ingresar a un área natural protegida sin autorización, con 104 ocurrencias sancionadas (amonestación o multa). Otras cuatro infracciones sobrepasan las 10 ocurrencias sancionadas:

- I-05: Conducir turistas al interior de un área, sin autorización, sin realizar el pago correspondiente, por rutas no establecidas, o en un número mayor a la capacidad de carga establecida
- I-11: Extraer, cazar, pescar, colectar, transportar, comercializar especímenes y/o productos y subproductos de flora y/o fauna silvestre del ANP, sin autorización y en zonas prohibidas
- I-16: Modificar el uso del suelo sin autorización correspondiente.
- I-24: Destrucción o alteración de los ecosistemas del ANP.

Incluso, hay varias infracciones que tienen cero ocurrencias sancionadas,¹¹ como se puede apreciar en este gráfico:¹²



Fuente: Base de datos de SERNANP, 2014. Elaboración propia.

2.2 Ámbito de fiscalización ambiental de SERNANP

Actualmente, existe una discusión sobre qué temas y para qué ámbito geográfico se debería asumir al SERNANP como EFA competente. Esta discusión se puede dividir en 2 espacios: al interior de las ANP de administración nacional y en las zonas de amortiguamiento de las mismas áreas.

2.2.1 SERNANP como EFA dentro de los límites de un ANP de administración nacional

El SERNANP reconoce que es EFA en este ámbito, pero plantea una diferencia en tanto EFA en sentido estricto y en sentido amplio. En el caso de sus competencias de fiscalización ambiental en sentido estricto, está claro que el SERNANP es EFA competente en este ámbito porque tiene potestad sancionadora otorgada respetando el principio de legalidad, que, además, ha sido desarrollada en su PAS. Sin embargo, en el caso de la fiscalización ambiental en sentido amplio, SERNANP argumenta que solo es EFA para los derechos que él

11 Las infracciones con cero ocurrencias son la I-01 (no facilitar información), I-13 (introducción de especies exóticas y transgénicos), I-15 (incumplir obligaciones en ámbitos acuáticos), I-17 (tomar imágenes o sonidos con fines comerciales sin autorización), I-19 (incumplir cargas inscritas en Registros Públicos), I-20 (aprovechar recursos genéticos sin autorización) e I-21 (hacer pesca deportiva sin estar inscrito). Esto tendría tres explicaciones posibles: 1) no se han reportado las sanciones, 2) no se han detectado las infracciones y tampoco sancionado, o 3) simplemente nadie las ha infringido aún.

12 Ver: SERVICIO NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO. Reglamento del procedimiento administrativo sancionador por afectación a las áreas naturales protegidas de administración nacional. Lima: Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado. Consulta: 03 de marzo del 2015. <http://www.sernanp.gob.pe/sernanp/archivos/baselegal/Normas_Legales_Vinculadas_ANP/Decretos_Supremos/2010/REGLAMENTO%20SANCIONADOR.pdf>.

mismo otorga (por ejemplo, concesiones de servicios turísticos, contratos de aprovechamiento de recursos naturales renovables, autorizaciones para aprovechamiento de actividades menores, autorizaciones de investigación, autorizaciones de caza deportiva, autorización para realizar evaluación de recursos naturales y medio ambiente, entre otras).¹³

En la práctica, esta interpretación significaría que el SERNANP podría sancionar a personas que hagan actividades petroleras, de construcción de carreteras, o de gran minería, por ejemplo, si es que cometen una infracción tipificada en su PAS, pero no sería competente para hacerles supervisión, seguimiento o vigilancia. Sin embargo, el Artículo 3º, literal i, del ROF del SERNANP dice expresamente que este es competente para “supervisar y monitorear las actividades que se realicen en las [ANP] de administración nacional (...)”.¹⁴ Esta norma no hace distinción entre las actividades dentro de ANP sobre las cuales el SERNANP es competente para “supervisar y monitorear” y aquellas que no, por lo que, en principio, se debería entender que tiene asignada esta competencia para todas las actividades dentro de ANP.

A pesar de la literalidad de esa norma, parece tener sentido que el SERNANP no ejerza fiscalización ambiental en sentido amplio –o al menos no de una forma intensa– a actividades como estas dentro de ANP nacionales por dos razones: 1) no tiene el expertise técnico ni legal—ni los instrumentos documentales y científicos— para supervisar y monitorear fuertemente este tipo de actividades, y 2) ya existe una EFA competente para esos casos, dentro y fuera de ANP (el Ministerio de Transportes y Comunicaciones o el OEFA en nuestros ejemplos previos). No existe una definición legal unívoca sobre qué se entiende por supervisión y monitoreo, entre otras acciones propias de la fiscalización ambiental en sentido amplio,¹⁵ lo que brinda cierta flexibilidad para que el SERNANP pueda acotar la intensidad y formas en que ejerce estas competencias. Por ejemplo, debería ser claro que esperar que el SERNANP conduzca el mismo monitoreo de calidad de cuerpos receptores de efluentes similares a las que ya conduce el OEFA no tendría sentido por redundante y ya que viola el principio de coherencia en la gestión ambiental.¹⁶ Así, el SERNANP sí es legalmente competente para hacer supervisión y monitoreo de todas las actividades al interior del ANP, pero nada obsta para que intensifique aquellas relacionadas con los derechos que otorga (y sobre las que no existe otras EFA), y flexibilice o simplifique aquellas que no otorga (y sobre las que sí existen otras EFA que ya hacen una labor más intensa).

13 Ver: SERVICIO NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO. Plan anual de evaluación y fiscalización ambiental del Sernanp 2015. Lima: Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado., 2014, p.9. Consulta: 03 de marzo del 2015. <http://www.sernanp.gob.pe/sernanp/archivos/baselegal/Resoluciones_Presidenciales/2014/RP%20N%20314-2014-SERNANP.pdf>

14 Esta norma del ROF de SERNANP refleja la misma disposición de la LANP, Artículo 8º, literal i.

15 Sin embargo, el Artículo 11º de la Ley del SINEFA, que establece las funciones generales del OEFA, da pistas para entender algunas de ellas. En primer lugar, define a la evaluación como “(...) las acciones de vigilancia, monitoreo y otras similares (...) para asegurar el cumplimiento de las normas ambientales”. En segundo lugar, esta norma define a la supervisión “directa” como aquellas “(...) acciones de seguimiento y verificación con el propósito de asegurar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la regulación ambiental (...)”. Adicionalmente, la supervisión “directa”, según esta definición, incluye la posibilidad de dictar medidas preventivas y promover la subsanación de ilícitos. Para Gómez y Granados (2013), las definiciones de monitoreo y supervisión son aún más acotadas. El monitoreo sería “(...) las acciones de evaluación (...) de la calidad ambiental (...)”, mientras que la supervisión es aquella hecha sobre “(...) las obligaciones de los administrados (...)”. Sin embargo, si usáramos estos conceptos para definir lo que SERNANP debe hacer en zonas de amortiguamiento, caeríamos claramente en los dos problemas mencionados para ejercer esta función (falta de expertise e instrumentos, y redundancia y falta de coherencia).

16 Este principio está consagrado en la Ley Nº 28245 - Ley del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, que señala que la gestión ambiental en el país se rige, entre otros, por el principio de “coherencia, orientada a eliminar y evitar superposiciones, omisiones, duplicidades y vacíos en el ejercicio de las competencias ambientales”, (Artículo 4º, literal c).

2.2.2 SERNANP como EFA en las zonas de amortiguamientos de ANP

Actualmente, el SERNANP no considera que es EFA en ningún sentido para las zonas de amortiguamiento. El SERNANP instruye a su personal de control y vigilancia para que se concentren en ejecutar estas actividades dentro de las ANP y no en las zonas de amortiguamiento. Es más, el SERNANP no considera en su presupuesto el control y vigilancia de las zonas de amortiguamiento.

La legislación es clara en señalar que SERNANP sólo tiene potestad sancionadora “en el ámbito de [ANP] (...)” y no en las zonas de amortiguamiento (Artículo 8º, literal j, LANP), pero deja abierta la competencia de fiscalización ambiental en sentido amplio sobre estas zonas, estableciendo que es competente para: “supervisar y monitorear las actividades que se realicen en las [ANP] de administración nacional y sus zonas de amortiguamiento (...)”, (Artículo 8º, literal i, LANP).¹⁷ En este sentido, el OEFA se pronunció recientemente, y concluyó que el SERNANP “(...) es la entidad competente para realizar acciones de supervisión a todas aquellas actividades que se realicen al interior de las ANP que forman parte del SINANPE, así como en sus zonas de amortiguamiento”.¹⁸

Sin embargo, es útil recordar que la importancia de las zonas de amortiguamiento en términos de diversidad biológica no está en sí mismas, sino en relación con el ANP de administración nacional que ayudan a proteger; es decir, las zonas de amortiguamiento son un medio, no un fin.¹⁹ Así, una interpretación sistemática del marco legal de ANP llevaría a la conclusión de que el mandato de fiscalización ambiental del SERNANP de “supervisar y monitorear” actividades en zonas de amortiguamiento ocurrirá en tanto estas actividades puedan dañar el ANP y sus objetos de conservación, pero no en tanto esas actividades puedan dañar a la zona de amortiguamiento en sí misma. La supervisión y monitoreo de esto último debería ser competencia exclusiva de las otras EFA que correspondan a cada tipo de actividad.

Aun acotando de esta forma las competencias de fiscalización ambiental del SERNANP en zonas de amortiguamiento, las consecuencias de que sí sea EFA en sentido amplio en estos espacios podrían ser considerables. Debemos tener en cuenta que, en las zonas de amortiguamiento, el SERNANP no otorga ningún derecho, y todas las actividades que allí ocurren, legales e ilegales, ya tienen otras EFA competentes (por ejemplo, gobiernos regionales o SERFOR, dependiendo del nivel de descentralización, son competentes para todo lo relacionado con lo forestal y de fauna silvestre, etc.). Además, a pesar de que varias zonas de amortiguamiento son relativamente pequeñas, muchas otras son tan o más grandes que la propia ANP (por ejemplo, el Parque Nacional Cordillera Azul o la Reserva Comunal El Sira). Esto hace que el área total que SERNANP tendría que supervisar y monitorear (ANP de administración nacionales más todas sus zonas de amortiguamiento) sea inmensa –más de un cuarto del territorio nacional– y que la necesidad de personal y presupuesto extra sea, proporcionalmente, también muy grande.

2.3 El rol del SERNANP en las investigaciones penales ambientales

Existen dos circunstancias en las que el SERNANP se involucra en investigaciones penales ambientales llevadas a cabo por la Fiscalía: una, denunciando posibles delitos ambientales que lleven a iniciar estas

17 Esta es una de las tres competencias directas que tiene SERNANP sobre ANP, la cual es “(...) poco precisa respecto a sus alcances administrativos.” (Solano 2013: 152).

18 Ver Informe N° 052-2014-OEFA/DFSAI-COFEMA.

19 Como menciona Solano (2013: 151), las zonas de amortiguamiento nacieron en los ochenta “en los procesos de planificación de las [ANP] (...) para que las actividades que se realicen ahí no impacten negativamente sobre el área protegida (...)”.

investigaciones, y dos, a través del informe fundamentado.²⁰ La primera de ellas se fundamenta en el deber de cuidado que tiene el SERNANP sobre el patrimonio natural que está bajo su protección, y las consecuencias que este tiene sobre las personas. En este sentido, el SERNANP se encuentra obligado a denunciar ante la Fiscalía la *notitia criminis*; de lo contrario, el personal a cargo podría estar sujeto al delito de omisión de denuncia, regulado por el Artículo 407º del Código Penal.²¹

La segunda forma como SERNANP se involucra en investigaciones penales ambientales es a través del informe fundamentado. La Ley General del Ambiente estableció que el informe fundamentado de las autoridades ambientales competentes es un prerequisite para que la Fiscalía pueda formalizar una denuncia penal ambiental (Artículo 149º, inciso 1). La oportunidad para emitir el informe fundamentado es antes del pronunciamiento del fiscal (la etapa intermedia del proceso penal). Cabe indicar que, de acuerdo al reglamento²² del Artículo 149º, inciso 1, aprobado en el 2013 por el Ministerio del Ambiente, la autoridad administrativa ambiental responsable del informe fundamentado es la EFA competente del objeto materia de investigación penal. En el 2009, el SERNANP aprobó una directiva²³ para estos informes fundamentados, que establece el procedimiento para emitirlos y su contenido mínimo. Sin embargo, esta directiva no hace distinción de los delitos que requieren de informe fundamentado, a diferencia del Reglamento del Ministerio del Ambiente del 2013. Así, si bien la directiva del SERNANP no se contradice con el reglamento aprobado por el Ministerio del Ambiente, es necesario que el SERNANP considere el contenido del informe fundamentado de acuerdo al delito cometido bajo lo señalado en este reglamento.

La Fiscalía ha estado solicitando que el SERNANP se pronuncie con informes fundamentados en diversos casos de investigaciones penales ambientales en ANP de administración nacional y sus zonas de amortiguamiento. Sin embargo, muchos de ellos han sido rechazados por el SERNANP con el argumento de que no es EFA competente en varias de estas situaciones, según lo explicado en los puntos 2.3.1 y 2.3.2. Legalmente, sí le correspondería al SERNANP emitir informes fundamentados sobre hechos que ocurran dentro de ANP de administración nacional y sus zonas de amortiguamiento con las atingencias mencionadas en los puntos previos, y teniendo en cuenta que existen otras EFA competentes que tienen a su cargo una supervisión y monitoreo, incluso en potestad sancionadora, mucho más intensa y completa que la del SERNANP.

2.4 Obligaciones adicionales de SERNANP en el marco del Régimen Común de Fiscalización Ambiental

Existen otros instrumentos y reglas que debe seguir el SERNANP en su calidad de EFA según el marco legal del SINEFA y aquel que ha establecido el OEFA como ente rector.

20 Adicionalmente, otra forma como el SERNANP se relacionaría con la Fiscalía es cuando ambas instituciones abren procesos o procedimientos para sancionar (un procedimiento administrativo sancionador por SERNANP y una investigación penal por la Fiscalía), por los mismos hechos y con los mismos sujetos. En estas situaciones se debatirá si también existe identidad de bien jurídico protegido, en cuyo caso se daría un supuesto de *non bis in idem* y el procedimiento administrativo sancionador de SERNANP se tendría que suspender en espera que la investigación penal y eventual proceso penal culminen. La discusión sobre este tema y sus consecuencias en las políticas ambientales y criminales escapan a este trabajo pero deberían ser materia de mayor análisis.

21 Aparejado a esto, otra función de ámbito penal –en este caso voluntaria– que podría ejercer el personal de SERNANP encargado de vigilancia y control es el arresto ciudadano regulado por el artículo 260 del nuevo Código Procesal Penal. Con este instrumento, los guardaparques podrían retener a una persona encontrada en flagrancia de alguno de los tipos penales ambientales del Código Penal (realizando el delito o cuando este acaba de cometerse, aplicando los supuestos del Artículo 259º del mismo código), entregándola inmediatamente a la policía más cercana.

22 Decreto Supremo Nº 009-2013-MINAM.

23 Aprobado por Resolución Presidencial Nº 043-2009-SERNANP.

2.4.1 Atender las denuncias ambientales remitidas por el OEFA

De acuerdo con el Reglamento de Supervisión a Entidades de Fiscalización Ambiental²⁴ (en adelante Reglamento de EFA), SERNANP debe tener implementados mecanismos para recibir, identificar y analizar las denuncias ambientales que OEFA le remita (Artículo 9º, inciso 3). El SERNANP tiene la obligación de comunicar al Servicio de Información Nacional de Denuncias Ambientales (SINADA)²⁵ cómo ha atendido esa denuncia, para que luego comunicárselo al denunciante (Artículo 26º de las Reglas para la atención de denuncias ambientales presentadas ante el OEFA).²⁶ Además, SERNANP también debe informar trimestralmente al OEFA sobre la atención que le brindó a las denuncias ambientales enviadas por este último (Artículo 9º, inciso 1 del Reglamento de Supervisión a las EFA). A la fecha, el SERNANP ha venido trabajando para implementar mecanismos que le permitan no sólo recibir la denuncia y atenderla apropiadamente, sino también hacer seguimiento al caso y devolver apropiadamente y a tiempo la información a OEFA.

2.4.2 Otras obligaciones de SERNANP como EFA

Además de las obligaciones ya mencionadas que debe cumplir SERNANP en el marco de sus funciones de fiscalización ambiental, existen otras complementarias que manda el Régimen Común de Fiscalización Ambiental (Artículo 5):

- Elaborar y presentar su Plan de Evaluación y Fiscalización Ambiental (PLANEFA). SERNANP ha cumplido con esta obligación recientemente, con su PLANEFA 2015.²⁷ Siguiendo con su interpretación acotada sobre sus competencias de fiscalización ambiental, el PLANEFA de SERNANP 2015 señala que SERNANP solo ha programado 8 supervisiones este año, todas a actividades con derechos otorgados por ellos.²⁸
- Elaborar y presentar el Informe Anual de Actividades de Fiscalización Ambiental.
- Contar con el equipamiento técnico necesario y recurrir a laboratorios acreditados para el adecuado desempeño de las acciones de fiscalización ambiental a su cargo, según corresponda.
- Contar con mecanismos que permitan medir la eficacia y eficiencia del ejercicio de la fiscalización ambiental a su cargo, en el marco de los indicadores establecidos por el OEFA, así como de otros que se formulen con tal finalidad.

24 Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 016-2014-OEFA/CD.

25 El SINADA se reguló por la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2014-OEFA/CD, y lo administra el OEFA (ver: <<http://www.oefa.gob.pe/sinada>>).

26 Resolución de Consejo Directivo N° 015-2014-OEFA-CD.

27 Aprobado por Resolución Presidencial N° 314-2014-SERNANP.

28 Ver: SERVICIO NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO. Plan anual de evaluación y fiscalización ambiental del Sernanp 2015. Lima: Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado., 2014, p.9. Consulta: 03 de marzo del 2015. <http://www.sernanp.gob.pe/sernanp/archivos/baselegal/Resoluciones_Presidenciales/2014/RP%20N%20314-2014-SERNANP.pdf>.

2.5 La supervisión de OEFA a la fiscalización ambiental del SERNANP

Una de las finalidades del SINEFA es garantizar que todas las EFA, como SERNANP, cumplan adecuadamente sus funciones de fiscalización ambiental; para esto crea un sistema de supervisión constante (Artículo 3º de la Ley del SINEFA). La Ley del SINEFA otorga al OEFA la función de “realizar seguimiento y verificación del desempeño de las funciones de fiscalización a cargo de [las EFA] (...)” (Artículo 11º, inciso 2, literal b). Esta supervisión del OEFA al SERNANP puede ser bastante amplia, e incluye supervisiones en campo y documentales. De acuerdo con el Reglamento de Supervisión a EFA, el SERNANP está obligado a remitir información solicitada por el OEFA sobre sus acciones de fiscalización ambiental. Asimismo, el SERNANP debe colaborar con el OEFA durante las acciones de supervisión que esta haga, como permitir el acceso del OEFA a sus instalaciones como la sede central o las jefaturas de ANP, suscribir un “Acta de Supervisión” elaborada por el OEFA, así como cumplir con las disposiciones que esta entidad emita.

3. Conclusiones

La fiscalización ambiental es sólo una de las columnas para contar con una gestión adecuada de ANP, pero es una columna central. Además, es una tarea del Estado particularmente compleja, porque necesita de presupuesto adecuado, reglas y procedimientos claros, y personal capacitado. Desde la creación del SERNANP en el 2008, éste ha avanzado mucho en consolidar varios de estos aspectos. Por ejemplo, el monto presupuestado hoy por hectárea de ANP de administración nacional y zonas reservadas sería uno de los más altos en toda la historia: S/. 3.62 (comparado, por ejemplo, con el presupuesto por hectárea de menos de S/. 0.50 en el periodo 1999-2008).²⁹ Esto se refleja, en parte, en mayor personal para el SERNANP que hoy asciende a más de 1,000 personas en todo el país,³⁰ de las cuales la gran mayoría está en campo, y muchos con tareas que incluyen fiscalización ambiental, como las labores de control y vigilancia.³¹ Ellos están implementando reglas y procedimientos bastante más claros y detallados aprobados formalmente, brindando mejor seguridad jurídica para administrados y funcionarios públicos. Todo esto ayuda a asegurar una mejor protección de las ANP, que es el objetivo final de cualquier sistema de áreas naturales protegidas.

Sin embargo, aún quedan cosas por mejorar en la fiscalización ambiental que ejerce el SERNANP. Una de ellas tiene que ver con la incertidumbre creada sobre su rol de EFA en sentido amplio en zonas de amortiguamiento y al interior de las ANP de administración nacional. Urge que el SERNANP desarrolle un sistema simple y ligero de fiscalización ambiental en sentido amplio para todas las actividades que se realicen en ANP de administración nacional y sus zonas de amortiguamiento, en cumplimiento del marco legal, pero que no impliquen redundancia de funciones con otras EFA ni cambios presupuestales significativos y –en el caso de zonas de amortiguamiento– se haga priorizando actividades que pudieran afectar al ANP. SERNANP podría cumplir con esta obligación programando algunas supervisiones en zonas

29 Este cálculo fue hecho tomando como fuente el aplicativo de consulta amigable del MEF y dividiendo el presupuesto inicial anual de INRENA-IANP/SERNANP entre el número de hectáreas conservadas bajo ANP de administración nacional y zonas reservadas que existían en cada año, sin ajustar a la inflación.

30 Fuente: comunicación de Pedro Gamboa, jefe del SERNANP.

31 Varios estudios muestran que la cantidad de actividad ilegal en áreas protegidas depende de la asignación presupuestal y de recursos para fiscalización, incluyendo mayor personal (Jachmann 2008: 90).

de amortiguamiento priorizadas para aquellas actividades que se sabe *ex ante*, por la geografía y el tipo de actividad, que pudieran ocasionar impactos en el ANP, o acompañando a las EFA competentes en algunas de sus supervisiones clave en estos ámbitos priorizados.

Otro tema pendiente es mejorar la aplicación del PAS, la forma como se calculan e imponen las multas y como se hacen efectivas. Esto pasa por aprobar una metodología de cálculo que genere predictibilidad y consolide el derecho a un debido proceso de los administrados;³² así como solucionar el problema de la falta de potestad de cobranza coactiva. Finalmente, el SERNANP debe aprovechar las nuevas reglas dadas por el Régimen Común de Fiscalización Ambiental para mejorar la forma como ejerce esta función, incluyendo monitorear la efectividad de estas acciones³³ y contar con información más adecuada que le permita tomar mejores decisiones sobre en qué ANP y para qué temas debe priorizar recursos de fiscalización ambiental.

32 Efectivamente, una buena metodología de cálculo asegura una tutela jurisdiccional efectiva y ayuda a que los administrados puedan defenderse no solo de la imputación, sino también de la forma como se ha graduado su multa (Gomez y Granados 2013: 55).

33 Existe una experiencia en Ghana donde se comprobó que un mecanismo de seguimiento y retroalimentación de la fiscalización ambiental en áreas protegidas (incluyendo staff, esfuerzos de patrullaje, uso ilegal de especies silvestres, y tendencias en poblaciones de animales) fue útil para que las autoridades puedan tomar decisiones informadas (Jachmann 2008: 89). Sistematizando y haciendo pública esta información, se generó un sentido de competencia sano por mejorar entre los funcionarios de las ANP del estudio y en la mayoría de ANP se redujo sustancialmente las actividades ilegales (Jachmann 2008: 89).

Bibliografía

GÓMEZ, Hugo y Milagros GRANADOS

2013 "El fortalecimiento de la fiscalización ambiental". *Revista de Economía y Derecho*. Lima, volumen 10, N° 39, pp. 43 - 64.

JACHMANN, Hugo

2008 "Monitoring law-enforcement performance in nine protected areas in Ghana". *Biological Conservation*. Cambridge, N° 141, pp. 89-99.

SOLANO, Pedro

2013 "Legislación y conceptos aplicables a las áreas naturales protegidas en el Perú". *Derecho PUCP*. Lima, N° 70, pp. 143-164.

WALKER, Kendra

2009 "Protected-area monitoring dilemmas: a new tool to assess success". *Conservation Biology*. Nueva York, volumen 23, N° 5, pp. 1294-1303.



► Organismos vivos modificados: El nuevo desafío de la fiscalización ambiental



► Dino Delgado Gutiérrez

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres con segunda especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios de maestría en Gestión Minera en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Actualmente, es especialista legal del Programa de Conservación de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA).

► Carla Bengoa Rojas

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con segunda especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales por la PUCP. Actualmente, es asistente legal del Programa de Asuntos Internacionales y Biodiversidad de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA).

Sumario

En el año 1999, se promulga la Ley N° 27014 - Ley de Prevención de Riesgos Derivados de la Biotecnología, reglamentada posteriormente a través del Decreto Supremo N° 108-2002-PCM.

Esta normativa, sumada a los compromisos internacionales asumidos por el país a través de tratados adoptados en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica, constituiría (hasta el 2011) el marco regulatorio previsto para el uso de organismos vivos modificados (OVM) en el Perú. En el año en mención, mediante la promulgación de la Ley N° 29811 - Ley que Establece la Moratoria al Ingreso y Producción de Organismos Vivos Modificados al Territorio Nacional por un Periodo de 10 Años, se dispone una restricción temporal al ingreso y producción de OVM, para cultivo o crianza, que tengan como finalidad ser liberados al ambiente. Esto origina una regulación diferenciada para los OVM que se encuentran en el ámbito de la moratoria y aquellos que se han excluido expresamente de la misma. Es así que, con la promulgación de la Ley N° 29811, el sector ambiental, a través del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, asume un rol protagónico en la fiscalización de estos organismos con la finalidad de dar cumplimiento a la moratoria. Sin embargo, la propia naturaleza y características de los OVM constituyen un reto que deberá ser abordado cuidadosamente.

1. Introducción. **2.** ¿Cómo se regula la biotecnología moderna en el Perú? 2.1. Tratados Internacionales. 2.2. Instrumentos Nacionales. **3.** Fiscalización. 3.1. Fiscalización de la biotecnología moderna. 3.2. Desafíos para la fiscalización de los OVM. **4.** Recomendaciones.

1. Introducción

La biotecnología moderna incorpora técnicas y actividades que comprenden la manipulación del ADN mediante la introducción de genes de un organismo a otro, que permiten a este último obtener características nuevas y deseables. El resultado de esta técnica son los organismos vivos modificados (OVM), comúnmente conocidos como “transgénicos”.

La suspensión de las barreras entre las especies, desvinculada de los procesos de adaptación y evolución naturales, deja abiertas muchas ventanas a la incertidumbre científica, al menos, por el momento (Lapeña 2007: 13).

En el Perú, país reconocido por su excepcional biodiversidad, el debate sobre la conveniencia de la introducción y utilización de OVM dentro del territorio se ha encontrado presente durante ya algunos años, y se ha incrementado en la última década.

Así, mientras algunas voces asocian a los OVM con innovación y desarrollo económico, otras reflejan mayor escepticismo. Y esto se debe a que la ciencia no ha podido proveernos aún de certeza respecto de la inocuidad de los OVM sobre la diversidad biológica.

Frente a la incertidumbre sobre su nocividad, países como el Perú han optado por establecer ciertas medidas, tales como el establecimiento de moratorias a la entrada de OVM en sus territorios durante un periodo de tiempo suficiente para permitirles fortalecer sus capacidades en materia de bioseguridad y decidir, de manera informada, si permitirán o no el ingreso de estos dentro de sus fronteras.

Precisamente, la posibilidad de que la biodiversidad peruana se viera grave e irreversiblemente perjudicada motivó a que, en el 2011, se promulgara la Ley N° 29811 - Ley que Establece la Moratoria al Ingreso y Producción de Organismos Vivos Modificados al Territorio Nacional por un Periodo de 10 Años, que prohíbe el ingreso y producción de estos organismos cuando tuvieran fines de cultivo o crianza.

La mencionada ley fue reglamentada un año después, mediante el Decreto Supremo N° 008-2012-MINAM, el cual, entre otras cosas, transfirió al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) las funciones de vigilancia, control, supervisión, fiscalización y sanción en cuanto al cumplimiento de los artículos 4° y 7° de la Ley N° 29811, que habían sido otorgadas, inicialmente, al Ministerio del Ambiente (MINAM).

Este mismo reglamento estableció la delegación reglamentaria de la tipificación de infracciones y establecimiento de sanciones, cumpliendo los requisitos necesarios para tal delegación.

Desde entonces, el OEFA enfrenta un nuevo desafío: fiscalizar los OVM que se encuentran comprendidos en la moratoria establecida por la Ley N° 29811.

El presente documento se encargará de describir la compleja normativa que regula a los OVM, para luego precisar los alcances de las funciones y de las competencias más recientemente asignadas al OEFA, e identificar los retos que, en esta materia, enfrenta la mencionada institución.

2. ¿Cómo se regula la biotecnología moderna en el Perú?

2.1 Tratados internacionales

A nivel internacional, los OVM se encuentran regulados por dos instrumentos: el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica (Protocolo de Cartagena).

Convenio sobre la Diversidad Biológica

El CDB¹ es un tratado internacional que tiene tres objetivos claros: la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos.

Con la finalidad de alcanzar esos objetivos, el CBD establece una serie de medidas a ser implementadas por los países contratantes, entre las cuales encontramos algunas referidas a la biotecnología moderna.

El tratado obliga a las naciones a regular, administrar y controlar los riesgos derivados de la utilización y la liberación de OVM, obtenidos de la aplicación de la biotecnología, toda vez que estos podrían afectar a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica.

Asimismo, busca garantizar que los países no desarrollados participen de las actividades de investigación sobre biotecnología y de los resultados y beneficios que de ella se deriven.

Finalmente, el CDB deja a los países contratantes la responsabilidad de decidir sobre la necesidad de desarrollar un protocolo que establezca los procedimientos de transferencia, manipulación y utilización de OVM. De ahí que, en 1995, se iniciaran las negociaciones para la adopción del llamado Protocolo de Cartagena, un acuerdo suplementario al CDB.

Protocolo de Cartagena

El Protocolo de Cartagena² es un acuerdo internacional que desarrolla las directrices del CDB referidas a los OVM, resultantes de la biotecnología moderna.

Este instrumento brinda un marco general de exigencias mínimas a las partes contratantes. Se centra en el tránsito, la manipulación y la utilización de todos los OVM, que tienen su origen en un movimiento

1 El CDB fue ratificado por el Perú, mediante Resolución Legislativa N° 26181, el 30 de abril de 1993, y entró en vigor el 29 de diciembre de ese año.

2 El Protocolo de Cartagena entró en vigor el 11 de septiembre del 2003 y fue ratificado por el Perú, mediante Decreto Supremo N° 022-2004-RE, el 24 de febrero del 2004.

transfronterizo y que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica (Delgado 2013: 3). Para lograrlo, establece un procedimiento que los países deben cumplir para poder exportar OVM.

Este exige la presentación de determinada documentación; sobre todo, cuando su destino es la liberación en el ambiente, caso en el que la mencionada documentación debe indicar claramente que el envío contiene OVM (Lapeña 2004: 33).

En líneas muy generales, cada vez que un país (país de exportación) tenga la voluntad de exportar un OVM a otro país (país de importación), deberá notificarlo antes. La notificación permitirá al país de importación realizar una evaluación del riesgo que asumiría si deja entrar los OVM dentro de sus fronteras. En base a ella, podrá decidir si aprobará o prohibirá la importación.

Cabe señalar que el procedimiento deja abierta, a los países de importación, la posibilidad de modificar sus decisiones con base en la nueva información científica que pudiera generarse sobre los posibles efectos adversos de los OVM para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica.

Además del mencionado procedimiento, el protocolo también determina la obligación de las partes contratantes de establecer y mantener mecanismos, medidas y estrategias para regular, gestionar y controlar los riesgos asociados a la utilización, manipulación y el movimiento transfronterizo de los OVM, y de implementar medidas que eviten los efectos adversos de los OVM sobre la biodiversidad.

Las obligaciones de adoptar todas las medidas necesarias para requerir que los OVM objeto de movimientos transfronterizos intencionales sean manipulados, envasados y transportados en condiciones de seguridad; de tomar las medidas necesarias para prevenir movimientos transfronterizos involuntarios de OVM; y de adoptar las medidas para prevenir y penalizar los casos de movimientos transfronterizos de OVM que contravengan el protocolo, también se encuentran previstas.

Todas las funciones administrativas requeridas por el Protocolo de Cartagena se encuentran a cargo de la o las entidades que los Estados parte designen como "autoridad nacional competente".

Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur

Para concluir la breve descripción de los instrumentos internacionales que regulan la utilización de los OVM, abordaremos el Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur sobre Responsabilidad y Compensación Suplementario al Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología (Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur), acuerdo que complementa el Protocolo de Cartagena, pero que aún no entra en vigor.

El Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur fue aprobado por las partes contratantes del Protocolo de Cartagena en la Quinta Reunión de las Partes en la ciudad de Nagoya, en octubre del año 2010.

La aprobación del mencionado protocolo concluye con el mandato conferido a las partes contratantes por el Artículo 27º del Protocolo de Cartagena, cumpliendo así con el compromiso de elaborar normas y procedimientos internacionales en la esfera de la responsabilidad y compensación por los daños resultantes de los movimientos transfronterizos de OVM (Delgado 2012: 102).

En buena cuenta, lo que este protocolo establece es la obligación de los países de implementar medidas de respuesta a los daños que los OVM generen sobre la diversidad biológica como consecuencia de un movimiento transfronterizo.

La identificación de la o las personas que tengan el control, directo o indirecto, de los OVM (operadores) que generaron el daño; y la obligación de exigirles a estos la información inmediata de este, su evaluación y la adopción de medidas que eviten, reduzcan al mínimo o mitiguen dicho daño, o que –en el peor de los escenarios– restauren la diversidad biológica perjudicada son algunas de estas medidas.

En los casos en los cuales los operadores no hubieran aplicado las medidas descritas en el párrafo anterior, el protocolo habilita a los países parte a adoptarlas ellos mismos, con el consiguiente derecho a recuperar, de los operadores, los costos en los que hubieran incurrido para hacerlo.

En esa misma línea, se establece el derecho de los Estados a establecer garantías financieras que aseguren que los operadores internalicen los costos de los impactos negativos que su actividad pudiera generar.

La o las autoridades nacionales competentes, encargadas de la implementación del Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur en cada país, serían las mismas que para el Protocolo de Cartagena.

2.2 Instrumentos nacionales

En el plano nacional, son varios los instrumentos de gestión ambiental que contienen orientaciones que buscan encontrar un equilibrio saludable entre la utilización de la biotecnología moderna y la conservación de la diversidad biológica.

La Política Nacional del Ambiente, la Estrategia Nacional de Diversidad Biológica y el Plan Nacional de Acción Ambiental 2011-2021 son algunos de ellos.

Sin perjuicio de los instrumentos mencionados, el Perú cuenta también con un marco legal nacional que regula el uso de la biotecnología moderna dentro de su territorio.

Este marco se encuentra formado por la Ley de Prevención de Riesgos Derivados del Uso de la Biotecnología³ y su reglamento,⁴ que datan de los años 1999 y 2002, respectivamente; y la ya mencionada Ley que Establece la Moratoria al Ingreso y Producción de Organismos Vivos Modificados al Territorio Nacional por un Periodo de 10 Años y su reglamento.

Ley de Prevención de Riesgos Derivados del Uso de la Biotecnología y su reglamento

Ciertamente, existen algunas diferencias entre el procedimiento regulado en los acuerdos internacionales y el régimen general previsto por las normas nacionales; sin embargo, hay también muchas similitudes entre ambos regímenes.

Así, vemos que no será posible realizar actividades de investigación, producción, manipulación, transporte, almacenamiento, conservación, intercambio, comercialización, uso o liberación de OVM, de ningún tipo, en territorio peruano, sin antes solicitarlo a la autoridad nacional competente.

3 Ley N° 27104, de fecha 19 de abril de 1999.

4 Aprobado por Decreto Supremo N° 108-2002-PCM, de fecha 21 de octubre del 2002.

Asimismo, quien desee realizar cualquiera de las anteriores actividades con OVM deberá estar inscrito ante esta autoridad y registrar también los OVM que pretenda utilizar. Si, basada en una evaluación de riesgo, la autoridad decide rechazar la inscripción del OVM en el registro, será imposible introducirlo en el territorio nacional.

La autoridad nacional competente tiene, además, las funciones de cumplir y hacer cumplir las disposiciones sobre seguridad de la biotecnología establecidas en el CDB, la Ley de Prevención de Riesgos Derivados del Uso de la Biotecnología y su reglamento; determinar los posibles efectos adversos derivados del uso o de la liberación de OVM; controlar el intercambio y comercialización de OVM; realizar inspecciones a las instalaciones, laboratorios, y campos de investigación y experimentación; canalizar las denuncias de los posibles efectos adversos generados por el uso del OVM a nivel nacional; entre otras muchas funciones.

Ley que establece la Moratoria al Ingreso y Producción de Organismos Vivos Modificados al Territorio Nacional por un Periodo de 10 años y su reglamento

Promulgada el 8 de diciembre del 2011 y reglamentada al año siguiente, la Ley N° 29811 establece el impedimento del ingreso y producción de OVM, con fines de cultivo o crianza (incluidos los acuáticos), que tengan como fin ser liberados al ambiente, durante un periodo de diez años.

De esta forma, la norma “suspende” temporalmente la aplicación del régimen descrito en el punto anterior a los OVM que presenten las mencionadas características, y dota a las autoridades nacionales de un periodo de tiempo que les permita “realizar una adecuada evaluación de las actividades de liberación al ambiente de OVM”.

Para ello, establece una serie de medidas, como la creación de programas y proyectos especiales, con la finalidad de fortalecer capacidades y fomentar el desarrollo competitivo. Asimismo, ordena generar líneas de base de la biodiversidad nativa del país que pueda ser potencialmente afectada por OVM.

En el año 2013, se aprobó la Resolución Ministerial N° 191-2013-MINAM sobre mercancías restringidas, así como la Resolución Ministerial N° 083-2014-MINAM sobre los laboratorios acreditados. Adicionalmente, se pusieron a consulta propuestas de resoluciones ministeriales del Ministerio del Ambiente.

Es importante tener en cuenta, sin embargo, que la moratoria admite exclusiones. Algunas se encuentran previstas de forma expresa en el Artículo 2° de esta ley, mientras que otras son más bien tácitas.

Dentro del primer grupo, encontramos los OVM destinados a la investigación en espacio confinado, aquellos para la alimentación directa humana o animal o para procesamiento, así como aquellos OVM de uso farmacéutico. Dentro del segundo, los productos derivados de los OVM, aun cuando estos también podrían ser liberados al ambiente.

Por el contrario, la situación de los OVM utilizados para biorremediación no ha quedado clara (Delgado 2011: 110).

De esta manera, las actividades que se encuentran excluidas de la moratoria siguen siendo reguladas por la Ley N° 27104, su reglamento y los reglamentos sectoriales, cuya aprobación se encuentra aún pendiente.

3. Fiscalización

3.1. Fiscalización de la biotecnología moderna

Como ha sido mencionado, el régimen general aplicable a la biotecnología moderna en el país se encuentra regulado por la Ley N° 27104 y su reglamento.

En 1999, año en el que esta ley fue promulgada, no se había creado aún el MINAM, por lo que las funciones que se encomendaron al sector ambiental, representado por el ya desaparecido Consejo Nacional del Ambiente (CONAM), fueron, básicamente, de coordinación interinstitucional.

Las demás autoridades, denominadas “organismos sectoriales competentes” (OSC), a saber, el Instituto Nacional de Innovación Agraria (INIA), el Viceministerio de Pesquería del Ministerio de Producción y la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA), son las encargadas de conducir los procedimientos administrativos para aprobar o rechazar solicitudes para el uso de OVM en el país.

En lo que respecta al régimen general, el OEFA no tiene la facultad para ejercer la potestad sancionadora. De hecho, de acuerdo con el reglamento de la Ley N° 27104, la ejecución de medidas preventivas, correctivas y la aplicación de sanciones que resulten del incumplimiento de este régimen, corresponden a los OSC en coordinación con los grupos técnicos sectoriales (GTS) y la Comisión Nacional de Diversidad Biológica (CONADIB).

La potestad sancionadora que tiene el OEFA en materia de OVM le fue asignada por medio de la Ley N° 29811, esto es, la ley que establece la moratoria; razón por la que esta potestad sancionadora se circunscribe al incumplimiento de la prohibición establecida por dicha norma: la de liberar OVM en el ambiente.

En este sentido, el 4 de junio del 2013, a través de la Resolución Ministerial N° 167-2013-MINAM, se publicó el Proyecto de Decreto Supremo que aprueba el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones, con la finalidad de recibir aportes durante un plazo de quince días hábiles.

Luego de evaluar los comentarios que se dieron al proyecto normativo, el OEFA consideró pertinente reformularlo con la finalidad de disgregar las conductas infractoras en función de la particularidad y la gravedad de cada tipo infractor; así como de establecer las multas tope en función a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y no confiscatoriedad. Asimismo, precisó que, si bien la Segunda Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley N° 29811 prescribe que el mencionado Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones debía ser aprobado por decreto supremo, con posterioridad se publicó la Ley N° 30011 - Ley que modifica la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, otorgando competencia al Consejo Directivo del OEFA para tipificar infracciones y establecer la escala de sanciones correspondiente, por lo que, en el caso del cuadro antes mencionado, este debía ser aprobado por Resolución del Consejo Directivo del OEFA.

Conforme a la propuesta del OEFA, si dentro del procedimiento administrativo sancionador, en el plazo para presentar descargos, el administrado reconoce la presencia de OVM en sus mercancías y se compromete a asumir los costos de la destrucción de la misma, se da por concluido el procedimiento sancionador sin imponer multa pecuniaria. Este beneficio no se aplica para casos de reincidencia o cuando se han liberado los OVM al ambiente.

En noviembre del 2014, se modifican algunos artículos del reglamento de la Ley N° 29811, a través de la aprobación del Decreto Supremo N° 010-2014-MINAM.

La modificación del Artículo 33° del mencionado reglamento incluye al OEFA como una de las entidades responsables del control de ingreso de mercancías. Es así que el OEFA es la entidad competente para tramitar el procedimiento administrativo sancionador, para lo cual recibe del Servicio Nacional de Sanidad Agraria (SENASA) y del Organismo Nacional de Sanidad Pesquera (SANIPES), según sea el caso, el expediente de ingreso de mercancías restringidas donde se detectó la presencia de OVM, a través de una prueba aleatoria cualitativa.

La lista de mercancías restringidas a las que se hace referencia fue aprobada mediante Resolución Ministerial N° 191-2013-MINAM, utilizando el arancel de aduanas vigente. En el anexo I de la mencionada resolución ministerial, se identifican todas las mercancías restringidas que serán incorporadas gradualmente a la lista abreviada del anexo II, que son aquellas mercancías sujetas a control en los puntos de ingreso⁵ al país a través de muestreos con la finalidad de verificar su condición de no ser OVM.

El 12 de febrero de 2015, se aprueba a través de la Resolución Ministerial N° 023-2015-MINAM el Compendio de Guías a ser aplicadas en los Procedimientos de Control y Vigilancia para la Detección de Organismos Vivos Modificados-OVM.

El compendio antes mencionado incluye:

- Guía para la selección de envíos para la detección de organismos vivos modificados y coordinaciones previas al muestreo;
- Guía para la detección cualitativa de organismos vivos modificados mediante el uso de tiras reactivas de flujo lateral;
- Guía para el muestreo de semillas para la detección de organismos vivos modificados;
- Guía para la inspección y toma de muestra de peces ornamentales transgénicos fluorescentes;
- Guía para el muestreo de cultivos agrícolas fuera de espacios confinados para la detección de organismos vivos modificados; y,
- Guía para el muestreo de animales y su material de reproducción para la detección de organismos vivos modificados.

La aprobación de las guías antes mencionadas permite contar con procesos estandarizados para la detección de OVM que se encuentran en el ámbito de la Ley N° 29811.

5 Los puntos de ingreso al país identificado en la Resolución Ministerial N° 191-2013-MINAM son: i) Puerto Marítimo del Callao; ii) Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, Callao; iii) Aduana Postal de Lima; iv) Complejo Fronterizo de Santa Rosa, Tacna; v) Complejo Fronterizo de Iñapari, Madre de Dios; vi) Centro Binacional de Atención Fronteriza de Desaguadero, Puno; vii) Centro Binacional de Atención Fronteriza del Eje Vial N° 1, Tumbes; viii) Complejo Fronterizo de Santa Rosa, Loreto.

3.2 Desafíos para la fiscalización de los OVM

Los desafíos para la fiscalización de los OVM se encuentran íntimamente ligados a las propiedades y características propias de estos organismos. Entre otros, podemos nombrar los siguientes:

- Un OVM no puede ser diferenciado a simple vista de otro organismo que no ha sido modificado genéticamente. Se necesitan realizar pruebas para determinar esta condición.
- Existen muy pocos laboratorios en el país que cuenten con personal capacitado, infraestructura, equipamiento y procedimientos implementados para realizar un análisis cualitativo de las muestras que se tomen como parte de las acciones de control en mérito de la Ley N° 29811.
- Por la misma naturaleza de los OVM, el lapso de tiempo entre el análisis cualitativo realizado por SENASA o SANIPES para determinar su condición en el punto de ingreso o en las áreas de cuarentena y el envío seleccionado a laboratorios acreditados, cuando los resultados del análisis en los puntos de ingreso sean positivos a la presencia de OVM, puede tener consecuencias negativas para los organismos que se encuentran en el lote retenido.
- La existencia de excepciones a la aplicación de la Ley N° 29811, y por lo tanto la aprobación de ciertos usos de OVM en el país a través de la Ley N° 27104, puede generar ciertos inconvenientes. Por ejemplo, aquellos OVM que son aprobados para su uso, como granos (consumo animal directo), pueden fácilmente ser usados como semillas (liberación al ambiente).

4. Recomendaciones

- Se debe fortalecer la coordinación entre el OEFA y los OSC de manera tal que se notifique regularmente sobre las autorizaciones para el uso de OVM en el país, aprobados en el marco de la Ley N° 27104. De esta manera, se podrán monitorear los posibles cambios de uso que pudieran efectuarse.
- Fortalecer la alianza entre MINAM, OEFA y otras instituciones a fin de continuar con la estandarización de procedimientos para la recolección, muestreo, envío de muestras, lectura de resultados, entre otros.
- Fortalecer la capacidad del OEFA de manera que cuente con un equipo especializado que atienda la potestad sancionadora en bioseguridad que le ha sido otorgada, ya que es una materia compleja y seguramente una que crecerá en cantidad de solicitudes de uso en el país con el pasar de los años.
- Fortalecer la coordinación entre OEFA, SENASA y SANIPES para la adecuación de sus procedimientos administrativos de manera tal que se dé cumplimiento a la Ley N° 29811, su reglamento y normas complementarias y modificatorias.

Bibliografía

DELGADO, Dino

- 2011 “Seguridad de la Biotecnología Moderna en el Perú - Regulación de los transgénicos y sus productos derivados”. *Revista Jurídica del Perú*. Lima, 2011, N° 127, tomo 127, pp. 101-111.
- 2012 “La Ley N° 29811 y su relación con el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología y los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio”. *Revista Jurídica del Perú*. Lima, 2012, tomo 131.
- 2013 “Regulación de la biotecnología moderna en el Perú. Situación actual y alternativas para su implementación”. *Revista Jurídica Thomson Reuters*. 2013, N° 45, pp. 1-8.

LAPEÑA, Isabel

- 2004 *Genéticamente modificado. Principio precautorio y derechos del consumidor en el Perú*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.
- 2007 *Semillas Transgénicas en Centros de Origen y Diversidad*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.



► **Apuntes y reflexiones sobre la “mejora ambiental”** del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) y los problemas asociados a su aplicación

► **Carol Mora Paniagua**

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con segunda especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales por la PUCP. Profesora de Derecho Ambiental en la Facultad de Economía y Gestión Ambiental de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya y adjunta de cátedra del curso de Derecho Ambiental en la PUCP. Actualmente, es asesora legal del Programa de Política y Gestión Ambiental de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA).

Sumario

En el presente artículo la autora desarrolla los alcances e implicancias jurídicas de la figura de "mejora ambiental" en el ámbito de la fiscalización ambiental. Esta categoría fue introducida inicialmente como mecanismo de simplificación administrativa para la certificación ambiental y regulada con enfoque preventivo y sujeta a evaluación previa, tratamiento que, desde nuestro punto de vista, difiere y ha sido desnaturalizado en el ámbito de la fiscalización ambiental, conclusión a la que se llega a partir del análisis de la reciente normativa del OEFA. En ese sentido, el texto plantea los escenarios contingentes resultantes de la aplicación de la mejora ambiental en la fiscalización, resaltando la responsabilidad del ente fiscalizador de normar y resolver conforme a los fines de protección y prevención del daño ambiental.

1. Introducción. **2.** Sobre la mejora ambiental y la simplificación del régimen de certificación ambiental. **3.** La "mejora manifiestamente evidente" creada por el OEFA. **4.** Sobre las competencias del OEFA y la viabilidad ambiental de las "mejoras ambientales". **5.** Sobre la desnaturalización del enfoque preventivo de la gestión ambiental. **6.** Una reglamentación que no soluciona el problema. **7.** Conclusiones.

1. Introducción

Los avances normativos e institucionales en el proceso de consolidación de la fiscalización ambiental en el Perú han sido notables. Diversas normas aprobadas por el OEFA, así como por el Congreso de la República (Ley N° 30011), han aportado al establecimiento de un régimen de fiscalización ambiental que intenta ser sólido y firme, teniendo en cuenta que la fiscalización representa uno de los pilares fundamentales de la gestión ambiental del país. Sin embargo, el proceso de construcción institucional y normativo del OEFA, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), ha incluido reforas que han afectado este proceso de afianzamiento institucional, lo que ha generado un desequilibrio que afecta no solo a la entidad, sino a todo el sistema de fiscalización ambiental. Al respecto, pueden darse claros ejemplos, como la aprobación de la Ley N° 30230 del año 2014, que modificó el régimen de fiscalización en aspectos esenciales, como el debilitamiento de la autonomía financiera y presupuestaria del OEFA, y el cambio de un enfoque de gestión de naturaleza preventiva a uno en el que prevalece la corrección y remediación del riesgo o del daño producido por una infracción ya cometida.

Por otro lado, tenemos la creación y aplicación de la figura de “mejora ambiental” en el ámbito de la fiscalización ambiental del OEFA. La figura de “mejora ambiental” fue creada en mayo del 2013 con la denominación de “mejora tecnológica”, y ha sido prevista como uno de los tres supuestos en los que se puede exceptuar la tramitación de un procedimiento regular de modificación del instrumento de gestión ambiental (IGA) correspondiente, procediendo solo la presentación de un informe técnico sustentatorio (ITS), mecanismo simplificado en términos de reducción del plazo y complejidad del proceso de evaluación. Como podemos adelantar hasta este punto, la mejora tecnológica había sido prevista para el ámbito de la certificación ambiental, y su configuración y validación se encuentran sujetas a la aprobación de un trámite previo por la autoridad ambiental competente para ello.

Meses después, en diciembre del 2013, el OEFA, como ente fiscalizador y responsable de la tipificación administrativa por incumplimiento de IGA, reguló la “mejora ambiental” señalada en el punto anterior, pero añadiendo una nueva figura o subcategoría, la “mejora manifiestamente evidente”, en la cual no solo se puede llegar a eximir al administrado de cualquier responsabilidad administrativa por incumplir su IGA, sino que se regulariza una actividad no autorizada y que ya ha sido ejecutada por el titular del proyecto de inversión, liberándosele de la exigencia de tramitar y tener aprobado su ITS.

Esto último no solo representa una evidente incompatibilidad con los objetivos de política del SEIA y del SINEFA, sino que transgrede el ámbito de competencia del OEFA, en tanto esta entidad no puede normar sobre temas relacionados directamente con la certificación ambiental y tampoco le corresponde declarar la viabilidad ambiental de una actividad u obra no prevista en el IGA aprobado de un proyecto de inversión.

Al respecto, el presente cuadro resume el tratamiento dado a la figura de "mejora ambiental":

	Decreto Supremo N° 054-2013-PCM "Aprueban disposiciones especiales para ejecución de procedimientos administrativos"	Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD "Tipifican infracciones administrativas y establecen escala de sanciones relacionadas con los Instrumentos de Gestión Ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas"
Fecha de aprobación de la norma	16 de mayo del 2013	20 de diciembre del 2013
Ámbito de regulación	Certificación ambiental	Certificación ambiental Fiscalización ambiental
Supuesto	En los casos en que se pretendan hacer mejoras tecnológicas en las operaciones, no se requerirá un procedimiento de modificación del IGA.	El administrado desarrolla una actividad u obra que no corresponde específicamente a lo previsto en el IGA, pero constituye una mejora manifiestamente evidente que favorece la protección ambiental o los compromisos socioambientales. ¹
Naturaleza	Preventiva en tanto está sujeta a la declaración de viabilidad para que proceda su ejecución.	Correctiva en tanto se regulariza una actividad que no guarda correspondencia con lo previsto en el IGA aprobado.
Consecuencia jurídica	<ul style="list-style-type: none"> • Si la autoridad declara su conformidad procede la ejecución, de la mejora ambiental. • En caso que la actividad propuesta modifique considerablemente aspectos tales como la magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o de las medidas de mitigación o recuperación aprobadas, dichas modificaciones se deberán evaluar a través del procedimiento de modificación. 	<ul style="list-style-type: none"> • No se calificará dicha falta de correspondencia entre la actividad y lo previsto en el IGA aprobado como un hallazgo que amerite el inicio de un procedimiento sancionador. • Se libera al administrado de responsabilidad administrativa por el incumplimiento del IGA. • No se exige al administrado la presentación del ITS.
Procedimiento	El titular del proyecto está obligado a hacer un informe técnico que sustente estar en el supuesto de realización de una mejora tecnológica ante la autoridad sectorial ambiental competente antes de su implementación. Dicha autoridad emitirá su conformidad en el plazo máximo de 15 días hábiles.	No se debe realizar ningún procedimiento ni trámite previo para la acreditación de una actividad como "mejora manifiestamente evidente".
Autoridad competente para declarar la configuración de "mejora ambiental"	La autoridad ambiental competente para la certificación ambiental.	La autoridad de supervisión directa del OEFA.

Elaboración propia, 2015.

Por lo expuesto, en el presente artículo se plantea un análisis sobre la figura de la "mejora ambiental" y se exponen las contingencias asociadas a su inadecuada aplicación.

¹ La subcategoría de "mejora manifiestamente evidente" se regula de manera adicional a la categoría prevista en el Decreto Supremo N° 054-2013-PCM.

2. Sobre la mejora ambiental y la simplificación del régimen de certificación ambiental

Durante los años 2013 y 2014, los esfuerzos regulatorios por establecer un régimen simplificado en lo ambiental y administrativo ha sido exhaustivo. Ello, con el fin de repotenciar el déficit de inversiones en el país, el cual, según algunas posiciones, es atribuible al exceso de “permisología” y exigencias ambientales que se han dispuesto en la legislación nacional. No es materia del presente artículo desmitificar esta relación directa entre la desaceleración de las inversiones y la rigurosidad de la normativa ambiental, pero es importante comprender este contexto para, a partir de ello, reflexionar sobre la idoneidad del marco regulatorio creado.

A partir de la vigencia del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM en mayo del 2013, se dispuso que “en los casos en que sea necesario modificar componentes auxiliares o hacer ampliaciones en proyectos de inversión con certificación ambiental aprobada que tienen impacto ambiental no significativo o se pretendan hacer mejoras tecnológicas en las operaciones no se requerirá un procedimiento de modificación del instrumento de gestión ambiental”.

En este sentido, conforme a los alcances del Artículo 4° de dicho decreto supremo, se establecieron tres escenarios excepcionales al procedimiento regular de modificación del IGA de los proyectos de inversión:

- a. Modificaciones de componentes auxiliares
- b. Ampliaciones que tienen impacto ambiental no significativo
- c. Mejoras tecnológicas en las operaciones

En virtud de la excepción al procedimiento de modificación del IGA, el titular del proyecto de inversión sólo estaría obligado a realizar un informe técnico sustentatorio (ITS) en el que detalle estar en alguno de los supuestos antes mencionados ante la autoridad sectorial ambiental competente antes de su implementación. Dicha autoridad emitirá su conformidad en el plazo máximo de 15 días hábiles, por lo que nos encontraríamos, así, ante un escenario de procedimiento de evaluación previa, que necesita el pronunciamiento expreso de la autoridad para proceder, o que podría ser denegado si se considera que la propuesta presentada por el titular no cumple con alguno de los supuestos señalados en los puntos a, b o c precedentes, teniendo que iniciarse un procedimiento regular de modificación de IGA. De lo anterior, tenemos lo siguiente:

- i. El Decreto Supremo N° 054-2013-PCM regula la eliminación del trámite regular de modificación de un instrumento de gestión ambiental aprobado, entre otros, en los casos en que se determine que se ha dado una mejora tecnológica en las operaciones. Esta eliminación del procedimiento regular constituye una excepción al régimen general previsto en las normas del SEIA, en las que se establece que no podrá iniciarse la ejecución de proyectos ni actividades de servicios y comercio, y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitirles, concederlas o habilitarlas si no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la resolución expedida por la respectiva autoridad competente.
- ii. Al respecto, teniendo en cuenta los objetivos de creación y funcionamiento del SEIA, debe interpretarse que la obligación de contar con la aprobación formal de la autoridad competente antes del inicio de cualquier actividad se entiende como aplicable no solo a las nuevas actividades y operaciones, sino que el enfoque de gestión anticipada de impactos ambientales

alcanza también a las modificaciones y ampliaciones de un proyecto de inversión; y es por ello que, en la legislación, se han previsto trámites de modificación de IGA, así como procedimientos simplificados, como es el caso de la aprobación del ITS. Conforme señala Jordano (1995: 127-128): "[L]a aprobación de un estudio de impacto ambiental es un acto administrativo de juicio de carácter complejo que tiene por objeto determinar mediante un procedimiento específico la viabilidad ambiental de un proyecto público o privado", es decir la consecuencia jurídica ésta asociada a la viabilidad del proyecto.

Asimismo, señala Macías (2012: 124):

[L]a licencia ambiental no es resultado de una simple verificación de documentos sino de una verdadera evaluación que supone una valoración de la actividad, sus efectos adversos al medio ambiente y las medidas tendientes a mitigarlos y manejarlos. Es decir que si bien la libre empresa existe y el ciudadano tiene el derecho a realizar cualquier actividad, esto no es absoluto sino que está sujeta a que la administración, mediante la licencia ambiental, permita llevarla a cabo". Adicionalmente, sostiene Lozano (2003: 280): "[E]n la Declaración de Impacto Ambiental que pone fin al procedimiento de evaluación se concentra la estimación por la autoridad ambiental de los efectos para el medio ambiente del proyecto de que se trate, precisando a los solos efectos ambientales, la conveniencia o no de realizar el proyecto y, en caso afirmativo, las condiciones en que debe realizarse".

Así, no habría sustento para que las modificaciones, alteraciones, ampliaciones o incluso las mejoras en un proyecto de inversión sean ajenas a un procedimiento administrativo previo. Si bien las normas del SEIA no son expresas en relación a la naturaleza del trámite para la aprobación de las modificaciones y ampliaciones de IGA, los reglamentos de protección ambiental de los sectores sí han recogido este tema. Por ejemplo, ya en el recientemente derogado reglamento de protección ambiental del subsector de hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2006-EM, se establecía expresamente que "la DGAAE no aceptará para trámite estudios ambientales presentados con posterioridad al inicio de una actividad de hidrocarburos, de su ampliación o modificación". Dicha lógica ha sido reafirmada en el nuevo reglamento del sector aprobado mediante Decreto Supremo N° 039-2014-EM, al señalarse que "la autoridad ambiental competente no evaluará los estudios ambientales presentados con posterioridad al inicio, ampliación o modificación de una actividad de hidrocarburos. De presentarse estos casos, se pondrá en conocimiento a la autoridad competente en materia de fiscalización ambiental".

- iii. Los alcances del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM regulan exclusivamente el ámbito de la certificación ambiental, estableciéndose los supuestos y procedimiento para la actuación de la autoridad ambiental competente para otorgar la viabilidad ambiental de los proyectos de inversión; es decir, la encargada de aprobar los IGA preventivos que correspondan, sus modificaciones y ampliaciones correspondientes. Esta norma no regula ni habilita al ente fiscalizador a realizar acciones distintas a las relacionadas con constatar y verificar el cumplimiento del IGA aprobado y sus modificaciones correspondientes, ya sea que se hayan realizado por la aprobación del trámite regular de modificación o del ITS.
- iv. Si bien se establece un mecanismo de simplificación administrativa al procedimiento regular de modificación del IGA, el cual es sustituido por la presentación del ITS, lo cierto es que, aun frente a un plazo simplificado, la calificación de "mejora tecnológica" no se produce de manera unilateral ni a discrecionalidad del administrado, encontrándose también sujeta a un procedimiento de evaluación previa, sometido a las consecuencias jurídicas propias de la discrecionalidad técnico-administrativa del evaluador que pueden devenir en la aprobación o denegatoria del trámite.

Posteriormente, para el caso de minería, mediante Resolución Ministerial N° 310-2013-MEM/DM, el Ministerio de Energía y Minas (MINEM), aprobó los “criterios técnicos que regulan la modificación de componentes mineros o ampliaciones y mejoras tecnológicas en las unidades mineras de proyectos de exploración o explotación con impactos ambientales no significativos que cuenten con certificación ambiental”, los cuales fueron modificados en marzo del 2014 por la Resolución Ministerial N° 120-2014-MEM/DM. En dichas normas, el MINEM esbozó una definición de “mejora tecnológica” conforme a los alcances del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM en el que se señala que “se consideran mejoras tecnológicas, al cambio o adición de un determinado conjunto de factores de producción (componentes del proyecto, materiales, insumos y recursos humanos e informáticos, etc.) que genere mejora de la productividad, eficiencia y calidad del producto final (bien o servicio) para satisfacer las necesidades de la población en cuanto a una mejora de la calidad de vida y cuidado del medio ambiente”.

Es importante tener en cuenta estas reflexiones para entender el planteamiento que desarrollaremos en las siguientes líneas respecto de la incompatibilidad generada en el marco del régimen de fiscalización ambiental.

3. La “mejora manifiestamente evidente” creada por el OEFA

Luego del proceso normativo antes descrito, en diciembre del 2013, a nivel de fiscalización ambiental, el OEFA desarrolló los alcances de este Artículo 4º, desnaturalizando, desde mi punto de vista, lo contemplado en el Decreto Supremo N° 054-2013-PCM y, en general, los alcances de la función normativa del OEFA, la cual debe acotarse al ejercicio de su potestad sancionadora y en la materias y sectores de su competencia.

Así, el OEFA aprobó la “Tipificación de infracciones y escala de sanciones relacionadas con los IGA y el desarrollo de actividad en zonas prohibidas” mediante Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD (en adelante RCD N° 049-2013-OEFA/CD). De ese modo, entre otros aspectos, en los artículos 4.2 y 4.3 de dicha norma, el ente rector del SINEFA dispuso lo siguiente:

4.2 Si la Autoridad de Supervisión Directa considera que la actividad u obra desarrollada por el administrado no corresponde específicamente a lo previsto en el Instrumento de Gestión Ambiental, pero constituye una mejora manifiestamente evidente que favorece la protección ambiental o los compromisos socioambientales, *no calificará dicha falta de correspondencia como un hallazgo que amerite el inicio de un procedimiento sancionador.*

4.3 Si la Autoridad de Supervisión Directa considera que la actividad u obra desarrollada por el administrado no corresponde específicamente a lo previsto en el Instrumento de Gestión Ambiental, pero puede constituir una mejora que favorece la protección ambiental o los compromisos socioambientales, procederá teniendo en cuenta lo establecido en el Artículo 4 del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM, concordado con la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 060-2013-PCM.

(La cursiva es nuestra)

En este sentido, considero que lo dispuesto en el Artículo 4.2 de la RCD N° 049-2013-OEFA/CD no sólo excede el espíritu de lo regulado en el marco del Artículo 4° del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM, sino que también excede las facultades del OEFA por las siguientes razones:

- i. Se crea la categoría adicional de "mejora manifiestamente evidente", que excede los alcances de la figura de "mejora tecnológica en las operaciones" prevista en el Decreto Supremo N° 054-2013-PCM. El problema de crear esta categoría adicional consiste en que se elimina cualquier trámite previo para su habilitación. Así, el OEFA señala que, de detectarse cualquier falta de correspondencia entre la actividad y obra desarrollada por el administrado y lo previsto (entiéndase aprobado) en el estudio ambiental, y si se tratara de una mejora manifiestamente evidente, no procederá el inicio de ningún procedimiento administrativo sancionador, ya que dicha omisión a lo contemplado y comprometido en el IGA no calificaría como infracción administrativa.
- ii. La interpretación planteada en el punto i) precedente parte de la lectura complementaria del Artículo 4.3° de la RCD N° 049-2013-OEFA/CD, que sí se rige conforme a lo dispuesto en el Artículo 4° del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM. Aquí el OEFA sí exige que, para que la actividad no configure como infracción, el administrado debe contar con el ITS aprobado por la autoridad ambiental competente para la certificación ambiental.
- iii. Esta regulación no dimensiona las posibles contingencias y problemas ambientales derivados de habilitar a los administrados a prescindir del trámite ante la autoridad ambiental competente. Especialmente, si en dicha resolución no se establecen mayores precisiones sobre el contenido y alcance de esta categoría por demás subjetiva que, en cualquier escenario, podría ser interpretada por los propios administrados de manera inadecuada.
- iv. Al disponerse que no procederá el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (PAS), se libera al administrado de cualquier consecuencia jurídica, debilitando el enfoque preventivo de la fiscalización ambiental, en el que predomina la técnica de la disuasión. Asimismo, se libera al administrado de tramitar el requisito técnico previo que lo habilite a realizar una "mejora manifiestamente evidente", dejando en la esfera unilateral del titular esta valoración.
- v. A lo anterior se suma que, teniendo en cuenta el nivel de probabilidad de detección de la conducta infractora, podríamos tener escenarios en los que el titular del proyecto opere sin ITS aprobado por considerar que su actividad podría calificar como "mejora manifiestamente evidente", cuando en la realidad la obra no constituye una mejora. Esto colocaría en situación de riesgo los bienes jurídicos protegidos en el marco del derecho ambiental.

4. Sobre las competencias del OEFA y la viabilidad ambiental de las “mejoras ambientales”

Conforme a lo establecido en la Ley N° 29325, el OEFA, en su calidad de ente rector del SINEFA, ejerce la función normativa que comprende, entre otras, la facultad de dictar, en el ámbito y en materia de sus competencias, las normas que regulen el ejercicio de la fiscalización ambiental, y otras de carácter general referidas a la verificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables de los administrados a su cargo; es decir:

- i. El OEFA ejerce un rol de control dentro del aparato de la gestión ambiental, fiscalizando el cumplimiento de la legislación y de los compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental aprobados por las autoridades competentes. La etapa de evaluación *ex ante* al desarrollo de alguna actividad, obra o proyecto no se encuentra en el ámbito de competencia del OEFA y no corresponde a la naturaleza de la institución. Por lo tanto, tampoco le corresponde ejercer una función normativa al respecto.
- ii. El OEFA ejerce fiscalización ambiental respecto de instrumentos de gestión ambiental ya aprobados por la autoridad ambiental competente, verificando, según sea el caso, si las actividades se realizan conforme a los términos comprometidos en dichos instrumentos o si la actuación del administrado excede u omite lo habilitado por la autoridad. OEFA no tiene competencia ni facultades para evaluar los impactos ambientales de los proyectos de inversión y, a partir de ello, definir la viabilidad ambiental o no de un proyecto, obra o actividad; en este sentido, tampoco le corresponde ejercer una función normativa al respecto. El OEFA sí puede dimensionar y dosificar el daño ambiental generado por la comisión de infracciones en el ejercicio pleno de su potestad sancionadora.
- iii. Lo anterior se complementa con lo dispuesto en el Artículo 78° del Reglamento de la Ley del SEIA (Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM), que establece que, si como resultado de las acciones de supervisión y fiscalización se determinase que los impactos ambientales negativos generados difieren de manera significativa de los declarados en la documentación que propició la certificación ambiental, la autoridad en materia de supervisión, fiscalización y sanción ambiental requerirá la actualización del estudio ambiental, ante la autoridad ambiental competente, en el plazo y condiciones que indique la legislación vigente. Como vemos, sin perjuicio de que este artículo sea claro al mencionar que los impactos detectados debieran ser de tipo negativo, lo cierto es que, por la naturaleza y objetivos diferenciados del SEIA y SINEFA, se contempla un escenario de interrelación y complementariedad entre las funciones de la autoridad que otorga la certificación ambiental y el ente fiscalizador, delimitándose el nivel de intervención de cada autoridad.

Es necesario tener en cuenta que la función normativa en materia de evaluación de impacto ambiental está claramente asignada y distribuida entre las autoridades que integran el SEIA. Así, corresponde al MINAM, a través de su Dirección General de Políticas, Normas e Instrumentos de Gestión Ambiental (DGPNIGA), constituir la autoridad técnico-normativa a nivel nacional en materia de evaluación de impacto ambiental y, como tal, dictar las normas y establecer los procedimientos relacionados con el SEIA. Las autoridades ambientales competentes, por su lado, conservan la función de dictar los reglamentos u otros dispositivos legales de carácter general

relacionados con sus procesos de evaluación de impacto ambiental y sus modificaciones, tales como los reglamentos de protección ambiental sectoriales, para lo cual, antes de su aprobación, deben contar con la opinión previa favorable del MINAM. Finalmente, el SENACE, autoridad que estará encargada de revisar y aprobar los estudios de impacto ambiental detallados (EIA-d), dicta normas, reglamentos, resoluciones y directivas referidas a asuntos de su competencia.²

Teniendo en cuenta lo anterior, considero que lo previsto en el Artículo 4.2° de la RCD N° 049-2013-OEFA/CD excede sustancialmente el ámbito de competencias del OEFA no sólo a nivel normativo, sino también porque la función de evaluación de impactos ambientales y de certificación (viabilidad) ambiental no se enmarca dentro de ninguna de las funciones previstas legalmente para el OEFA: evaluación y monitoreo de la calidad ambiental, supervisión, fiscalización y sanción ambiental.

Aunque, en el Artículo 4.2° de la RCD N° 049-2013-OEFA/CD, no se establece expresamente que, al no calificar la "mejora manifiestamente evidente" como una infracción administrativa, se estaría declarando la viabilidad ambiental de la actividad certificando su ejecución pese a no estar prevista en el estudio ambiental, y, es más, se afirma expresamente que esta facultad se ejerce sin afectar o menoscabar en modo alguno la función de certificación ambiental y no sustituye la competencia asignada a la autoridad competente para la certificación ambiental, lo cierto es que se dará una evidente contradicción u omisión entre lo aprobado por la autoridad ambiental encargada de la certificación ambiental –quien aprobó el estudio ambiental en determinados términos– y lo "respaldado por el OEFA" al liberar el supuesto "de no correspondencia" de calificar como infracción administrativa.

Además, está el hecho de que mediante una norma de fiscalización ambiental se regule un nuevo supuesto de excepción a la "certificación ambiental", en la que se exige al titular de la presentación de un requisito previo (previsto en el Artículo 4° del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM) y "regulariza" una actividad que no cuenta con la viabilidad ambiental de la autoridad competente, esto es, la autoridad encargada de aprobar el ITS correspondiente.

En la RCD N° 049-2013-OEFA/CD se contempla que la calificación de una conducta como mejora ambiental se sustentaría en un informe de supervisión emitido por la autoridad de supervisión directa del OEFA y que este pronunciamiento no afectaría la función de certificación ambiental del SEIA; sin embargo, no queda claro cómo en términos concretos se calificará una actividad como "mejora manifiestamente evidente" sólo para efectos del ámbito sancionador, mas no para efectos de que el titular pueda usar dicho pronunciamiento ante la autoridad competente de la evaluación de impacto ambiental como prueba de su certificación y en casos futuros.

¿Podríamos tener acaso en un mismo escenario una autoridad que archive el PAS por considerarse "mejora manifiestamente evidente" y una autoridad competente de la certificación ambiental que califique dicha modificación como una que requiere procedimiento previo o la presentación y aprobación de un ITS? ¿Cómo desligar la "habilitación legal del OEFA" de la "viabilidad ambiental" que debe emitir el evaluador?

Por lo expuesto, considero que lo dispuesto en el Artículo 4.2° de la RCD N° 049-2013-OEFA/CD menoscaba sustancialmente el ámbito de actuación de la autoridad competente para la certificación ambiental, limitando los alcances de lo que ésta resuelva y sometiénola a la discrecionalidad técnica del ente fiscalizador que, al calificar una mejora de "manifiestamente evidente", estaría otorgando implícitamente la viabilidad ambiental a una actividad u obra que no guarda correspondencia con el instrumento de gestión ambiental aprobado.

2 A la fecha de elaboración del presente artículo, no ha sido publicada la norma que aprueba el cronograma de transferencias de funciones de los subsectores al SENACE.

5. Sobre la desnaturalización del enfoque preventivo de la gestión ambiental

La consecuencia jurídica lógica a la detección de algún incumplimiento a los compromisos establecidos en los instrumentos de gestión ambiental aprobados debiera ser la configuración de una infracción administrativa. La fiscalización y sanción, como técnica del derecho administrativo, desempeña una función preventiva dentro del aparato de control estatal de las actividades de los privados, evitando la comisión de infracciones que puedan generar afectación a los bienes jurídicos protegidos, que son, en el caso ambiental, los recursos naturales, el ambiente, la vida y la salud de las personas. El fin de la fiscalización no es de orden represivo, sino, más bien, esa es la consecuencia aparejada al ejercicio de la potestad sancionadora; lo que se busca a través del régimen de fiscalización ambiental es disuadir y desincentivar las conductas infractoras y atentatorias contra el ambiente a través del “dolor”, con el objetivo de que el infractor no repita su acción y se evite así el daño. Por ello, cualquier habilitación contraria debe ser considerada una excepción al régimen general y, por lo tanto, deben establecerse supuestos taxativos no sujetos a interpretación o extensión alguna.

Ahora bien, en el marco de los principios de razonabilidad, algunos sostienen que deben diferenciarse los incumplimientos *per se* de aquellas actividades u obras que, pese a no guardar una correspondencia con lo contemplado en los estudios ambientales o IGA aprobados, pueden constituir un beneficio ambiental y permiten cumplir con los compromisos ambientales previstos en los instrumentos ambientales, como es el caso de la “mejora manifiestamente evidente” del OEFA.

Sin embargo, consideramos que el principio de razonabilidad debe quedar reservado para los siguientes supuestos:

- i. Durante el proceso normativo en el que el legislador o la autoridad que ejerce función normativa determina que cierta conducta es pasible de calificar como una infracción administrativa por generar un peligro a los bienes jurídicos protegidos (lo mismo es aplicable para el ejercicio de la colaboración reglamentaria).
- ii. Cuando el fiscalizador debe realizar la subsunción de determinada conducta u omisión en los alcances del tipo administrativo calificado como infracción. Es decir, establecer una coincidencia y relación entre lo tipificado como infracción administrativa y la acción de incumplimiento del administrado.
- iii. En la oportunidad de la graduación de la sanción, al dimensionar y dosificar el nivel de gravedad o aflicción que la sanción administrativa causa en la esfera jurídica del administrado, considerando los factores agravantes y atenuantes que correspondan y los criterios de proporcionalidad respectivos.
- iv. Al momento de determinar que el administrado ha incurrido en un ilícito administrativo por una acción de la Administración o error inducido por una disposición administrativa que sea confusa o ilegal. A la fecha, este supuesto está considerado como un factor atenuante; sin embargo, dada la naturaleza del hecho determinante de la infracción, debiera ser considerada como un factor eximente de responsabilidad.

Por lo anterior, aplicar el principio de razonabilidad para eximir al administrado de su responsabilidad administrativa por realizar actividades no contempladas en su IGA aprobado por una autoridad competente para ello y, por lo tanto, que no se encuentran autorizadas resulta en exceso condescendiente y perjudicial para un sistema de fiscalización que pretende controlar el riesgo ambiental y adelantarse a la ocurrencia del daño. A esto se suma el escenario de excepcionalidad de la función sancionadora del OEFA, que se verá limitado durante 3 años y será ejercido en supuestos específicos, prevaleciendo el dictado de medidas correctivas frente al inicio de PAS y aplicación de sanciones disuasivas.

Consideramos que no es acorde con los fines del SEIA y el SINEFA crear mecanismos que liberen al administrado de su responsabilidad administrativa por lo siguiente:

- i. El administrado cuenta con las herramientas administrativas necesarias para iniciar y tramitar los procedimientos orientados a la obtención de la aprobación por parte de la autoridad competente para la certificación ambiental; por ello, la tramitación del ITS resulta una acción que, pese a contemplar un breve plazo de evaluación, sí está sometida a la declaración de viabilidad por parte de la autoridad.
- ii. Dejar, en el ámbito de la fiscalización ambiental, las declaratorias de "mejora manifiestamente evidente" supone desconocer la complejidad y carácter técnico de los procesos de evaluación ambiental de los instrumentos de gestión, los cuales, por su naturaleza indivisible, requieren un proceso de evaluación y revisión integral de los impactos asociados a la actividad. Al respecto, en el reglamento de la Ley del SEIA, se proclama la observancia del principio de invisibilidad que supone que "[L]a evaluación del impacto ambiental se realiza de manera integral e integrada sobre políticas, planes, programas y proyectos de inversión, comprendiendo de manera indivisa todos los componentes de los mismos".³
- iii. En la línea de lo señalado en el punto precedente, no existe claridad sobre cómo en la etapa de supervisión se podrá determinar de manera indubitable y con certeza que la mejora ambiental de un aspecto o componente del proyecto de inversión no supondrá el desmedro o afectación de otro elemento. Señala el propio OEFA que "el acto de definir una conducta como mejora está condicionada a la información que ostenta quien realiza la evaluación".
- iv. Al declararse que determinada obra o actividad constituye una "mejora manifiestamente evidente" en la fase de fiscalización, el fiscalizador limitará su actuación a dicha calificación sin tener competencia para ordenar la ejecución de medidas de manejo ambiental complementarias, las cuales sí corresponden en un proceso de evaluación de impacto ambiental.

Por dichas razones, considero que la confirmación por parte del OEFA de que determinada obra o actividad constituye una "mejora manifiestamente evidente" supone un mecanismo que relativiza el ejercicio de autoridad del ente que otorga la certificación ambiental, además de suponer una forma de "regularización" de una actividad que venía siendo ejercida de manera irregular, desnaturalizando plenamente el carácter preventivo de la gestión ambiental, que prioriza los mecanismos orientados a prevenir los impactos ambientales y/o el daño ambiental.

3 Numeral a) del artículo 3º del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto ambiental, aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM.

6. Una reglamentación que no soluciona el problema

Para complementar esta regulación, el OEFA ha optado por reglamentar los alcances de la RCD N° 049-2013-OEFA/CD mediante la reciente aprobación de la Resolución de Consejo Directivo N° 041-2014-OEFA/CD (en adelante RCD N° 041-2014-OEFA/CD), mejorando mas no solucionando los problemas antes descritos. El reglamento establece una definición de “mejora manifiestamente evidente”, no previsto en la norma del 2013.

Así, el OEFA señala que existe una “mejora manifiestamente evidente” cuando la medida o actividad realizada por el administrado excede o supera, en términos de mayor protección ambiental o un mayor cumplimiento de obligaciones, lo establecido en el IGA sin que dicho exceso o superación genere daño o riesgo alguno para el ambiente o la vida y salud de las personas ni menoscabe o afecte el interés público que subyace a la función de certificación.

Al respecto, no queda claro en qué extremo difiere esta definición de los requisitos exigidos para la mejora tecnológica prevista en el Decreto Supremo N° 054-2013-PCM y posteriormente recogida en el Artículo 4.3 de la RCD N° 049-2013-OEFA/CD. La definición aquí prevista no dota de contenido al término “manifiestamente”, que constituye el factor en el que difiere de la mejora ambiental prevista en el Artículo 4.3 referido, y que sería la causa eximente de que se le exija la tramitación de un ITS.

En el reglamento también se establece que la autoridad supervisora directa, instancia encargada de pronunciarse sobre la existencia de una “mejora manifiestamente evidente”, podrá solicitar opinión a la autoridad competente para emitir la certificación ambiental sobre los alcances de las obligaciones asumidas por el administrado en su IGA. En virtud de lo señalado en el presente artículo, resulta incompatible dejar la opinión de la autoridad competente de la certificación ambiental como un asunto facultativo o sujeto a discreción, especialmente si luego se dispone que la autoridad de supervisión directa deberá comunicar a la autoridad competente para la certificación ambiental de la determinación de la conducta del administrado como una “mejora manifiestamente evidente”, situación que, de ser incompatible con la posición de esta última, acarreará la elaboración y presentación del informe técnico acusatorio por parte del OEFA. Esta situación, considero, coloca en un escenario de incertidumbre y falta de predictibilidad jurídica al administrado.

7. Conclusiones

- La figura de "mejora tecnológica", creada mediante Decreto Supremo N° 054-2013-PCM, fue desarrollada desde un enfoque preventivo y conforme al criterio de gestión anticipada de impactos ambientales, por lo que la ejecución y validación de determinada actividad u obra como "mejora" está sujeta a la presentación y aprobación del ITS por la autoridad encargada de la certificación ambiental. Si bien resulta cuestionable el breve plazo previsto para la aprobación del trámite de ITS, que es de 15 días hábiles, lo cierto es que es sí existe la obligación legal de someter la actividad a la habilitación de la autoridad.
- La "mejora manifiestamente evidente" creada mediante la RCD N° 049-2013-OEFA/CD excede el ámbito de la competencia normativa del OEFA al desarrollar una figura que corresponde ser abordada en el ámbito de la certificación ambiental y en el marco del SEIA. La función normativa en materia de evaluación de impacto ambiental se encuentra expresamente asignada al MINAM, SENACE y autoridades ambientales competentes, según corresponda.
- La "mejora manifiestamente evidente" creada mediante la RCD N° 049-2013-OEFA/CD excede el ámbito de competencia del OEFA al habilitar a la autoridad fiscalizadora para realizar actividades de certificación y declaratoria de viabilidad ambiental sobre actividades no consideradas y que no corresponden a los IGA aprobados. Esta función, asignada por el propio OEFA mediante resolución de consejo directivo de la entidad, excede los alcances de las facultades de evaluación, supervisión, fiscalización y sanción ambiental que le han sido asignadas por Ley y en el marco del SINEFA.
- La aplicación del principio de razonabilidad para eximir al administrado del inicio de cualquier PAS en el caso de detección de una "mejora manifiestamente evidente" no encuentra justificación y no es acorde con los objetivos de disuasión y prevención del régimen de fiscalización ambiental nacional y de gestión ambiental en general.
- Con la creación de la figura de "mejora manifiestamente evidente" se desconoce el carácter complejo e indivisible de los procesos de evaluación de impacto ambiental y la revisión integral que ameritan los IGA y sus modificaciones.

Así, el tema de "mejora ambiental" es un aspecto que merece una mayor exploración dado el dinamismo de las actividades y proyectos de inversión, pero especialmente de los ecosistemas. La figura amerita ser regulada de forma acotada y estableciendo supuestos específicos para su configuración. Asimismo, para asegurar la armonía entre los objetivos del SEIA y SINEFA y su relación como componentes del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, existe un deber de correspondencia normativa e institucional, evitando relativizar el rol de una u otra autoridad, que, a su vez, coloque en situación de confusión e incertidumbre jurídica al administrado. Por ello, se recomienda que el tema sea abordado sólo al nivel de la certificación ambiental y por las autoridades ambientales competentes, reservándose el rol del fiscalizador para la constatación del cumplimiento y correspondencia entre las actividades ejecutadas y lo aprobado por la autoridad en el IGA correspondiente.

Bibliografía

JORDANO, Jesús

1995 “La evaluación de impacto ambiental. Naturaleza, impugnabilidad y perspectiva”. Revista de Derecho Urbanístico, N° 143, 1995, pp. 129 y 145.

LOZANO, Blanca

2003 *Derecho ambiental administrativo*. Madrid: Editorial Dykinson.

MACÍAS, Luis Fernando

2012 “Evaluación de impacto ambiental en Colombia desde el Decreto Ley 2811 de 1974”. En María del Pilar García Pachón (compiladora). *Evaluación de impacto ambiental*, Universidad Externado de Colombia. Digiprint Editores EU. Bogotá, pp. 100-131.

SOTO CHÁVEZ, Ernesto y HUAPAYA NAVA, Mario

2014 “Los nuevos criterios del Tribunal de Fiscalización Ambiental”. En *La fiscalización ambiental en el Perú: reflexiones sobre las funciones y atribuciones del OEFA*. Primera Edición, 2014, pp. 281-301.

Esta publicación se terminó de imprimir
en el taller gráfico de NEGRAPATA SAC
Jr. Suecia 1470, Urb. San Rafael, Lima, Perú.
Marzo, 2015

Programa de Política y Gestión Ambiental

El Programa de Política y Gestión Ambiental de la SPDA impulsa y contribuye al desarrollo de las políticas públicas y herramientas legales que tengan como finalidad la mejora integral de la gestión y la institucionalidad ambiental en el Perú, promoviendo con ello el desarrollo sostenible a partir de un enfoque transectorial y descentralizado.

El programa busca consolidar el establecimiento de políticas públicas ambientales integrales y coherentes con las políticas sectoriales, regionales y locales, así como promover un diálogo responsable e informado de la sociedad civil en temas claves como recursos naturales, industrias extractivas y actividades productivas, evaluación ambiental estratégica, ordenamiento territorial, evaluación de impacto ambiental y fiscalización ambiental, participación ciudadana, consulta previa, entre otros temas prioritarios en la agenda ambiental nacional.

Esta publicación está impreso en papel ecológico Shiro Alga Carta. Este papel es fabricado a partir de algas excedentes de la laguna de Venecia, recolectados en salvaguarda y protección del medio ambiente, combinados con fibras certificadas provenientes de bosques controlados; y usando "Energía Pura" no contaminante. La fábrica cuenta con Certificados RECS (Renewable Energy Certificate System), ISO 14001 (Gestión Ambiental), ISO 9001 (Gestión de Calidad), ISO 18001 (Gestión de Salud y Seguridad) y FSC (fibras obtenidas de bosques renovables).

100%
Green Energy



"La fiscalización ambiental es un instrumento de gestión que, más allá de cumplir un rol sancionador, busca proteger nuestro capital natural y asegurar la integridad, calidad y disponibilidad de los servicios que brindan nuestros ecosistemas y recursos naturales para el bienestar de todos los peruanos".

Pedro Solano
Director ejecutivo

ISBN: 978-612-4261-02-2



9 786124 261022