

Delegación de facultades en materia ambiental:

¿Hacia dónde vamos realmente con los procesos de certificación ambiental de los proyectos de inversión pública?

Flexibilización, oportunidades perdidas y la agenda pendiente

Informe

Mayo, 2023



SPDA

Delegación de facultades en materia ambiental:

¿Hacia dónde vamos realmente con los procesos de certificación ambiental de los proyectos de inversión pública?

*Flexibilización,
oportunidades
perdidas y la
agenda pendiente*

Informe

Mayo, 2023



SPDA

Edición:

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

Autoras:

Carol Mora, Wendy Ancieta, Bryan Jara,
Pámela Ramírez y Fátima Contreras

Asistente de investigación:

Grecia Medina

Colaboración:

Liliam Timaná

Diagramación:

Kipu Visual

Cita sugerida:

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental - SPDA (2023).

Delegación de facultades en materia ambiental: ¿Hacia dónde vamos realmente con los procesos de certificación ambiental de los proyectos de inversión pública?

Lima: SPDA.

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

Presidente: Jorge Caillaux

Directora ejecutiva: Isabel Calle

Directora del Programa de Política y Gobernanza Ambiental:

Carol Mora

Av. Prolongación Arenales 437, San Isidro, Lima

Teléfono: (+51) 612-4700

www.spda.org.pe

Se prohíbe la venta total o parcial de esta publicación, sin embargo, puede hacer uso de ella siempre y cuando cite correctamente a los autores.

El Programa de Política y Gobernanza Ambiental de la SPDA impulsa y contribuye al desarrollo de políticas públicas y herramientas legales que tengan como finalidad la mejora integral de la gobernanza y la institucionalidad ambiental en el Perú, promoviendo con ello el desarrollo sostenible del país y la tutela de los derechos humanos ambientales.

ÍNDICE

Contexto del análisis	05
1. La delegación de facultades del Congreso al Poder Ejecutivo.	05
Sobre la elaboración de los estudios de impacto ambiental de los proyectos de inversión	08
Oportunidades perdidas del Ejecutivo en la delegación de facultades	11
1. Incorporar sólidamente la variable ambiental en el ciclo de inversiones públicas como modificación en la regulación del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones.....	11
2. Regular los procesos de actualización de los estudios ambientales y la evaluación de impactos sinérgicos.....	13
3. Consolidar la generación de información ambiental por parte del Estado para la optimización del proceso de evaluación de impacto ambiental.....	14
4. El desempeño ambiental como elemento clave en los concursos públicos y licitaciones	15
5. Fortalecer las funciones normativas del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles	16
6. Uniformizar los estándares de los derechos de acceso durante los procesos de evaluación de impacto ambiental	17
7. Las comunidades campesinas en la ejecución de inversiones en infraestructura natural	18
Lo que no deben regular el Ejecutivo ni el Legislativo como pretexto de la promoción de inversiones y reactivación económica	19
1. No se deben simplificar procesos y estándares	19
2. No se deben promover escenarios de regularización de actividades informales e ilegales	22

— Contexto del análisis

El pasado 28 de febrero de 2023, el Congreso de la República promulgó la Ley 31696 que delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y modernización de la gestión del Estado.

Esta Ley otorgó facultades al Ejecutivo para legislar en un plazo de 90 días calendario en materia de impulso económico para la reactivación económica y modernización de la gestión del Estado. Es decir, desde el 01 de marzo hasta el 30 de mayo de 2023.

Durante este periodo, se faculta al Ejecutivo a emitir decretos legislativos en materia de inversión pública referidos a gestión económica, tributaria, catastro fiscal, tesoro público y contratación pública; y, en materia de modernización de la gestión del Estado referidos a la actualización de la Ley Marco de Modernización de la gestión del Estado y la modificación de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

En el marco de esta delegación, el pasado 10 de mayo de 2023, el Poder Ejecutivo aprobó el Decreto Legislativo 1553, a través del cual determinó una serie de disposiciones entre las que se incluye la flexibilización de estándares en la certificación ambiental.

En ese sentido, la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, a través del Programa de Política y Gobernanza ambiental, elabora este informe legal a fin de analizar el artículo 4 del Decreto Legislativo 1553, respecto de la elaboración de estudios ambientales para proyectos de inversión pública. Asimismo, presentamos la agenda ambiental que aún se encuentra pendiente de legislar para optimizar el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental - SEIA.

1. La delegación de facultades del Congreso al Poder Ejecutivo.

En el artículo 104 de la Constitución Política del Perú se establece que el Congreso de la República puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar a través de decretos legislativos sobre materias específicas y por un plazo determinado. Asimismo, dicho artículo precisa que será el Presidente de la República quien dará cuenta al Congreso respecto de los decretos legislativos que se emitan.

La Ley 31696 delegó facultades al Poder Ejecutivo para que legislara en dos grandes materias: Impulso económico para la reactivación económica y modernización del Estado. Respecto de los temas ambientales o que pueden tener alguna incidencia en el aspecto ambiental, se han identificado los siguientes rubros:

Impulso económico para la reactivación económica

En materia de inversión pública:

- Autorizar medidas relativas a la certificación ambiental e información para la elaboración de estudios ambientales para proyectos de inversión pública.
- Autorizar la aprobación de metodologías específicas aplicables a las inversiones en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones hasta el 31 de diciembre de 2024.

En materia de gestión económica:

- Establecer medidas especiales para facilitar y promover el desarrollo de los proyectos priorizados en el Plan Nacional de Infraestructura Sostenible para la Competitividad 2022-2025, y otros proyectos de inversión pública – privada necesarios para promover la reactivación económica y el cierre de brechas en infraestructura.

En materia de modernización del Estado

- Establecer el marco normativo que regule la gestión integral de sustancias químicas, con la finalidad de proteger la salud de las personas y el ambiente.
- Establecer de manera expresa la competencia de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento sobre la realización del análisis de condiciones de competencia para regular los mercados de los productos y servicios derivador de los servicios de saneamiento; así como para determinar el tipo de regulación aplicable en los casos en que se advierta la no existencia de condiciones de competencia en dichos mercados.

De acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley 29158, las autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo deben desarrollar sus funciones en el marco de una serie de principios como el principio de legalidad, de servicio al ciudadano, de inclusión y equidad, de participación y transparencia, de organización e integración y de competencia.

A la luz de la Ley 31696 que delegó facultades del Poder Ejecutivo, debemos recordar el principio de servicio al ciudadano en la medida que las iniciativas legislativas que se impulsan siempre deben tener sustento en las necesidades ciudadanas así como en el interés general de la nación. Por tanto, como mínimo, las leyes, incluyendo las que se aprueban en el marco de la delegación de facultades, deben asegurar el cumplimiento de los siguientes principios y criterios:

- Eficacia, deben cumplir de manera oportuna los objetivos y las metas gubernamentales.
- Eficiencia, deben optimizar la utilización de los recursos disponibles, procurando innovación y mejoramiento continuo.
- Simplicidad, deben eliminar requisitos y procedimientos innecesarios, en la medida que los procesos deben ser racionales y proporcionales a los fines que se busquen alcanzar.
- Sostenibilidad ambiental, deben orientar el uso racional y sostenible de los recursos naturales.
- Predictibilidad, deben brindar información veraz, completa, confiable y oportuna que permita conciencia certera acerca del resultado de cada procedimiento.
- Continuidad, deben adoptar como referentes a las políticas de Estado, así como los objetivos y metas de planeamiento y programación multianual establecidos.
- Rendición de cuentas, deben dar cuentas periódicamente a la ciudadanía, acerca de los avances, logros, dificultades y perspectivas.
- Prevención, deben enfrentar los riesgos que afecten la vida de las personas y asegurar los servicios fundamentales.
- Celeridad, deben asegurar que todo procedimiento cumpla su trámite regular dentro los plazos establecidos, evitando actuaciones que dificulten su desenvolvimiento, bajo responsabilidad.

— Sobre la elaboración de los estudios de impacto ambiental de los proyectos de inversión

En el artículo 4 del Decreto Legislativo 1553 se ha previsto otorgar una serie de competencias a los tres niveles de gobierno en el marco de la ejecución de sus inversiones:

“Hasta el 31 de diciembre de 2024, las entidades del gobierno nacional que opten por iniciar la ejecución física de sus proyectos de inversión en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones - SNPMGI de manera paralela a la elaboración parcial de sus expedientes técnicos o a nivel de ingeniería básica aprobados por tramos, etapas, componentes o sectores de obra, de naturaleza funcionalmente independiente, deben considerar lo siguiente:

- *El titular del proyecto de inversión debe obtener, según corresponda, la certificación ambiental o la aprobación del instrumento de gestión ambiental o su modificación de manera previa a la ejecución de cada tramo, etapa, componente o sectores de obra, de acuerdo con lo previsto en los principios y disposiciones establecidas en la normativa del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y en la normativa ambiental sectorial vigente, que regulan las consideraciones para la aplicación del principio de indivisibilidad en estos casos. Las autoridades ambientales sectoriales están facultadas a aprobar o modificar mediante Decreto Supremo sus normas, para la aplicación de dicho principio.*
- *El titular del proyecto de inversión debe presentar, para la elaboración de los estudios ambientales o instrumento de gestión ambiental o su modificación, información como mínimo a nivel de ingeniería básica”*

Al respecto, es preciso indicar que, estas disposiciones ya se habían contemplado en el Decreto Supremo 015-2018-MINAM, y luego en el Decreto Supremo 008-2022-MINAM, las cuales buscaban agilizar la implementación de la Ley 30556, Ley que aprueba disposiciones de carácter extraordinario para las intervenciones del Gobierno Nacional frente a desastres y que dispone la creación de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios; es decir, este régimen se aprobó en un contexto de dinamización de inversiones por el sentido de emergencia.

Como mencionamos estas disposiciones han sido promovidas en un contexto de reconstrucción con cambios, esto es, un contexto de emergencia nacional que demandaba de la implementación de acciones destinadas a restablecer el servicio y/o infraestructura, equipamiento y bienes públicos afectados por el desastre natural y prevenir los daños que podrían causar los desastres naturales ocurridos¹, el cual, desde la SPDA consideramos que dista del objetivo del De-

¹ Artículo 2.1 de la Ley 30556, Ley que aprueba disposiciones de carácter extraordinario para las intervenciones del Gobierno Nacional frente a desastres y que dispone la creación de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios.

creto Legislativo 1553 orientado a la reactivación económica y dinamización de inversiones.

Considerando lo señalado en el primer extremo del mencionado artículo, establecer que las entidades del gobierno nacional (entendidas estas como los 3 niveles de gobierno) se encuentren habilitadas a que se pueda iniciar con la ejecución física de los proyectos de manera paralela a la elaboración parcial de sus expedientes técnicos o a nivel de ingeniería básica generaría riesgo en cuanto al real dimensionamiento de los impactos ambientales del proyecto y a la posibilidad de aplicar reales medidas de prevención.

Adicionalmente, un aspecto importante a aclarar con relación a este extremo está referido a lo que se deberá entender por la elaboración parcial de un expediente técnico o a nivel de ingeniería básica. Para el caso de los expedientes técnicos de obra, por ejemplo, el conjunto de documentos que comprende son la memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios². ¿Cuál de todos estos documentos podría calificar para que se entienda un Expediente técnico elaborado de forma parcial?.

Otro aspecto a considerar se encuentra relacionado a la certificación ambiental de estas iniciativas, la cual se permite bajo la modalidad de certificación ambiental fraccionada para todos los sectores en lo que respecta a tramos, etapas, componentes o sectores de obra. Sobre el particular, consideramos que la certificación ambiental fraccionada debe seguir siendo considerada de manera excepcional, y sólo en aquellos casos que por la naturaleza de los proyectos se encuentre justificada por características técnicas y espaciales, mas no por un argumento tan abierto y permanente en nuestro país como lo es la reactivación económica.

Al respecto, conforme al artículo 16 del Reglamento de la Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado por Decreto Supremo 019-2009-MINAM (Reglamento de la Ley del SEIA), tenemos que, la Certificación Ambiental implica el pronunciamiento de la Autoridad Competente sobre la viabilidad ambiental del proyecto, en su integridad. Dicha autoridad no puede otorgar la Certificación Ambiental del proyecto en forma parcial, fraccionada, provisional o condicionada, bajo sanción de nulidad.

Generalizar la certificación ambiental fraccionada a todos los proyectos generará el riesgo de no dimensionar el real impacto de las intervenciones que podrían llegar a tener con su ejecución y de plantear medidas de manejo y gestión que no responden al real impacto de las intervenciones. Asimismo, aún en los casos excepcionales de fragmentación, se debe considerar como mínimo algunas cuestiones importantes, como en el caso del subsector transportes, esto es:

- La categoría de los proyectos que se ejecuten por tramos (y ahora etapa, componente o sectores de obra) corresponde a la clasificación del proyecto en su integridad, otorgada mediante la valoración de la Evaluación Preliminar, o, la Clasificación Anticipada.

² Anexo 1 del Decreto Supremo 344-2018-EF, Reglamento de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

- Los titulares tramitan la Certificación Ambiental Fraccionada por cada uno de los tramos, etapas, componentes o sectores de obra.
- A partir de la segunda Certificación Ambiental Fraccionada y de manera consecutiva, la Estrategia de Manejo Ambiental debe integrar las medidas de manejo ambiental de la etapa de operación señaladas en los instrumentos de gestión ambiental de cada tramo, etapa, componente o sectores de obra aprobado, según corresponda, a fin de establecer medidas integrales para los proyectos.
- La última Certificación Ambiental Fraccionada integra las anteriores, ésta es la que rige para todo el proyecto y se sujeta al proceso de actualización del estudio ambiental y demás obligaciones establecidas en el presente Reglamento y el Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental.

— Oportunidades perdidas del Ejecutivo en la delegación de facultades —

En el marco de la delegación de facultades, desde la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, desarrollamos siete propuestas en relación a lo que el Ejecutivo sí debe incluir en su agenda, y que aún se encuentran pendientes para fortalecer el SEIA

1. Incorporar sólidamente la variable ambiental en el ciclo de inversiones públicas como modificación en la regulación del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones

A través del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones - INVIERTE.PE se orienta el uso de los recursos públicos destinados a la inversión para la prestación de servicios y la provisión de la infraestructura necesaria para el desarrollo del país. El proceso de inversión pública de acuerdo con este sistema se divide en 4 etapas clave: a) la programación multianual de inversiones; b) la formulación y evaluación de las propuestas de inversión; c) la ejecución de dichas propuestas, que consiste en la elaboración del expediente técnico y su ejecución física y financiera; y, d) el funcionamiento, que comprende la operación y mantenimiento de las inversiones públicas.

El Ministerio de Economía y Finanzas³ indica que, para el planteamiento del proyecto de inversión se debe tener en cuenta, además de la identificación del problema público y los objetivos centrales del proyecto, el planteamiento de alternativas de solución. Estas alternativas de solución deben ser técnicamente posibles, pertinentes y comparables. Cada alternativa de solución desarrollará también alternativas técnicas que deben considerar la gestión de los impactos ambientales y de los riesgos de desastres y cambio climático. Sin embargo, esas consideraciones no están planteadas a nivel legislativo, por el contrario, los aspectos que rigen la evaluación de alternativas están previstas principalmente en instrumentos de carácter orientativo⁴.

La evaluación de alternativas y la selección de la “mejor” opción es clave para el proceso de evaluación de impacto ambiental que se desarrollaría una vez otorgada la viabilidad técnica. Por ello, la viabilidad ambiental del proyecto debe ser determinada en el marco del análisis de alternativas y la determinación del menor impacto socioambiental.

En ese sentido, es importante introducir la variable ambiental en cada una de las etapas del ciclo de vida de un proyecto de inversión. Así, por ejemplo:

3 Manual de identificación, formulación y evaluación de un Proyecto de Inversión Pública (PIP) del MEF.

4 Así, por ejemplo, la Guía General para la Identificación, Formulación y Evaluación de Proyectos de Inversión. Diciembre de 2022. MEF.

- **Durante la etapa de programación multianual de inversiones:** integrar-la con los instrumentos de planificación (políticas, planes y programas) que los actores estatales elaboren respecto del manejo y gestión del territorio y la protección del ambiente. Asimismo, proponer criterios de priorización para las inversiones que se enmarquen en las competencias de las entidades, como por ejemplo, se podría proponer como un criterio de cierre de brechas la no afectación de sitios estratégicos para la conservación (Áreas Naturales Protegidas, Áreas de Conservación Regional, sitios prioritarios para la conservación, Bosques de Producción Permanente, entre otros), teniendo mayor nivel de prioridad la ejecución de aquellos proyectos que cumplan con esta consideración.
- **Durante la etapa de formulación y evaluación:** Para la estimación de los costos ambientales, identificar los posibles impactos ambientales negativos y las medidas de prevención, mitigación, corrección, remediación y/o compensación para la etapa de ejecución y funcionamiento.

Además, se debe definir el costo aproximado de la elaboración del estudio ambiental correspondiente a la categoría que pertenezca el proyecto y la obtención de la certificación ambiental, y considerarlo en la estimación del costo del proyecto.

Asimismo, se debe realizar la evaluación de la alternativa más viable del proyecto, la cual se realiza a través de la ponderación de los aspectos ambientales, sociales y económicos, además de la evaluación de los posibles riesgos que puedan afectar su viabilidad a fin de determinar aquella óptima para su ejecución, lográndose con ello el menor impacto ambiental posible, el beneficio social o la mitigación de conflictos sociales que se pudieran ocasionar por la construcción de una carretera, y el beneficio económico que se pudiera obtener como resultado de su ejecución.

De igual manera, se tiene que considerar la “Alternativa cero” o la no acción, la cual se define como “la situación futura sin el proyecto, pero teniendo en cuenta la evolución de las condiciones de línea base, incluyendo otros proyectos aprobados o razonablemente previstos en el futuro”⁵.

Por otro lado, para las inversiones con estudio de perfil reforzado, la unidad formuladora de la entidad, elaborará y presentará la evaluación preliminar, de acuerdo con el reglamento sectorial, a fin de obtener la clasificación de la inversión antes de la fase de ejecución.

- **Durante la ejecución:** considerar como parte de los factores de evaluación relacionados con la sostenibilidad ambiental o social, entre otros que se prevean en las bases estándar que aprueba el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. En ese sentido, se puede considerar como puntaje adicional u otros factores de evaluación en las bases de los concursos del proceso de licitación pública de un proyecto, la experiencia del postor en la gestión ambiental de proyectos viales. Asimismo, considerar la opción de establecer en los documentos del procedimiento de selección que la tramitación de los títulos habilitantes ambientales adicionales se encuentren a cargo del contratista. Ello

⁵ Fuente: https://www.iaia.org/uploads/pdf/Fastips_11%20Alternatives%20in%20Project%20EIA_sp.pdf

sin perjuicio del instrumento de gestión ambiental correspondiente que debe ser tramitado desde la fase de formulación del expediente técnico.

- **Durante el funcionamiento:** establecer la responsabilidad de identificar buenas prácticas (siendo una de ellas las ambientales) y lecciones aprendidas para todos los involucrados en el ciclo de inversión, con miras a que incorporen estos aprendizajes en las inversiones futuras y de esta forma se mejore la calidad de las inversiones; así como la conducción de la evaluación ex post de todos los proyectos de inversión pública cuya viabilidad haya sido sobre la base de los estudios de Factibilidad.

En tal sentido, es importante que el Poder Ejecutivo incluya estas disposiciones en la normativa correspondiente de manera que se incluya la variable ambiental en las etapas estratégicas de los proyectos de inversión pública.

2. Regular los procesos de actualización de los estudios ambientales y la evaluación de impactos sinérgicos

Un tema pendiente del Ministerio del Ambiente como ente rector del SEIA es desarrollar la normativa vinculada a los procesos de actualización de los instrumentos de gestión ambiental.

En el artículo 30 del Reglamento de la Ley del SEIA se establece la obligación de los titulares sujetos a este sistema de actualizar sus estudios de impacto ambiental cada 5 años. A primera vista dicho artículo regularía de manera sencilla la actualización, sin embargo, con el pasar de los años, la lectura e interpretación de dicho artículo ha sido disímil tanto por los administrados, las autoridades competentes en certificación ambiental y el mismo ente rector.

Si bien, algunos sectores han desarrollado la regulación de la figura de la actualización, aún existen algunas interrogantes por parte de los administrados en torno a ella, como por ejemplo, si es que ésta implica o no una evaluación ambiental dado que el artículo 30 señala que “dicha actualización será remitida por el titular a la Autoridad Competente para que esta la procese y utilice durante las acciones de vigilancia y control de los compromisos ambientales asumidos en los estudios ambientales aprobados”. Como se puede observar dicho artículo no indica que la Autoridad Ambiental “evaluará” la actualización, sino que la “procesará”. Desafortunadamente, la Exposición de Motivos del Reglamento de la Ley del SEIA no define qué es lo que implica “procesar” una solicitud de actualización.

Asimismo, cabe resaltar que los sectores de minería, hidrocarburos y electricidad aún no han desarrollado los alcances de la figura de la actualización, teniendo instalaciones en proyectos de alta envergadura a nivel de impactos ambiental que vienen operando desde hace años con las mismas medidas ambientales inicialmente aprobadas, y sin haber gestionado sus actualizaciones.

En tal sentido, consideramos imperante que se emita una regulación al respecto para que tanto administrados como las autoridades ambientales competentes tengan claridad sobre las implicancias de la actualización y de esa manera contribuir al desarrollo de operaciones que estén en constante revisión de sus componentes y medidas de manera que se garantice aún más la gestión oportuna y anticipada de los impactos ambientales negativos.

3. Consolidar la generación de información ambiental por parte del Estado para la optimización del proceso de evaluación de impacto ambiental

La información ambiental sobre el territorio es clave para una evaluación de impacto ambiental. Mientras mayor información sobre las características de un entorno específico cuentan los evaluadores, mejor será la evaluación sobre los impactos proyectados a causa de una determinada actividad. Por ello, cuando nos encontramos en supuestos en donde no existe información generada por el propio Estado, los evaluadores deben tener en cuenta aquella que es proporcionada por los mismos titulares de proyectos.

Al respecto, herramientas como uso compartido de la línea base se aprobó hace varios años y es necesario conocer a la fecha el estatus de implementación de este mecanismo que buscaba optimizar el uso de información ya generada y que había sido validada por las propias autoridades al momento que se aprobaba la certificación ambiental.

Asimismo, para fortalecer la objetividad de la información, entidades como el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles - SENACE y demás entidades que cuentan con competencias de evaluación ambiental deben exigir que la información presentada por los titulares de proyectos de inversión sea la más actualizada y que corresponda fehacientemente al territorio en donde se realizará la actividad, a fin de evitar la presentación de información falsa durante el proceso de evaluación de impacto ambiental así como la superposición con otros derechos en el ámbito de los proyecto.

Ante ello, las autoridades certificadoras tienen 2 herramientas, la verificación de la misma en los sistemas de información satelital y georeferenciada, y la verificación en campo. Esta última herramienta la realiza el SENACE a través de buenas prácticas como la Avanzada Social, sin embargo, es necesario elevar estas prácticas a estándares mínimos y estandarizar la práctica a todas las autoridades con competencias en materia de certificación ambiental.

Uno de los puntos por fortalecer el SEIA está relacionado a la interoperabilidad entre las entidades evaluadoras y los opinantes técnicos vinculantes y no vinculantes, que generan información territorial en el marco de sus competencias, a fin de que estas provean la información requerida dentro del plazo establecido mediante la optimización de sus procesos internos de evaluación.

Otro modo de garantizar la generación de información objetiva es con el acompañamiento de las entidades evaluadoras en la elaboración de la línea base, motivo por el cual también debe dinamizarse en todos los sectores de forma progresiva, en función a la definición de criterios de priorización. Complementariamente, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) cuenta con el mecanismo de "Evaluación Ambiental Temprana - EAT" como instrumento, el cual fue aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 013-2020-OEFA/CD en el año 2020, y el cual incluso ha previsto mecanismos de participación ciudadana en el proceso.

La EAT surge como respuesta a la ausencia de mecanismos de intervención temprana en materia de evaluación de la calidad ambiental. Si bien las EAT buscaba cambiar de un rol reactivo a uno preventivo en materia de gestión de la conflictividad social, esto es, desincentivar la generación de conflictos

socioambientales, así como promover la participación ciudadana, esta herramienta es también de generación de información ambiental a las demás entidades que cuenten competencias de fiscalización ambiental, a fin de identificar manera temprana el estado ambiental y social del ámbito específico de los proyectos de inversión.

De esta forma, los proyectos podrán ser identificados y supervisados de forma temprana, y sobre todo evitados a partir de la disuasión de la informalidad.

4. El desempeño ambiental como elemento clave en los concursos públicos y licitaciones

Las licitaciones públicas en el país han adolecido de la incorporación de criterios de desempeño ambiental al momento de evaluar a los postores y futuros contratistas de manera que sean seleccionados aquellos que hayan demostrado una correcta ejecución de sus proyectos en el pasado sin mayores impactos ambientales con sus intervenciones y sin un historial de infracciones ambientales confirmadas que den cuenta de su desempeño como operadores.

En ese sentido, dentro del marco normativo relacionado a contrataciones públicas, y las competencias que tienen tanto las autoridades nacionales como las regionales, se debe promover la incorporación de estos criterios en los procesos de licitación pública. Así, por ejemplo, se podría considerar como puntaje adicional u otros factores de evaluación en las bases de los concursos del proceso de licitación pública la experiencia comprobada del postor en la gestión ambiental de proyectos.

Ello se encuentra sustentado en el literal h) del artículo 2 del Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado denominado “principio de sostenibilidad ambiental y social”, según el cual “en el diseño y desarrollo de la contratación pública se consideran criterios y prácticas que permitan contribuir tanto a la protección medioambiental como social y al desarrollo humano”; así como también en el numeral 51.3 del artículo 51 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, aprobado mediante Decreto Supremo 344-2018-EF, según el cual el comité de selección, al elaborar las bases, puede determinar los factores de evaluación que serán aplicables al procedimiento de selección, indicando para ello lo siguiente:

“En el caso de obras, el precio es un factor de evaluación y, adicionalmente, pueden establecerse aquellos relacionados con la sostenibilidad ambiental o social, entre otros que se prevean en las bases estándar que aprueba el OSCE. Los factores de evaluación señalados son objetivos”.

Ahora, para determinar qué otros factores de evaluación se pueden considerar, se podría utilizar como referencia las Bases Estándar de Licitación Pública para la Contratación de la Ejecución de Obras, aprobada por la Directiva N° 001-2019- OSCE/CD del OSCE que menciona factores de evaluación ambiental como la obtención de certificados (de gestión ambiental, del sistema de gestión de energía, entre otros).

5. Fortalecer las funciones normativas del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles

El SENACE surge como una respuesta innovadora y una decisión política clara de romper con el sistema de juez y parte en las evaluaciones ambientales que existía cuando las autoridades sectoriales desempeñaban un rol promotor y evaluador de las actividades de su competencia, y objetivar los procesos de evaluación de impacto ambiental. Así, el objetivo de SENACE es poder contribuir a asegurar la tecnicidad de las decisiones públicas con incidencia ambiental de manera que se basen en evaluaciones especializadas y multidisciplinarias.

En el artículo 8 del Reglamento de la Ley del SEIA se ha establecido que las autoridades competentes, entre ellas el SENACE, son competentes para emitir normas, guías técnicas, criterios, lineamientos y procedimientos para regular y orientar el proceso de evaluación de impacto ambiental de los proyectos de inversión a su cargo, en coordinación con el Ministerio del Ambiente y en concordancia con el marco normativo del SEIA.

En esa línea, de acuerdo con el Decreto Supremo 009-2017-MINAM que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del SENACE, una de sus funciones generales es formular propuestas para la mejora continua de los procesos de evaluación del impacto ambiental, incluyendo los mecanismos de coordinación gubernamental y las buenas prácticas de relaciones comunitarias y de participación ciudadana.

Adicionalmente a ello, actualmente el SENACE es la autoridad técnica especializada encargada de evaluar y aprobar los Estudios de Impacto Ambiental Detallados (EIA-d), los Estudios de Impacto Ambiental Semi-detallados (EIA-sd) de proyectos de inversión regulados en la Ley 2744, Ley del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental (Ley del SEIA), sus modificaciones, actualizaciones, planes de participación ciudadana y los demás actos vinculados a dichos estudios, en los sectores energía y minas, transportes, salud (residuos sólidos), agricultura y vivienda y construcción. Así, en el 2022 mediante el Decreto Supremo 0004-2022-MINAM, se aprobaron disposiciones para establecer un procedimiento único del proceso de certificación ambiental del SENACE, con la finalidad de consolidar y estandarizar la elaboración y evaluación de los estudios ambientales de todos los sectores transferidos, sin embargo, estas disposiciones deben aplicarse teniendo en cuentas las regulaciones sectoriales emitidas por las autoridades sectoriales que establecen procedimientos y plazos regulados en los reglamentos de protección y/o gestión ambiental sectoriales y sus normas complementarias.

A la fecha, los reglamentos de evaluación ambiental de los sectores se rigen bajo distintos estándares, por lo que no existe uniformidad ni equidad en los requisitos, plazos, procedimientos y criterios de cómo debe ejercerse la participación ciudadana, de emisión de opinantes técnicos, de intercambio con otras autoridades, entre otros. Lo cual complejiza y debilita el mismo sistema de evaluación de impacto ambiental.

Al respecto, consideramos clave el fortalecimiento e integración institucional del SENACE a fin de fortalecer las competencias normativas con finalidad de contar con un marco normativo sólido en materia de evaluación de impacto ambiental y consolidar la institucionalidad de SENACE como auto-

ridad técnica especializada en certificación ambiental; y así lograr el equilibrio entre la gestión ambiental eficiente y el desarrollo económico del país.

6. Uniformizar los estándares de los derechos de acceso durante los procesos de evaluación de impacto ambiental

La participación ciudadana y el acceso a la información son derechos fundamentales que son ejercidos en distintos ámbitos. En los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, ambos derechos son interpretados como requisitos administrativos que los titulares deben cumplir para el otorgamiento de la certificación ambiental, debilitando el ejercicio de los derechos y brindando un tratamiento superficial. Los derechos de acceso son derechos sustantivos, materiales y de contenido que deben ser considerados como condición para legitimar decisiones donde el interés público esté en juego.

La Ley 28611, Ley General del Ambiente, establece que la autoridad ambiental nacional es la encargada de definir los lineamientos para el diseño de los mecanismos de participación ciudadana ambiental, los mismos que han sido definidos por el MINAM en calidad de ente rector del SEIA.

Asimismo, la Ley General del Ambiente estableció que las autoridades públicas son las encargadas de definir los mecanismos formales para la efectiva participación ciudadana en la gestión ambiental. Estos mecanismos son recogidos por la Ley y el Reglamento de la Ley del SEIA indicando que las autoridades competentes en materia de evaluación de impacto ambiental son las encargadas de establecer las instancias formales y no formales para lograr la participación ciudadana efectiva.

Por consiguiente, las autoridades ambientales sectoriales obtuvieron la función normativa de regular el procedimiento de participación ciudadana en el marco del proceso de evaluación de impacto ambiental, basándose en las disposiciones generales establecidas por el MINAM para su elaboración.

En efecto y como mencionamos en el punto precedente, con la creación del SENACE y la transferencia de funciones sectoriales, y de acuerdo con el Reglamento de Organización y Funciones del SENACE, esta entidad tiene competencias para mejorar la participación ciudadana en los procesos de evaluación del impacto ambiental a su cargo. Es decir, dicha autoridad podría regular la participación ciudadana para la evaluación de los EIA-sd o EIA-d sobre los sectores cuya transferencia de funciones haya culminado.

Sin embargo, hasta la fecha los sectores continúan regulando los mecanismos de participación ciudadana aplicable a sus sectores, cuando SENACE es la autoridad que evalúa los proyectos de mayor complejidad y que generarían mayores impactos ambientales. Nuevamente tenemos una función del proceso que se encuentra fraccionada.

Dicho ello, carece de sentido que las autoridades sectoriales aún mantengan las competencias para regular los mecanismos de participación ciudadana, cuando el SENACE tiene la oportunidad de regular mejores estándares de participación, transparencia y acceso a la información, y alinearlos en todos los sectores en base a la experiencia generada a partir de los procesos de evaluación, y por la misma razón que en su momento inspiró la creación del SENACE que es disolver la figura de juez y parte al momento de adoptar decisiones.

Al respecto, consideramos clave la aprobación de disposiciones que fortalezcan las competencias normativas sobre participación ciudadana del SENACE para los procedimientos de evaluación de impacto ambiental de los sectores que tienen competencia, considerando que la participación ciudadana es un derecho adquirido por todas las personas que forman parte de los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y especialmente de aquellas que se encuentran potencialmente impactadas por los proyectos.

7. Las comunidades campesinas en la ejecución de inversiones en infraestructura natural

El desarrollo de inversiones públicas se encuentra vinculado también con otros marcos normativos, como el de contrataciones públicas, el cual establece una serie de requisitos y obligaciones para que cualquier actor interesado en un proceso de licitación pública pueda participar.

Sin embargo, actualmente este régimen restringe sustancialmente la participación activa de actores estratégicos en los esfuerzos de conservación, mantenimiento y rehabilitación de ecosistemas, como lo son las comunidades, al no considerar sus particularidades claves de organización y gobernanza comunal. Así, por ejemplo, de las 143 comunidades con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores al 2022⁶, solo 92 (64%) comunidades campesinas y/o nativas pudieron contratar con el Estado al menos en una ocasión. No obstante, a pesar de que tienen inscripción vigente, 51 (36%) comunidades campesinas y/o nativas no pudieron contratar con el Estado por lo que no tienen historial de contrataciones, incluso por fuera del ámbito de aplicación de la Ley 30225, Ley de Contrataciones con el Estado.

Estas limitaciones se encuentran presentes incluso antes de participar en un proceso de licitación, como lo es en el momento de inscribirse en el Registro Nacional de Proveedores. Pero también durante todo el proceso, estableciendo requisitos generales que debe cumplir el proveedor, y variables, de acuerdo al objeto de contratación, buscando garantizar que cuente con las capacidades necesarias para cumplir con la ejecución del contrato, esto es, capacidad legal, técnica y profesional, experiencia del postor, solvencia económica, entre otros.

En ese sentido, también se requiere contar con un régimen legal de contrataciones flexible y específico que permita la dinamización de contratos directos con comunidades, a fin de permitir su incorporación en estos procesos, especialmente porque su ubicación, experiencia, y conocimientos ancestrales en el territorio permiten escalar los beneficios y potenciar los resultados de las inversiones en la infraestructura natural.

6 Fuente: Respuesta a la solicitud de acceso a la información pública dirigida al OSCE mediante Hoja de Trámite N° 2022-21411787-LIMA, y atendida mediante Memorando N° D0002777-2022-OSCE-SSIR, el 27 de abril de 2022

— Lo que no deben regular el Ejecutivo ni el Legislativo como pretexto de la promoción de inversiones y reactivación económica

Existe una concepción errónea por parte de los tomadores de decisiones que siguen viendo a la evaluación ambiental como una limitación a la inversión económica sin que se hayan realizado estudios o investigación que justifiquen una relación directa o causalidad.

Es importante que, tanto el Ejecutivo como el Legislativo erradiquen la idea y paradigma de que la mejor forma o la única herramienta de promover las inversiones e incentivar el crecimiento económico es la flexibilización de procesos y estándares ambientales o culturales, dado que actualmente solo se tienen actividades y proyectos rentables en tanto el factor ambiental sea cumplido y respetado por los titulares.

En tal sentido, para no continuar generando incentivos perversos ni situaciones de impunidad, presentamos a continuación un listado de disposiciones que ambos poderes del Estado deben evitar de aprobar.

1. No se deben simplificar procesos y estándares

Históricamente, el país ha atravesado múltiples cambios intentando construir un marco institucional adecuado para la gestión de los asuntos ambientales. Efectivamente, el MINAM ha dado pasos decisivos para fortalecer la institucionalidad ambiental a través de la consolidación del Sistema Nacional de Gestión Ambiental (SNGA), sistema que organiza la gestión funcional y territorial en materia ambiental y de recursos naturales del país con el trabajo articulado entre instituciones, órganos, organismos e instituciones, a nivel nacional, regional y local, con la finalidad de promover y optimizar la implementación de mecanismos e instrumentos de gestión ambiental que permiten orientar el desempeño ambiental de las actividades humanas y productivas.

En ese sentido, de acuerdo con los puntos antes desarrollados en el presente documento, consideramos que, es de suma importancia trabajar hacia la consolidación del SEIA y no en su debilitamiento y/o desmedro cómo simplificar procesos y estándares de participación ciudadana, lo que generaría desnaturalizar el enfoque preventivo de la gestión ambiental. El enfoque preventivo inspira actualmente todo el ordenamiento jurídico vinculado a la gobernanza ambiental del país, en atención a los bienes jurídicos protegidos como lo son el ambiente, los recursos naturales y prioritariamente la vida y la salud de las personas.

La certificación ambiental es el acto administrativo mediante el cual se declara la viabilidad ambiental de un proyecto de inversión. Es la herramienta de gestión ambiental más importante en la gestión anticipada ambiental de actividades e intervenciones en los territorios.

Así también, la certificación ambiental aprobada debe ser resultado de un minucioso procedimiento estrictamente técnico que involucra diversos aspectos ambientales y sociales de las intervenciones públicas y privadas y que deben ser analizadas por autoridades autónomas, neutrales y técnicas. El proceso de certificación ambiental no puede ni debe ser flexibilizado bajo ningún supuesto.

Dicho ello, no se debe desatender e incumplir el principio de prevención que justamente busca evitar y prevenir la ocurrencia de los impactos y/o daños ambientales, sino más bien debe procurar el principio de mejora continua que justamente persigue la progresión de los estándares ambientales, prohibiendo la regresión a través de medidas injustificadas y no sustentadas técnicamente, como lo podrían significar medidas para simplificar los procesos de evaluación de los estudios ambientales o medidas que obstaculicen la participación ciudadana.

En el año 2013, mediante el Decreto Supremo 054-2013-PCM, se aprobaron disposiciones especiales para la ejecución de procedimientos administrativos, entre las que se creó el Informe Técnico Sustentado el cual aplicaba en casos en los que los titulares de proyectos de inversión necesitaban modificar componentes auxiliares o hacer ampliaciones en proyectos de inversión con certificación ambiental aprobada que tuviesen impactos ambientales no significativos o se pretendan hacer mejoras tecnológicas en las operaciones.

El mismo texto del artículo 4 que desarrollaba este “informe” señalaba que este informe suplía a un “procedimiento de modificación de instrumento de gestión ambiental”. Asimismo, establecía un plazo de revisión por parte de la autoridad ambiental de 15 días hábiles, en contraposición con los instrumentos de modificación de estudios ambientales que son iguales al plazo de evaluación del estudio ambiental de origen (Declaración de Impacto Ambiental 30 días hábiles, Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado 90 días hábiles y Estudio de Impacto Ambiental Detallado 120 días hábiles).

En los considerandos que sustentan el Decreto Supremo 054-2013-PCM se dispuso lo siguiente:

“(…)

Que, en el marco del principio de celeridad consagrado en el numeral 1.9 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento;

*Que, resulta necesario se aprueben disposiciones especiales con la finalidad de reducir los plazos para la ejecución de los procedimientos que deben cumplir con los proyectos de inversión a efectos de ejecutarlos con mayor celeridad y con menores costos, beneficiando con ello a poblaciones de escasos recursos, y cuya atención en el marco de inclusión social resulta prioritaria;
(...)”*

Como se puede observar, muchas de las disposiciones establecidas en dicho Decreto Supremo tenían su fundamento en un dinamismo de los procedimientos administrativos, así como en una necesidad de reducir plazos para la ejecución de procedimientos de manera que los proyectos de inversión se ejecuten de manera célere.

Sobre lo anterior, el Informe Técnico Sustentado fue adoptado en diferentes reglamentos para la protección ambiental, como el caso del sector minero y el de hidrocarburos en el año 2014. Sin embargo, estos sectores sí adoptaron dicho instrumento como un instrumento de gestión ambiental de modificación de estudios ambientales, sometiéndolo a un proceso de evaluación ambiental pero con un plazo reducido, que fue de 15 días hábiles conforme lo establecido en el Decreto Supremo 054-2013-PCM.

Si bien el Estado debe procurar que los procedimientos administrativos tengan plazos razonables para ser resueltos es imperante recordar que los procesos de evaluación ambiental están orientados a analizar, principalmente, los impactos ambientales negativos que las actividades pueden tener en componentes ambientales y en la población, así como el análisis de las medidas que coadyuvarán a que dichos impactos no se materialicen en un daño ambiental.

El Poder Ejecutivo no debe perder de vista que los procedimientos ambientales son procedimientos administrativos que tienen un nivel de complejidad técnica que no solamente incluye el componente ambiental sino también la particularidad técnica del sector que se trate (ya sea de un sector extractivo o de industria, por ejemplo), por lo que no se debe anteponer la ejecución de proyectos versus la necesidad de una evaluación ambiental rigurosa. Al respecto, cabe recordar que la misma Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, cataloga a los procedimientos administrativos relacionados con temas ambientales como procedimientos administrativos sujetos al silencio administrativo negativo por su alta importancia al tratarse de un bien jurídico protegido como el medio ambiente.

En tal sentido, si bien el Estado tiene un deber de simplificación administrativa, esto no significa la promoción de instrumentos que aparentemente ayudan a acelerar la ejecución de proyectos de inversión a través de la flexibilización de la evaluación ambiental ni en fondo ni en forma (como los plazos de evaluación).

Actualmente, por ejemplo, en el sector hidrocarburos los Informes Técnicos Sustentatorios tienen un plazo de evaluación de 30 días hábiles dado que si bien se conciben para modificaciones con impacto ambiental negativo no significativo o mejoras tecnológicas ello no significa que no impliquen una complejidad en su evaluación. Esto último se sustenta en que luego de la emisión del Decreto Supremo 054-2013-PCM, en el sector minería y en el de hidrocarburos se tuvieron que aprobar lineamientos (en el sector

minero a través de las Resoluciones Ministerial 310-2013-MEM/DM y Resolución Ministerial 120-2014-MEM/DM; y en el sector hidrocarburos mediante la Resolución Ministerial 159-2015-MEM/DM) para la evaluación de estos instrumentos con la finalidad de darle predictibilidad a los administrados y regular los procesos de evaluación a través del establecimiento de supuestos, por ejemplo.

En esa misma línea, otro mecanismo que se debe evitar es la presentación de declaraciones juradas que no pasen por un proceso de evaluación ambiental y solo por fiscalización posterior para el caso de modificaciones de estudios ambientales, máxime cuando no hay impacto ambiental cero. Si bien la tendencia ha sido de desregular, ello no significa que no se deben tener procedimientos administrativos o flexibilizar sus estándares, sino que estos deben cumplir con ciertos requisitos como la legalidad, necesidad, efectividad y proporcionalidad. Esto implica que el Estado no debe eliminar injustificadamente bajo el criterio de “promoción de inversiones” procedimientos administrativos, sino que debe ser riguroso en el diseño de los mismos de manera que cumplan una finalidad (como la protección del bien jurídico medio ambiente) que no ponga en desmedro los derechos de los administrados.

2. No se deben promover escenarios de regularización de actividades informales e ilegales

Un error en la gestión ambiental que no se debe repetir es la emisión de normativa que permita la regularización de actividades que se han ejecutado sin el instrumento de gestión ambiental correspondiente, a pesar que hay un desarrollo normativo que expresamente obliga a los administrados a tramitar dichos instrumentos de forma previa.

Una medida que, el Estado debe evitar a toda costa son los procesos de regularización de actividades, que se dan en escenarios en los que los titulares que no tramitaron el instrumento de gestión ambiental correspondiente cuando ya existía normativa que los obligaba a ello, puedan continuar realizando actividades a pesar de encontrarse en esa situación de incumplimiento, al presentar un instrumento de regularización.

En el sector de energía y minas, por ejemplo, los instrumentos de regularización no son extraordinarios ya que tanto minería, hidrocarburos y electricidad han tenido este tipo de instrumentos, y no nos referimos a los Planes de Adecuación y Manejo Ambiental que tienen una naturaleza de adecuación, es decir, cuando no existía obligación ambiental de tramitar un instrumento de gestión ambiental se le da a los titulares la oportunidad de adecuarse a los nuevos estándares ambientales a través de ese instrumento. En este apartado nos referimos a los instrumentos como el Plan Ambiental Detallado (instrumento de regularización del sector hidrocarburos en 2018 y el de electricidad en 2019), que se presenta cuando un titular no presentó su instrumento de gestión ambiental a pesar de que la normativa vigente al momento de ejecutar sus operaciones le exigía ello.

La situación en la que se encuentran esas actividades sin instrumento de gestión ambiental es de riesgo ya que se ejecutan sin contar con las medidas ambientales correspondientes. Bajo dicha premisa se sustenta que los titulares para poder continuar operando tramiten dicho instrumento, pero esta decisión política también se sustenta en la promoción de las inversiones y no remover del mercado a quien incumple.

Consideramos que no se deben otorgar estas amnistías, dado que ello representa una vulneración al principio de prevención que rige el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y también representa un incentivo perverso, dado que los titulares pueden continuar incumpliendo bajo la premisa (entre otras) de que el Estado nuevamente permitirá una regularización.

Finalmente, acotamos que ya se han tenido escenarios de regularización de actividades (no con una delegación de facultades) pero los sectores no han rendido cuenta de si estos procesos de regularización cumplieron su objetivo, es decir, que los titulares hayan ajustado sus actividades al ordenamiento ambiental vigente. De igual manera, no hay información que sustente que la regularización de actividades es una medida efectiva para la dinamización de la economía, por lo que el Poder Ejecutivo no debería generar este tipo de escenarios.



SPDA

www.spda.org.pe

(511) 612 4700

info@spda.org.pe

Prolongación Arenales 437,

San Isidro, Lima - Perú