

Lima, 13 de noviembre de 2014

Señor Congresista
Congreso de La República del Perú
Presente.-

Asunto: Opinión legal al proyecto de ley 3941-2014-PE que propone la ley de promoción de las inversiones para el crecimiento económico y desarrollo sostenible en las zonas de mayor exclusión social, presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de La República.

De nuestra consideración,

Reciba los saludos institucionales de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA), organización no gubernamental con más de 28 años de experiencia orientada a la promoción de políticas públicas y un marco legal acorde con la protección ambiental y de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país.

Sirva la presente comunicación para hacerle llegar nuestra opinión legal al proyecto de ley 3941-2014-PE presentado por el Poder Ejecutivo y que propone la ley de promoción de las inversiones para el crecimiento económico y desarrollo sostenible en las zonas de mayor exclusión social (en adelante el "Proyecto de Ley").

Cabe resaltar que, sin perjuicio del nombre del Proyecto de Ley, en el artículo referido a su ámbito de aplicación no se realiza precisión ni acotación alguna respecto del alcance de la norma, dejándose espacio para una difusa interpretación sobre si la norma es de aplicación para el desarrollo de proyectos en zonas de mayor exclusión social o es de aplicación al desarrollo de todo proyecto de inversión.

A continuación, planteamos un análisis crítico y objetivo sobre las implicancias del Proyecto de Ley, esperando que el Congreso de La República modifique o elimine, según corresponda, aquellos artículos que de ser aprobados significarán una disminución a los estándares ambientales vigentes.

1. Sobre la reafirmación del rol rector del SENACE en materia de certificación ambiental

Un aspecto institucional que resaltamos es que el Proyecto de Ley reafirma el rol del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE) en materia de certificación ambiental, especialmente es aspectos relacionados a la administración de información ambiental producida en el marco de la elaboración de los estudios de impacto ambiental, emisión de la certificación ambiental integrada, etc. Sin embargo, esta reafirmación deberá complementarse con una debida asignación de recursos financieros, teniendo en cuenta que para el año fiscal 2015 sólo ha sido prevista la transferencia de 16 700 000 millones de nuevos soles a favor de esta entidad¹.

¹ Anexo 4 – Distribución del gasto por niveles de gobierno, pliegos y fuente de financiamiento del Proyecto de Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2015.

Asimismo, se reafirma la vigencia de la Ventanilla Única de Certificación Ambiental como la herramienta idónea para tramitar y gestionar los procesos de evaluación de impacto ambiental y cuya administración está a cargo del SENACE.

2. *Sobre la información de las líneas base de los estudios de impacto ambiental – artículo 5º del Proyecto de Ley*

Resulta positivo que el Proyecto de Ley establezca la necesidad de sistematizar la información de las líneas base de los estudios ambientales (categoría I y II) y que esta sea integrada al Sistema Nacional de Información Ambiental (SINIA) como fuente de dominio público y de acceso gratuito lo cual contribuye a fortalecer los canales de transparencia y acceso a la información pública por parte de todos los ciudadanos. Este proceso de integración de información técnica y objetiva puede contribuir además al proceso de identificación de impactos acumulativos y sinérgicos, obligación actual que se establecen en las normas del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).

Este modelo que intenta establecerse en el país, ya viene funcionando efectivamente en Chile a través del Sistema de Información de Líneas de Bases de los proyectos sometidos al SEIA, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) responsable de la calificación ambiental (certificación ambiental) en dicho país. Este es un sistema de información de líneas de bases de los proyectos sometidos al SEIA, georreferenciado y de acceso público.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en el marco de la Ley 29968 el SENACE tiene a su cargo la supervisión del proceso de elaboración de la línea base ambiental del estudio ambiental correspondiente.

Se entiende del Proyecto de Ley que esta información será administrada por el SENACE en su integridad sin perjuicio que en el marco de la Ley 29968 actualmente la competencia de revisión y aprobación de esta entidad es sólo respecto de los estudios de impacto ambiental de nivel detallado (categoría III). Consideramos que, una única administración de esta información ayudará a resolver muchos problemas actuales de dispersión de información o inclusión de información contradictoria.

3. *Sobre el uso compartido de la línea base – artículos 6º y 7º del Proyecto de Ley*

Consideramos que, es una respuesta acertada que la legislación cree mecanismos de intercambio y uso compartido de información de aquellas líneas base de los estudios ambientales que ya han sido aprobados por la autoridad ambiental competente. Cuando una autoridad aprueba un estudio ambiental lo hace de manera integral (en virtud del principio de indivisibilidad del proceso de evaluación de impacto ambiental) por lo que, se puede entender que la línea base puesta a disposición y de acceso público ya cuenta con la viabilidad ambiental de la autoridad competente.

Sin embargo, sugerimos que se contemplen mayores condicionamientos a este uso compartido a fin de evitar que se sub-dimensionen los verdaderos impactos ambientales de los proyectos de inversión o que se establezcan medidas de manejo y gestión de impactos ambientales sin una correcta y real base de información ambiental.

Recordemos que, la línea de base ambiental describe el estado actual del área de actuación o intervención del proyecto; comprendiendo una descripción detallada de los atributos o características socio ambientales del área de emplazamiento del proyecto incluyendo los peligros naturales que pudieran afectar su viabilidad natural. En función de la línea de base ambiental es que se toman las decisiones ambientales del proyecto que deben ser aprobadas previamente por la autoridad competente.

En este sentido, adicionalmente a las condiciones que han sido planteadas en el Proyecto de Ley, proponemos las siguientes:

- a) Que, el titular del proyecto podrá optar por el uso compartido de la línea base ambiental; sin perjuicio de su responsabilidad de generar la información ambiental adicional que se requiera para complementar la misma teniendo en cuenta el tipo de actividad a ser realizada así como la forma en que esta se realizará.
- b) Que, en los casos en que existan claros indicios de cualquier variación sustancial en el área de actuación del proyecto, el titular del proyecto de inversión deberá considerar de manera obligatoria dicho cambio e incluirlo como información adicional en la línea base ambiental pre-existente que utilice.
- c) Que, la línea base ambiental pre-existente constituye la información mínima esencial para el nuevo proyecto de inversión.
- d) Que, no sólo el uso compartido parcial de la línea base ambiental pre-existente debe requerir la aprobación previa de la autoridad competente sino que antes de la elaboración del estudio de impacto ambiental, la autoridad deberá aprobar el uso de la línea base ambiental correspondiente.
- e) Que, la línea base deberá considerar esencialmente información que permita al SENACE otorgar la certificación ambiental integrada lo que considera los títulos habilitantes que la componen.
- f) Que, transcurridos los cinco años a los que hace referencia el artículo 7 literal b) del Proyecto de Ley exista la obligación de que el titular del proyecto de inversión elabore una nueva línea base ambiental para el nuevo proyecto de inversión. Si trasladamos la responsabilidad de la actualización de la línea base a la previa indicación o mandato de la autoridad estamos liberando al titular del proyecto de una responsabilidad inherente a su condición de administrado y estableciendo así mayor carga administrativa a la autoridad quien deberá realizar visitas y trabajos de campo previos para determinar los aspectos que ameritan ser “actualizados” o “complementados”.

En términos generales, consideramos que todo beneficio a nivel de tiempo y economía que pueda resultar de la aplicación del uso compartido de las línea base, debe venir acompañada también del establecimiento de condiciones previas y de un debido control y seguimiento no dejando al libre albedrío de los administrados la utilización de la información.

4. Sobre la certificación ambiental integrada – artículos 9º, 10º y 11º del Proyecto de Ley

Cuando en el año 2012 el Congreso de La República aprobó la ley de creación del SENACE, esto constituyó uno de los mayores hitos institucionales en materia ambiental en el país y

estableciéndose bajo su ámbito de implementación y administración la herramienta de ventanilla única de certificación ambiental como plataforma para la integración de los títulos habilitantes ambientales vinculados a la certificación ambiental; así, lo que se busca es la eficiencia de los procedimientos administrativos evitando duplicidades innecesarias e irrazonables pero sin comprometer la calidad de los estudios ambientales y los trámites vinculados, ni la rigurosidad que demanda el proceso de evaluación de impacto ambiental.

Por ello, consideramos que el problema no radica en la integración de los trámites ambientales y de recursos naturales que se han propuesto en el Proyecto de Ley sino en el breve plazo que se estaría otorgando al SENACE para emitir la certificación ambiental integrada. Se trata 12 títulos habilitantes (y de otros que podrían ir incorporándose progresivamente) que deberán ser revisados, observados y aprobados en un plazo de 150 días cuando el proceso ordinario actual de revisión y aprobación de un EIA-d es de 120 días hábiles.

Al respecto sugerimos que, por lo menos se considere el plazo de 180 días hábiles que habilita la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444 o que incluso este sea ampliado. Debe tenerse en cuenta, que el proceso de evaluación por parte del SENACE debe contemplar también la valoración de los informes de los opinadores técnicos.

En relación a la incorporación de la autorización de desbosque a titulares de operaciones y actividades distintas a la forestal dentro de la Certificación Ambiental Integrada (artículo 10, numeral 10.2.2 del Proyecto de Ley) , debemos indicar que, si bien dentro del marco de la Ley 27308, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, la competencia recae exclusivamente en la autoridad nacional forestal y de fauna silvestre, SERFOR, ello cambiará una vez que entre en vigencia la Ley 29763, en tanto el artículo 36° señala que la autorización de desbosque será emitida por la autoridad forestal nacional o regional, dependiendo del nivel de gobierno encargado de emitir la certificación ambiental.

En consecuencia, de aprobarse esta disposición del Proyecto de Ley, haría inaplicable en todos los casos de estudios de impacto ambiental detallado, el ejercicio de la competencia de los Gobiernos Regionales reconocida por el precitado artículo 36°, por cuanto al ser SENACE un ente de gobierno nacional, será el SERFOR quien deberá emitir siempre la autorización de desbosque. Asimismo, la autorización de desbosque lleva consigo la responsabilidad del órgano emisor de ejercer las potestades de administración, control y supervisión, lo cual no se estaría tomando en cuenta en el Proyecto de Ley analizado².

Finalmente, sugerimos que se precise de manera expresa que la inclusión de nuevos títulos habilitantes al proceso de certificación ambiental integrada será respecto de aquellos que sean de naturaleza ambiental, evitándose que en el transcurso se incluyan trámites de distinta categoría solamente con el ánimo de acelerar procesos.

² Tómese en cuenta que el SERFOR está diseñado para ser un organismo que se encargue sólo de la planificación y seguimiento de la política en materia forestal, recayendo sobre los gobiernos regionales las funciones de administración, control y fiscalización de las actividades de aprovechamiento, extracción, tráfico y comercialización de los productos forestales y de fauna silvestre. En resumen, el diseño del SERFOR no incluye una presencia permanente en las regiones (actualmente sólo tiene oficinas en aquellas regiones a las cuales aún no se les ha transferido las funciones).

5. Sobre la autorización automática de investigaciones, extracciones y colectas – Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Proyecto de Ley

Con la modificación propuesta a los artículos 7, 8.3, 8.4 y 8.5 de la Ley del SEIA se estaría regulando la aprobación automática de la autorización para la realización de investigaciones, extracciones y colectas con la sola tramitación de la resolución de clasificación del EIA y aprobación de los términos de referencia. Sin embargo, consideramos que debe incluirse como mínimo lo siguiente:

- a) Que las opiniones técnicas que emitirán la Autoridad Forestal competente (SERFOR o gobiernos regionales), el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado – SERNANP y el Ministerio de la Producción sean de naturaleza vinculante ya que si se está simplificando el mecanismo de tramitación de este título habilitante como mínimo debe preverse que la aprobación automática cuente con la viabilidad obligatoria emitida por las autoridades técnicas respectivas.
- b) Que se considere que de acuerdo al artículo 140° de la Ley 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre (*en vacatio legis*), son los gobiernos regionales quienes otorgan las autorizaciones de extracción y exportación para investigación científica o propósito cultural, salvo en los casos de especies categorizadas como amenazadas o protegidas por la Convención CITES, o cuando la solicitud involucre el acceso a los recursos genéticos o tenga propósitos culturales, situaciones en las cuales el competente es SERFOR.
- c) Que el plazo para la emisión de las opiniones técnicas de las entidades indicadas en el literal a precedente sea como mínimo de 30 días hábiles y no en 15 días hábiles como actualmente prevé el Proyecto de Ley, por considerarlo en exceso insuficiente para una respuesta técnica y adecuada para la autoridad y teniendo en cuenta las consecuencias legales de responsabilidad administrativa a la que se verán sometidas los funcionarios que incumplan los plazos previstos generando un escenario de coacción que perjudica la tecnicidad del proceso.

6. Servidumbre sobre terrenos eriazos de propiedad estatal para proyectos de inversión – artículo 18° del Proyecto de Ley

La definición de terrenos eriazos abarca toda aquella tierra que por falta o exceso de agua no sea apta para la realización de actividades agrícolas. Dicha definición puede abarcar áreas que se encuentran dentro del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la nación como bosques inundables, humedales, entre otros. En ese sentido resulta imprescindible precisar que la aplicación del artículo 18° del Proyecto de Ley señale expresamente que no afecta a aquellas áreas que integran el patrimonio forestal y de fauna silvestre de la nación. Para ello se propone incorporar el numeral 18.4 al Proyecto de Ley:

“(…) 18.4 No son considerados como terrenos eriazos todas aquellas áreas incluidas dentro del patrimonio forestal y de fauna silvestre de acuerdo a la legislación de la materia.”

7. Ampliación del ámbito de competencias del SENACE que fortalece su rol en el marco del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental – SEIA

Dos aspectos positivos es que se hayan ampliado las competencias del SENACE en dos temas que consideramos cruciales para asegurar la integridad de los procesos de evaluación de impacto ambiental:

- a) En la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria del Proyecto de Ley se establece que el SENACE tendrá a su cargo la aprobación de la clasificación de estudios ambientales en el marco del SEIA. Esto es positivo porque hasta la fecha se entendía que el SENACE tendría a su cargo sólo la revisión y aprobación de los estudios ambientales que hubieran sido previamente clasificados y remitidos por las autoridades ambientales sectoriales; lo que generaba el riesgo de que los estudios no fueran adecuadamente categorizados y por lo tanto no estuvieran en el ámbito del SENACE por no ser de categoría III.
- b) En la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria del Proyecto de Ley se establece que progresivamente el SENACE asumirá la función de aprobar las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA) y los Estudios de Impacto Ambiental Semidetallado (EIA-sd) y demás instrumentos de gestión ambiental regulados en el SEIA. Consideramos esta regulación como positiva porque es adecuado que en una sola entidad ambiental técnica y neutral recaigan todas las competencias asociadas a la revisión y aprobación de los estudios ambientales de los proyectos de inversión; además que no es eficiente para la institucionalidad que las competencias estén dispersas y respondan a criterios y procesos heterogéneos y con distintos estándares.

8. Modificación del artículo 204 del Código Penal – Quinta Disposición Complementaria Modificatoria del Proyecto de Ley

El problema del tráfico de tierras, invasiones y desconocimiento de los derechos reales otorgados a favor de los particulares, no sólo afecta a las comunidades campesinas y nativas, sino que también a aquellos titulares derechos sobre los recursos forestales y de fauna silvestre e incluso a los bosques públicos, en ese sentido es conveniente desincentivar estas conductas a través de la modificación del artículo 204 del Código Penal, e incluir en el numeral 4 del Proyecto de Ley a todos los títulos habilitantes otorgados al amparo de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, así como al patrimonio forestal y de fauna silvestre de la nación. En ese sentido se propone que el numeral 4 señale lo siguiente:

“(…) 4. Sobre bienes del Estado o de comunidades campesinas o nativas o sobre bienes destinados a servicios públicos o inmuebles que integran el patrimonio cultural de la Nación, declarados por la entidad competente, o sobre el patrimonio reconocido por la legislación forestal y de fauna silvestre o sobre los títulos habilitantes otorgados al amparo de la legislación forestal y de fauna silvestre.(…)”

9. Incorporación del artículo 376-B del Código Penal – Sexta Disposición Complementaria Modificatoria del Proyecto de Ley

Uno de los factores que impulsa a que exista un cambio de uso de nuestros bosques, es la percepción errada de que cambiando el uso y deforestándolo, el invasor podrá obtener por parte de una autoridad de gobierno un reconocimiento que se traduce en certificados de

posesión, y a veces incluso en títulos de propiedad, en ese sentido, es importante clarificar que los funcionarios públicos no pueden legitimar estas conductas ilegales, es por ello que se deben incluir al patrimonio forestal y de fauna silvestre y a los títulos habilitantes otorgados al amparo de la legislación forestal y de fauna silvestre dentro de la protección del artículo 376 – B propuesto por el Proyecto de Ley materia de revisión. Para ello se propone la siguiente redacción:

“Artículo 376 – B.- Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles

El funcionario público que, en violación de sus atribuciones u obligaciones, otorga ilegítimamente derechos de posesión o emite títulos de propiedad sobre bienes de dominio público o bienes de dominio privado estatal, o bienes inmuebles de propiedad privada, **o sobre el patrimonio reconocido por la legislación forestal y de fauna silvestre o sobre los títulos habilitantes otorgados al amparo de la legislación forestal y de fauna silvestre,** sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el derecho de posesión o título de propiedad se otorga a personas que ilegalmente ocupan o usurpan los bienes inmuebles, **patrimonio o títulos habilitantes** referidos en el primer párrafo, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años”

10. Conclusiones

- a) El Proyecto de Ley reafirma el rol funcional del SENACE en materia de certificación ambiental y como autoridad encargada del proceso de implementación y administración de la Ventanilla Única de Certificación Ambiental y de la información ambiental generada en el marco de los procesos de elaboración de los estudios ambientales.
- b) El Proyecto de Ley crea mecanismos adecuados para la puesta a disposición y acceso público de las líneas de base ambiental de los proyectos de inversión lo cual contribuye a la transparencia y garantiza el derecho de acceso a la información pública de los ciudadanos.
- c) El Proyecto de Ley establece el método del uso de compartido de línea base ambiental pre-existente; sin embargo, sugerimos que su aprobación esté condicionada a la inclusión de una serie de condicionamientos adicionales a los propuestos en el Proyecto de Ley de manera que se prevea la toma de decisiones sobre la base de información ambiental real, actual y necesaria. El Estado tiene la responsabilidad de evitar y anticiparse ante usos de información que terminen por afectar y comprometer la adecuada calidad de los estudios ambientales y que puedan ser detonantes de conflictos socioambientales por esta causa.
- d) El Proyecto de Ley integra a la certificación ambiental tradicional que considera el estudio de impacto ambiental 12 títulos habilitantes adicionales de naturaleza hídrica, saneamiento, forestal, acuática, de riesgos y contingencias. Sin embargo, sólo se establece el plazo de 150 días hábiles para la aprobación integral de todos estos trámites, plazo que consideramos en exceso insuficiente teniendo en cuenta que

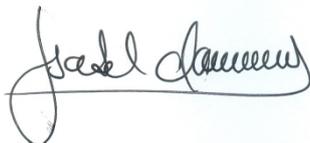
actualmente las normas del SEIA prevén que sólo para la aprobación del EIA-d se cuenta con 120 días hábiles.

- e) Sugerimos que se asegure que los títulos habilitantes distintos a los previstos en el Proyecto de Ley que se vayan incluyendo progresivamente sólo serán aquellos de naturaleza ambiental, evitándose así que en el transcurso se incluyan trámites de distinta categoría solamente con el ánimo de acelerar procesos.
- f) El proyecto de Ley debe incluir las medidas necesarias para no afectar las competencias regionales para el otorgamiento de autorizaciones de desbosque y de investigación, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley N° 29763.
- g) En el Proyecto de Ley se ha previsto la aprobación automática de las autorizaciones de investigaciones, extracciones y colectas lo que sugerimos deba sujetarse a la emisión de una opinión técnica vinculante por parte de la autoridades técnicas competentes como son SERFOR, SERNANP y PRODUCE. Además sugerimos que el plazo para la emisión del informe sea ampliado como mínimo a 30 días hábiles a fin de asegurar un debido análisis técnico de la autoridad.
- h) El Proyecto de Ley ha previsto dos medidas que consideramos fortalecerán el SEIA; por un lado, la referencia expresa de que el SENACE es la entidad competente para la clasificación de los estudios ambientales aspecto que amplía sus competencias de revisión y aprobación asegurando una mayor coherencia de los procesos; y por otro lado, el mandato de asunción progresiva de la revisión y aprobación de las categorías I y II de estudios ambientales, tema que en su momento fue ampliamente cuestionado.

Por lo expuesto anteriormente consideramos que el Proyecto de Ley debe ser mejorado en los aspectos antes señalados; por lo que, instamos al Congreso de la República a realizar una revisión exhaustiva del texto legislativo propuesto para asegurar una reforma adecuada del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), reforma que en búsqueda de la eficiencia no comprometa la calidad técnica ni procedimental de los procesos de certificación ambiental en el país.

Hago propicia la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi especial estima y consideración.

Atentamente,



Isabel Calle Valladares
Directora
Programa de Política y Gestión Ambiental
Sociedad Peruana de Derecho Ambiental