

Perú en el 2020: avances en la tutela ambiental y cuestiones pendientes

RAMÓN ALBERTO HUAPAYA TAPIA

ÓSCAR ALBERTO ALEJOS GUZMÁN

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. NOVEDADES Y AVANCES EN EL DERECHO AMBIENTAL. 2.1. Veinte años de creación del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA). 2.2. Modificación a la legislación de gestión de residuos sólidos. 2.3. Reglamento de la Ley sobre cambio climático. 2.4. Modificación del Reglamento del procedimiento administrativo sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). 2.5. Rechazo a la ratificación del Acuerdo de Escazú. 3. AGENDA PENDIENTE EN LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En este artículo, se detallan las principales novedades en el derecho ambiental en el Perú durante el año 2020. Se destacarán así modificaciones legislativas y nuevas regulaciones en materia de residuos sólidos, cambio climático y procedimiento sancionador. Asimismo, considerando la importancia de la fiscalización ambiental, se resaltará la agenda pendiente en este rubro.

ABSTRACT: In this paper, we detail the main news in environmental law in Peru during the past year. The legislative changes and new regulations will be highlighted, especially in the matters of solid wastes, climate change and sanctioning procedure. Likewise, considering the importance of the environmental supervision, we will emphasize the pending agenda.

PALABRAS CLAVE: Perú. Política ambiental. Fiscalización ambiental.

KEYWORDS: Peru. Environmental policy. Environmental supervision.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho ambiental en el Perú ha ido desarrollándose paulatinamente a partir del año 1990, con el establecimiento de un marco normativo complejo que abarca diversas leyes y reglamentos (inicialmente mediante el Código de Medio Ambiente y de los Recursos Naturales del año 1990 – que estableció una regulación ambiental fundamentalmente sectorial-, norma que fue derogada y sustituida en sus bases mediante la Ley General de Medio Ambiente, Ley N° 28611 del año 2005, que establece un marco institucional transectorial del medio ambiente en el Perú, actualmente vigente).

A partir de la citada Ley General de Medio Ambiente, se ha establecido un marco organizativo institucional de diferentes organismos transectoriales en materia medio ambiental, bajo la rectoría del Ministerio del Ambiente (creado por el Decreto Legislativo N° 1013, del año 2008), así como la participación de distintas administraciones públicas que integran la organización administrativa ambiental en el Perú, tales como el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA, creado por la Ley N° 29325, que tiene potestades específicas para la fiscalización y sanción en sectores como en minería, electricidad, hidrocarburos, pesca, manufactura, actividades comerciales y recientemente, actividades agrícolas), el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE, creado por la Ley N° 29968, y que se encarga de realizar la evaluación y certificación de proyectos de inversión en minería, electricidad e hidrocarburos y progresivamente en otros sectores productivos y de servicios), y el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP, adscrito al sector Ambiente mediante el Decreto Legislativo N° 1013, que se encarga de la protección, regulación y supervigilancia de las áreas naturales protegidas por el Estado en el Perú); así como otras entidades públicas que tienen competencias en materia ambiental, como los Ministerios sectoriales (que conservan potestades para evaluar y certificar inversiones menores, así como para fiscalizar y sancionar, en tanto tales facultades no sean transferidas progresivamente al OEFA y al SENACE), y los Gobiernos Regionales y Locales.

Cabe tener en cuenta que la matriz de la normativa ambiental parte de la Constitución Política de 1993 (artículos 67 y 68), los múltiples Tratados internacionales en materia ambiental del cual el Perú es parte, la citada Ley General del Medio Ambiente (que es la ley de cabecera del sector), y así mismo, normativa complementaria a la misma que es trascendental: tanto las normas organizativas del Ministerio del Ambiente, que es la autoridad sectorial en materia de medio ambiente, pero además que ejerce rectoría transectorial sobre todas aquellas entidades que tengan competencias en materia ambiental; así como las normas que regulan las potestades de las principales autoridades ambientales, tales como OEFA, SENACE, SERNANP, entre otras.

Pero el marco de la Ley General del Medio Ambiente se ve complementado por importantes normas: La Ley N° 28245, Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental (SNGA), que establece el marco normativo para la articulación de las diferentes competencias de las autoridades ambientales en el Perú en un marco de transectorialidad, la Ley N° 27446, del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), que establece el marco general para la evaluación y certificación ambiental detallada de las actividades económicas, productivas y de servicios que causen impacto en el medio ambiente¹, la Ley N° 29325, del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), que está a cargo del OEFA, la Ley N° 29968, del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles, y, finalmente, la Ley N° 28634, de Áreas Naturales Protegidas, que establece el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas – SINANPE. Todos estos sistemas ambientales y entidades están en permanente interacción para garantizar la eficacia transectorial de la variante ambiental en los distintos sectores productivos. Como tal es un ordenamiento complejo, variable y que ha sufrido varias modificaciones en el tiempo. Es menester mencionar que las variantes vinculadas a los recursos hídricos están fuera del ámbito del sector Ambiente, siendo que en el Perú están regulados dentro del Sector Agricultura, a través de un organismo público denominado Autoridad Nacional del Agua (ANA), regido por la Ley de Recursos Hídricos (Ley 29338).

Ahora bien, el año 2020 significó muchos cambios en nuestras vidas a raíz de la pandemia generada por la COVID-19, cambios que siguen hasta el día de hoy y probablemente seguirán por mucho tiempo más. Si bien la

¹ Cabe señalar que el SENACE también administra una “Certificación Ambiental Global”, regulada por la Ley 30327, y que es un símil de la autorización ambiental integrada prevista en el sistema español. Dicha CAG es aplicable a algunos proyectos de inversión que requieren una evaluación de impacto ambiental detallada.

voráGINE normativa producida al respecto ha estado vinculada a medidas temporales en el sector salud, el medio ambiente no ha estado exento de novedades en el Perú.

En ese contexto, el presente artículo abordará las principales novedades desarrolladas en el sector del medio ambiente, tanto a nivel legislativo como reglamentario. Sin ahondar mucho en esta introducción, se realizará una evaluación de los veinte años del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Asimismo, se explicarán los cambios generados en la legislación de residuos sólidos y en materia de cambio climático. Si bien no involucra un cambio normativo, no podía no mencionarse el rechazo del Congreso de la República a la ratificación del Acuerdo de Escazú, tan relevante en materia de transparencia.

Finalmente, se expondrán los cambios en el procedimiento sancionador que se sigue ante el OEFA, así como la agenda pendiente en dicho marco normativo que aún no termina de alinearse adecuadamente con la legislación común prevista en la Ley N° 27444, de procedimiento administrativo general.

2. NOVEDADES Y AVANCES EN EL DERECHO AMBIENTAL

Conforme precisamos previamente, analizaremos aquí las principales novedades y avances en el derecho ambiental en el último año.

2.1. VEINTE AÑOS DE CREACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL (SEIA)

Si bien aquí no estamos frente a una novedad legislativa o jurisprudencial, sí cabe destacar el aniversario de dos décadas del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA, regulado por la Ley N° 27446 y su Reglamento) en nuestro país, sobre todo para realizar un *balance* desde su creación.

Como ha sido destacado por la doctrina nacional², el SEIA se inspira no sólo en la prevención, sino además en la necesidad de ofrecer una respuesta *especial* para un proyecto que necesariamente va a interactuar con el ecosistema. En ese sentido, la *especialidad* se presenta como concepto clave para entender los pormenores de todo el sistema de evaluación de impactos ambientales. En efecto, considerando la enorme variedad de los

² VERNA, Vito. Reflexiones en torno al SEIA, a 20 años de su creación. *Forseti. Revista de Derecho*, 13, 2021, p. 22.

distintos proyectos y sus distintas formas de afectar los también diversos ecosistemas en donde se desarrollan, es simplemente lógico concluir que deben realizarse estudios ambientales específicamente diseñados para el caso concreto. Solo así se permite una adecuada valoración de los posibles impactos y de las medidas más idóneas para garantizar la prevención, mitigación o compensación.

Cabe notar que un aspecto clave para asegurar que los instrumentos de gestión ambiental cumplan con ese carácter de especialidad es la *participación ciudadana*³; sin embargo, su regulación actual en la Ley del SEIA dista de ser la más completa. En este punto es (o debería ser) clave el Acuerdo de Escazú sobre el que nos pronunciaremos más adelante.

Ahora bien, esa misma especialidad nos debe llevar a pensar en otro concepto clave: la *adaptación*. La necesaria transformación de los proyectos en curso y de su interacción con el medio ambiente son motivos suficientes para prever expresamente en forma normativa, la necesidad de adaptación de los llamados instrumentos de gestión ambiental. Nos explicamos: la evaluación ambiental en el Perú es fundamentalmente *prospectiva*, se otorga certificación ambiental a proyectos no ejecutados. Pero el problema es que el impacto ambiental que fue predicho originalmente con la certificación ambiental inicial, luego puede variar. Y por ello, es necesario regular la necesidad de variación o adaptación de los instrumentos y certificaciones de impacto ambiental que fueron inicialmente aprobados.

Esta apreciación es quizá la que marca la gran *deficiencia* de nuestro SEIA, latente luego de las dos décadas que han transcurrido desde su creación. Como puede imaginarse, la deficiencia legislativa que no promueve la adaptación o modificación progresiva de los instrumentos de gestión ambiental tiene consecuencias importantes en la fiscalización de las empresas y en sus índices de incumplimiento.

Asimismo, esa falta de regulación en la norma general ha devenido en múltiples normas sectoriales (por ejemplo, en el sector minero o pesquero) que regulan de forma distinta la actualización o modificación de los instrumentos de gestión ambiental. Evidentemente dicha situación no es la óptima, dado que la necesidad de *adaptación* se presenta sin importar el sector, por lo que una regulación adecuada en la norma general resulta imprescindible.

³ VERNA, Vito. Reflexiones en torno al SEIA, a 20 años de su creación. *Forseti. Revista de Derecho*, 13, 2021, p. 32.

En ese sentido, el aniversario del SEIA sirve para discutir esos aspectos que están urgidos de una reforma. El régimen de *actualización y modificación* de los instrumentos de gestión ambiental requiere de una urgente reforma que bien puede acoger las soluciones que se han diseñado por los reguladores en diversos sectores.

2.2. MODIFICACIÓN A LA LEGISLACIÓN DE GESTIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS

En el año 2016 se publicó el Decreto Legislativo N° 1278, conforme al cual se aprobó la Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos, cuya finalidad es la prevención o minimización de la generación de residuos sólidos; siendo su segunda finalidad la recuperación y valorización.

Este modelo no fue ajeno el año pasado a la terrible pandemia de la COVID-19. Por ello, el 11 de mayo de 2020 se publicó en el diario oficial El Peruano, el Decreto Legislativo N° 1501 que modificó la Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos, precisamente para contemplar disposiciones sobre el manejo en *situaciones de emergencia*. Sin embargo, el cambio fue más allá, implicando una reforma de varios artículos de la norma. Empecemos por dichos cambios puntuales.

Un primer cambio relevante es que se ha definido lo que debe entenderse por “material de descarte”, eliminando así las dudas que existían con el texto anterior que regulaba los pormenores (recolección, transferencia, etc.) sin una definición previa. Así, ahora se define al material de descarte como “todo subproducto, merma u otro de similar naturaleza, que constituya un insumo directamente aprovechable para la misma actividad u otras”.

Por otro lado, se han precisado las funciones del OEFA, incorporando la competencia para supervisar, fiscalizar y sancionar la implementación y operación de celdas transitorias instaladas en el marco de la declaratoria de emergencia.

En línea similar, se han modificado las funciones del Ministerio de Salud, precisando que sus competencias normativas y de supervisión en el manejo de los residuos sólidos, incluye aquellos que se generen en la atención médica de pacientes en sus domicilios. Como puede apreciarse, esta precisión se explica por la creciente atención domiciliaria que se viene realizando en el marco de la prevención de la COVID-19. Disposiciones similares se han implementado para las competencias de gobiernos locales.

Por otra parte, dentro de las operaciones en el manejo de residuos sólidos se ha incorporado el “acondicionamiento”. Este proceso consiste en la transformación física que permite y/o facilita la valorización de residuos sólidos. Se esperan mayores precisiones en la modificación reglamentaria que está pendiente.

Otros procesos ya contemplados en la norma (segregación de la fuente y valorización) han sido objeto de precisiones puntuales.

Ahora bien, el gran cambio es la incorporación del Título IX a la ley, vinculado a la gestión y manejo de residuos sólidos en *situaciones de emergencia* decretadas por el Gobierno nacional. Conforme a este título, se han implementado una serie de reglas de flexibilización que buscan dotar de mayor celeridad en los procesos ante una situación de emergencia.

Así, se prevé que, en situaciones de emergencia, no se requerirá cumplir con el trámite de evaluación ambiental para implementar infraestructuras de residuos sólidos, siempre que éstas se encuentren vinculadas directamente con la mitigación y minimización de efectos negativos. El administrado solo asume la obligación de informar previamente a la autoridad competente. Claro está que, una vez concluida la situación de emergencia, se tendrá que tramitar y obtener el instrumento de gestión ambiental correspondiente.

Otra disposición importante es aquella que establece que el servicio de gestión residuos sólidos municipales es *esencial y prioritario*, de manera que debe *garantizarse su continuidad* en situaciones de emergencia. Para este fin, se promueve la colaboración interinstitucional entre gobiernos locales.

Finalmente, se otorga competencia al Ministerio del Ambiente para aprobar disposiciones, lineamientos o protocolos que permitan el adecuado manejo de residuos sólidos durante situaciones de emergencia. En ese sentido, se esperan más novedades en los próximos meses.

2.3. REGLAMENTO DE LA LEY SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO

En el Perú – siendo un país suscriptor del Acuerdo de París – ya contábamos con una Ley Marco sobre Cambio Climático desde abril de 2018 (Ley 30754); sin embargo, la reglamentación de dicha ley estuvo pendiente hasta que, al cierre del año 2019, se publicó finalmente el Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2019-MINAM, publicado el 31 de diciembre de 2019.

La Ley Marco sobre Cambio Climático establece una serie de principios y enfoques para la gestión integral del cambio climático. Asimismo, regula el marco institucional, con las competencias principales de las autoridades involucradas en todos los niveles de gobierno. Ello, sin dejar de brindar un espacio para los actores no estatales, garantizando así su derecho de participación en las políticas públicas.

Asimismo, la ley precisa los instrumentos de gestión integral para el cambio climático, pero sin desarrollarlos. De la misma forma, contempla las medidas de adaptación y mitigación, pero no realiza un desarrollo al respecto.

Por ello, la necesidad de esta reglamentación era incuestionable. Conforme se lee en la exposición de motivos de la norma, el Perú presenta siete de las nueve características de vulnerabilidad reconocidas por la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, entre ellas, zonas costeras bajas, zonas áridas y semiáridas, zonas de alta contaminación atmosférica urbana y dependencia económica de las actividades vinculadas a combustibles fósiles. En ese sentido, no quedan dudas sobre la vulnerabilidad del país frente a los efectos adversos del cambio climático.

Pues bien, el mencionado reglamento consta de seis títulos, setenta y dos artículos, y veinte disposiciones complementarias finales. Destaca, desde el punto de vista institucional, las precisiones realizadas a las competencias de la autoridad nacional en materia de cambio climático, es decir, el Ministerio del Ambiente. Ello, sin dejar de regular las competencias de las demás autoridades sectoriales y de los gobiernos locales.

También interesa resaltar la atención brindada al *derecho de acceso a la información y al derecho de participación ciudadana*, pilares de la transparencia y de un adecuado gobierno democrático. En este ámbito, es importante resaltar el Sistema para el Monitoreo de las Medidas de Adaptación y Mitigación, cuya difusión y acceso permitirá a la ciudadanía conocer los resultados de la implementación de dichas medidas.

Así también, el Reglamento desarrolla los instrumentos de gestión integral del cambio climático, divididos en instrumentos de planificación, contribuciones determinadas a nivel nacional, estrategias nacionales y regionales, planes locales y otros.

Otro aspecto interesante del Reglamento que vale la pena destacar y sobre el cual habría que ahondar en su aplicación es el correspondiente a la promoción de la inversión privada sostenible mediante *asociaciones público-privadas*. Esta norma prevé que los proyectos de inversión de asociaciones público-privadas deben incluir medidas de adaptación y/o mitigación.

Por otro lado, el Reglamento desarrolla las *medidas de adaptación y mitigación*.

Las *medidas de adaptación* son concebidas en la norma como intervenciones planificadas cuya finalidad es reducir o evitar alteraciones severas, pérdidas y daños, desencadenados por los peligros asociados al cambio climático.

Asimismo, la norma lista los elementos mínimos que debe tener una medida para considerada como medida de adaptación: (i) enfocarse en un sujeto vulnerable expuesto al impacto del cambio climático; (ii) evita, previene o reduce la exposición o sensibilidad a los peligros asociados al cambio climático, o contribuye a crear resiliencia o capacidad adaptativa; (iii) cuenta, al menos, con un indicador que permite medir el avance o resultados de su implementación; y, (iv) contribuye al desarrollo sostenible y resiliente al clima.

Por su parte, las *medidas de mitigación* son concebidas en la norma como acciones que tienen por objeto reducir las emisiones de gases de efecto invernadero e incrementar las remociones de dichos gases.

Del mismo modo, la norma prevé sus elementos mínimos: (i) medidas aplicables dentro del territorio peruano y técnicamente viables; (ii) generan reducción de emisiones o incremento de remociones de gases de efecto invernadero adicionales a la línea base nacional; (iii) cuentan con línea base de emisiones y remociones; (iv) cuentan con información referencial cuantificable (costos, potencialidad de mitigación, etc.); (v) están articuladas a los objetivos de la ley; (vi) generan beneficios más allá de la mitigación del cambio climático; (vii) tienen potencialidad de ser replicables y/o incrementar su escala; (viii) consideran prácticas, costumbres y saberes tradicionales y ancestrales de los pueblos indígenas u originarios, cuando corresponde; (ix) incluyen indicadores que permiten medir el avance de su implementación; y, (x) respetan los derechos de los pueblos indígenas u originarios.

Adicionalmente, como señalamos antes, se dispone la creación del Sistema para el Monitoreo de las Medidas de Adaptación y Mitigación que permitirá realizar el seguimiento y reporte de la implementación de las correspondientes medidas de adaptación y mitigación.

Sin duda alguna, el Reglamento bajo análisis presenta más novedades interesantes (por ejemplo, existe toda una regulación sobre el impacto del cambio climático en la política educativa y en la gestión del conocimiento); sin embargo, por razones de espacio, nos hemos limitado a detallar los aspectos más relevantes.

Queda ahora esperar a la *implementación* de los correspondientes instrumentos y medidas.

2.4. MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL (OEFA)

El 24 de octubre de 2020 se publicó la Resolución de Consejo Directivo N° 16-2020-OEFA/CD, norma que modifica el artículo 24 del Reglamento del procedimiento sancionador del OEFA. Tal como hemos señalado, OEFA tiene la competencia para fiscalizar y sancionar por incumplimiento de la normativa ambiental. Como tal, está sometida a la Ley N° 29325 que le otorga tales potestades y disciplina como norma *especial*, las peculiaridades de dichas funciones. Pero también el OEFA está sometido en los aspectos de fiscalización y sanción a lo previsto en la norma común en dicha materia, vale decir, la Ley N° 27444, del procedimiento administrativo general, que contiene disposiciones comunes aplicables a los procedimientos de fiscalización y sanción por parte de todas las entidades públicas en el Perú.

El cambio normativo bajo análisis es muy puntual y, hasta podría ser considerado una nimiedad. En efecto, lo único que se ha modificado es el plazo para resolver los recursos de apelación en sede administrativa. Así, se ha duplicado (de 30 días a 60 días hábiles) el plazo que tiene el Tribunal de Fiscalización Ambiental para resolver tales recursos⁴. Sin embargo, consideramos que el cambio no es menor.

La justificación del cambio se halla en la complejidad de los casos que llegan al Tribunal y que ameritarían una evaluación mayor que no puede ser realizada en tan escaso tiempo. Sin duda, un fin loable que no puede ser ignorado. No obstante, es importante preguntarse si la “solución” brindada sirve en realidad para atacar el verdadero problema.

Y es aquí donde consideramos que el incremento del plazo para resolver no necesariamente es una solución a la problemática de los cientos de expedientes que esperan resolución en segunda instancia administrativa. Tampoco resolverá la problemática mayor del acceso a la justicia que reclaman muchos administrados que se ven sometidos a procedimientos larguísimos ante una autoridad administrativa.

Lo dicho no es solo una intuición, sino que se basa en los antecedentes de la norma, en su exposición de motivos y en la matriz de comentarios de los múltiples administrados que se opusieron al cambio normativo.

⁴ En el Perú, el plazo general previsto para resolver los recursos de apelación está regulado en la Ley del Procedimiento Administrativo General y es de 30 días hábiles.

En ese sentido, este cambio invita seriamente a una reflexión. En particular, sobre la eventual necesidad de la vía recursiva en el procedimiento sancionador (que es abiertamente infructuosa cuando no existe un órgano *realmente* independiente que resuelva dicho recurso), considerando no sólo la duración excesiva de toda la vía administrativa en su conjunto, sino además la dudosa naturaleza garantista del citado recurso.

2.5. RECHAZO A LA RATIFICACIÓN DEL ACUERDO DE ESCAZÚ

El escenario ambiental peruano no sólo fue objeto de cambios normativos e innovaciones regulatorias, sino que también abarcó un lamentable debate político en torno a la ratificación del Acuerdo de Escazú (“Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe”). Decimos “lamentable” porque la discusión no se centró en aspectos técnico-jurídicos, sino en una serie de afirmaciones sin sustento; en suma, se trató de un debate bastante desinformado.

El Acuerdo de Escazú es un tratado regional suscrito por el Gobierno peruano en setiembre de 2018, cuyo propósito es promover los derechos de acceso en materia de medio ambiente; es decir, el derecho de acceso a la información pública, a la participación ciudadana y el derecho de acceso a la justicia ambiental (artículo 1°). Se trata, en suma, de un acuerdo que fija estándares mínimos para garantizar el acceso a la información y la participación pública, bajo los cánones de transparencia y democracia deliberativa.

Sin duda, su ratificación – como lo han hecho otros países de la región – era importante y provechosa. En efecto, es incuestionable la relevancia de mejorar los estándares de transparencia y rendición de cuentas en un escenario como el medio ambiente.

Lamentablemente una fuerte campaña de desinformación basada en supuestas afectaciones a la soberanía nacional llevó al Congreso a rechazar la ratificación en octubre de 2020. Ello, pese a que el texto del Acuerdo es claro respecto de la necesidad de respetar la normativa interna. Basta mencionar que el artículo 3° contempla el *principio de soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales*, y el artículo 4° expresamente establece que “cada Parte adoptará todas las medidas necesarias, de naturaleza legislativa, reglamentaria, administrativa u otra, *en el marco de sus disposiciones internas*, para garantizar la implementación del presente Acuerdo”.

En este pequeño artículo, solo nos queda rechazar la posición asumida por el Congreso y resaltar la importancia del Acuerdo de Escazú en una sociedad como la nuestra.

Como ha sido destacado⁵, si bien existen avances regulatorios importantes, también existe una *brecha de implementación* que es necesario superar. Para ello, el Acuerdo de Escazú es clave al imponer un *piso mínimo de garantías* en los llamados derechos de acceso en cuestiones ambientales.

3. AGENDA PENDIENTE EN LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

Donde lamentablemente no se han visto grandes cambios (con la excepción de la modificación antes detallada), es en el campo de la fiscalización ambiental. De ahí que hayamos decidido hablar de la “agenda pendiente”.

En el Perú, la fiscalización ambiental está encomendada principalmente a una autoridad administrativa (el OEFA), sin perjuicio de que existe también un sistema de control penal de ciertos delitos ambientales. Sin embargo, el grueso de la fiscalización se halla en manos del OEFA, entidad competente para fiscalizar y sancionar a cualquier persona que incurra en infracciones ambientales.

Como es fácil de intuir, en materia de *infracciones ambientales* nos encontramos ante una vorágine de normas que cambian en función del sector y en donde reina además el uso cada vez más desmedido de tipificaciones abiertas, en blanco o mediante normas de remisión. Lo que podría considerarse en su momento una exigencia necesaria del sector (por su complejidad), se ha convertido en un escenario de *arbitrariedad* en la tipificación.

Sin embargo, no pretendemos centrarnos en ello, pues su análisis daría lugar a una monografía extensa. Aquí resaltaremos otros aspectos que ameritan una reforma o, en el mejor de los casos, una lectura distinta por parte de la autoridad.

Como señalamos en el acápite previo, se ha modificado el artículo 24 del Reglamento del procedimiento sancionador del OEFA. Sin embargo, ninguna otra reforma ha recibido dicho reglamento, pese a estar vigente

⁵ MORA, Carol. [Acuerdo de Escazú: temores infundados](#). Setiembre de 2020. Recuperado de internet (última revisión: 21 de febrero de 2021).

desde el 2017. Cabe resaltar que esta norma debe leerse en conjunto con el Reglamento de Supervisión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-2019-OEFA-CD, norma que, si bien regula las actividades de supervisión, tiene implicancias trascendentales para el régimen de *enforcement* de las obligaciones ambientales y que forman parte del llamado “macroproceso de fiscalización ambiental”⁶. Basta mencionar que esta última norma contempla como novedad⁷ el llamado principio de *regulación responsiva* que, entendido correctamente, debería considerarse como un criterio que puede limitar la potestad sancionadora.

Si bien la falta de modificaciones en el reglamento sancionador del OEFA podría considerarse como un signo positivo sobre los beneficios del reglamento, consideramos que ello no es así. En realidad, urge una revisión de varias disposiciones del citado Reglamento para que el mismo desarrolle adecuadamente lo previsto en la legislación común de la potestad administrativa sancionadora; aquí nos limitaremos a enunciar una que nos resulta particularmente importante, por sus implicancias y por la existencia de otras normas reglamentarias que han regulado el supuesto.

Téngase en cuenta que en el Perú, los aspectos fundamentales del procedimiento administrativo sancionador están regulados en la norma común prevista en la Ley N° 27444, del procedimiento administrativo general (LPAG). Dicha regulación fue objeto de una profunda revisión en el año 2016, mediante el Decreto Legislativo N° 1272.

Ahora bien, con la entrada en vigencia del citado Decreto Legislativo 1272, se introdujo en el Perú una etapa adicional en el curso del procedimiento sancionador, debido a que se consagró como regla específica, la denominada separación entre órgano instructor y órgano sancionador en el curso del procedimiento sancionador.

Así, en términos sencillos, puede decirse que en el Perú, el procedimiento sancionador se estructura en función de las siguientes etapas: (i) imputación de cargos; (ii) descargo inicial del administrado; (iii) informe final de instrucción que recomienda el archivo o la sanción; (iv) un descargo final del administrado respecto del Informe Final de Instrucción emitido por el órgano instructor; y, (v) resolución que pone fin al procedimiento, emitido por el órgano sancionador

⁶ GÓMEZ, Hugo y GRANADOS, Milagros. El macroproceso de la fiscalización ambiental. *Revista de Derecho Administrativo*, 15, 2015, p. 95.

⁷ Para mayor información, véase: GRANDEZ, Percy y GAMIO, Pedro. La fiscalización ambiental en el Perú: situación actual y retos para su efectividad. *Revista de Derecho Administrativo*, 20, 2020, pp. 298-307.

¿Cuál es el problema en la regulación del procedimiento sancionador en OEFA? Nos referimos al caso de las discrepancias que pueden existir entre el llamado *informe final de instrucción* (emitido por el órgano instructor) y la *resolución de sanción* (expedida, claro está, por el órgano sancionador). Nos explicamos.

La etapa del procedimiento sancionador establecida en los citados puntos (iii) y (iv), no existía hasta el cambio normativo citado, al menos en el régimen de la LPAG. Precisamente, con este cambio se buscó enfatizar la separación entre órgano instructor y decisor, permitiendo a su vez que el administrado tenga una oportunidad adicional de ejercer su derecho de defensa.

Sin perjuicio de que, con esta modificación, se ha extendido la duración de los procedimientos, lo cierto es que se han visto efectos favorables en la práctica. No obstante, también han surgido problemas que pueden apreciarse perfectamente en el procedimiento sancionador que se sigue ante el OEFA por las presuntas infracciones ambientales. Y el principal problema ha sido – como ya adelantamos – la discrepancia que puede ocurrir entre la *recomendación* del informe final de instrucción y la *decisión* que finalmente toma la autoridad sancionadora.

Por poner un par de ejemplos. Sucede que, en diversas oportunidades, el informe final de instrucción propone una sanción de multa “X”, pero la autoridad decisor termina imponiendo una sanción de multa “X+10”, partiendo de un análisis distinto de los criterios de graduación de la sanción inicialmente propuesta (beneficio ilícito, probabilidad de detección, daño al medio ambiente, entre otros). En ese escenario, ¿cómo se ve afectado el administrado?

Otro ejemplo ocurre cuando el informe final de instrucción valora de cierta forma positiva un medio probatorio, pero luego la autoridad sancionadora no lo toma en consideración. En este escenario, ¿se ha afectado el derecho al debido procedimiento del administrado?

En nuestra posición, dichos ejemplos revelan una afectación al derecho al debido procedimiento administrativo (previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG), específicamente al *derecho de defensa*. La solución a ese problema pasa por concederle al administrado la posibilidad de pronunciarse sobre el cambio de criterio que pretende realizar la autoridad decisor respecto de lo señalado en el informe final de instrucción, particularmente cuando se trata de un aspecto relevante que perjudica al administrado (como es el cambio de criterio para imponer una multa más elevada).

Felizmente, otras administraciones públicas han tomado nota de esta problemática. Así, el caso más reciente es el vinculado al nuevo reglamento sancionador del organismo regulador en energía (Osinergmin). Este nuevo reglamento expresamente se coloca en dicha situación y exige que la autoridad decisora respete el *debido procedimiento*.

Qué duda cabe que consideramos que esta solución debe ser trasladada al caso del procedimiento sancionador en materia ambiental, si no a nivel reglamentario, al menos en la aplicación práctica que se realiza día a día al resolver los casos concretos.

Otro tema sobre el que queremos pronunciarnos está vinculado a la supervisión ambiental. Como hemos indicado previamente, el nuevo reglamento está lleno de novedades, muchas positivas como la consagración de la regulación responsiva y el desarrollo normativo de la *supervisión orientativa*, cuyo propósito expreso es promover el cumplimiento de obligaciones ambientales sin fines punitivos. Sin duda, un avance.

Sin embargo, el mencionado reglamento, al regular la llamada *subsanción voluntaria*, persiste en regularla alejándose de la norma general. Sobre el particular, ya nos hemos pronunciado en otra ocasión mediante un trabajo más general⁸. No obstante, vale la pena insistir.

El mencionado Reglamento de Supervisión del OEFA limita por partida doble la aplicación del eximente de responsabilidad por subsanción voluntaria: (i) eliminándolo si existe un requerimiento previo; y, (ii) restringiéndolo a los casos de incumplimientos leves.

La primera limitación parte de una inadecuada comprensión de la voluntariedad. Aquí seguimos el criterio de un sector de la doctrina nacional⁹, para quien el carácter voluntario no se pierde salvo que exista *coacción*. Una interpretación contraria simplemente eliminaría la posibilidad de subsanar apenas exista una supervisión, vaciando de contenido la norma.

⁸ HUAPAYA, Ramón, SÁNCHEZ, Lucio y ALEJOS, Oscar. El eximente de responsabilidad por subsanción voluntaria en la Ley del Procedimiento Administrativo General. En: *El Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano. Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Universidad de Piura – Palestra, 2018, p. 590 y ss. Una posición discrepante, analizando precisamente la legislación ambiental, en: GRANDEZ, Percy y GAMIO, Pedro. La fiscalización ambiental en el Perú: situación actual y retos para su efectividad. *Revista de Derecho Administrativo*, 20, 2020.

⁹ SÁNCHEZ, Lucio. El enfoque preventivo y la labor educadora de la fiscalización administrativa en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En: *La proyección del derecho administrativo peruano. Estudios por el centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP*. Coordinado por Diego Zegarra. Lima: Palestra, 2019, p. 463.

Sobre la segunda limitación, la norma reglamentaria no sólo se aleja de la ley común que no diferencia entre la gravedad de los incumplimientos, sino que tampoco sustenta el criterio. Cabe notar que, entre las infracciones graves, la norma contempla incluso las que no han generado daños; en ese sentido, queda claro que la posibilidad de reversión (criterio discutible, pero razonable) no ha sido el criterio.

En suma, persiste una agenda necesaria de compatibilización entre las normas sectoriales de fiscalización y la norma común. Esa compatibilidad no solo es necesaria por razones legales (la misma Ley de procedimiento administrativo general lo exige), sino por la necesidad valorativa de respetar el piso mínimo de garantías que reconoce la ley.

4. CONCLUSIONES

Sin duda alguna, el panorama que nos deja el año pasado para el derecho ambiental es sumamente interesante. Conforme hemos analizado, tenemos novedades legislativas y regulatorias importantes, pero también ciertos retrocesos.

Entre las novedades hemos destacado principalmente dos. Ambas responden a necesidades regulatorias latentes. Por un lado, el reglamento en materia de cambio climático era necesario para efectivizar todos los compromisos y políticas que se vienen diseñando para reducir la vulnerabilidad que tenemos como país frente a los efectos adversos del cambio climático.

Por otro lado, la modificación a la legislación de residuos sólidos no solo era necesaria para corregir algunos defectos de la nueva ley, sino además para regular un escenario que pasó desapercibido, pero que nos tomó por sorpresa el año 2020: las situaciones de emergencia.

El gran retroceso ha sido el rechazo a la ratificación del Acuerdo de Escazú, pese a ser un instrumento necesario y beneficioso en materia de estándares de transparencia y participación ciudadana. Quizá lo más grave del caso sea que el rechazo no estuvo motivado en una posición sólida, sino en una desinformación de mala fe.

Finalmente, el presente artículo nos ha permitido realizar algunos balances. Primero, sobre el SEIA a sus veinte años. Sin duda, un modelo sólido que requiere aún algunas mejoras en clave de simplificación y adaptación a la realidad cambiante de los proyectos que requieren una evaluación de impacto ambiental.

En segundo lugar, hemos realizado también un balance (lamentablemente parcial) sobre el modelo de fiscalización administrativa que tenemos en el Perú. Sin duda, un modelo pensado en garantizar el *enforcement* de las obligaciones ambientales, ruta que ha seguido correctamente el regulador luego de varios cambios normativos. Sin embargo, se ha dejado de lado la necesaria tutela del administrado frente a estas potestades de fiscalización y sanción.

5. BIBLIOGRAFÍA

GÓMEZ, Hugo y GRANADOS, Milagros. El macroproceso de la fiscalización ambiental. *Revista de Derecho Administrativo*, 15, 2015, pp. 75-95.

GRANDEZ, Percy y GAMIO, Pedro. La fiscalización ambiental en el Perú: situación actual y retos para su efectividad. *Revista de Derecho Administrativo*, 20, 2020, pp. 298-319.

HUAPAYA, Ramón, SÁNCHEZ, Lucio y ALEJOS, Oscar. El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en la Ley del Procedimiento Administrativo General. En: *El Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano. Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Universidad de Piura – Palestra, 2018, pp. 581-604.

MORA, Carol. *Acuerdo de Escazú: temores infundados*. Setiembre de 2020. Recuperado de: www.actualidadambiental.pe (última revisión: 21 de febrero de 2021).

SÁNCHEZ, Lucio. El enfoque preventivo y la labor educadora de la fiscalización administrativa en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En: Zegarra, Diego (Coord.) *La proyección del derecho administrativo peruano. Estudios por el centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP*. Lima: Palestra, 2019, pp. 445-467.

VERNA, Vito. Reflexiones en torno al SEIA, a 20 años de su creación. *Forseti. Revista de Derecho*, 13, 2021, pp. 21-45.