

REG. 432

Lima, 14 de noviembre de 2017

CARTA 060-2017/SPDA

Señor congresista  
Marco Antonio Arana Zegarra  
Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología  
Congreso de la República  
Plaza Bolívar, Av. Abancay s/n - Lima



Presente. -

**Asunto:** Remisión de opinión legal del Proyecto de Ley N° 1246, que "Garantiza la evaluación del impacto ambiental de proyectos de inversión por parte del Senace"

De mi consideración:

Mediante la presente comunicación me es grato saludarlo y a la vez remitirle la opinión legal de nuestra institución respecto del **Proyecto de Ley N° 1246/2016-CR, que "Garantiza la evaluación del impacto ambiental de proyectos de inversión por parte del Senace"**, el mismo que se encuentra en la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, la misma que usted preside.

Esperamos que los aportes y comentarios remitidos sean de utilidad para la Comisión que tiene usted a su cargo.

Asimismo, reiteramos la disposición de nuestra institución para apoyar en las actividades de la Comisión que usted integra, cuando así lo requiera.

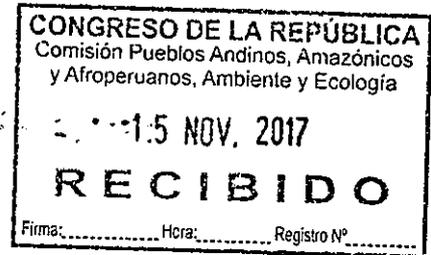
Hago propicia la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi especial estima y consideración.

Atentamente,

Isabel Calle  
Directora  
Programa de Política y Gobernanza Ambiental  
Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

Prol. Arenales 437 - Lima 27 - Perú  
Telf: (511) 612 4700  
E-mail: postmast@spda.org.pe  
Web page: <http://www.spda.org.pe>

Miembro de la Unión Mundial para la Naturaleza UICN



### Opinión legal

#### Proyecto de Ley N° 1246/2016-CR

#### “Proyecto de ley que garantiza la Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos de inversión por parte del Senace”

##### I. Antecedentes

Mediante Oficio N.º 2587-2016-2017/CPAAAAE-CR, la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República, remite el proyecto de ley N° 1246/2016-CR mediante la cual se propone la “Ley que garantiza la Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos de inversión por parte del Senace” (en adelante el “Proyecto de Ley”), a la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental – SPDA, para el envío de sus comentarios u observaciones respecto del mismo.

Conforme a lo señalado en el Proyecto de Ley el fin de esta iniciativa es modificar el numeral 1.3 del Artículo 1° de la Ley N° 29968, Ley de creación del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles - Senace, que establece que se podrá excluir los estudios de impacto ambiental detallados que expresamente se señalen mediante decreto supremo.

En este sentido, la SPDA emite opinión legal al Proyecto de Ley, a fin de contribuir con dichos aportes al proceso de revisión y evaluación legislativa que realiza el Congreso de la República.

##### II. Base jurídica

La base jurídica revisada y analizada para efectuar los comentarios y aportes al Proyecto de Ley es la siguiente:

- Ley General del Ambiente, Ley N° 28611
- Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, Ley N° 27446
- Ley de creación del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles – Senace, Ley N° 29968
- Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible, Ley N° 30327
- Reglamento del Título II de la Ley N° 30327, Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible, y otras medidas para optimizar y fortalecer el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Supremo N° 005-2016-MINAM
- Evaluaciones del desempeño ambiental Perú 2016: aspectos destacados y recomendaciones de la CEPAL y OCDE

##### III. Conclusiones y recomendaciones

- SPDA respalda el Proyecto de Ley ya que estamos convencidos que el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental – SEIA debe constituirse como un sistema integrado, consolidado y debe continuar fortaleciéndose a través del tiempo; asimismo las intervenciones del Senace deben estar liberadas de mayores condicionamientos, así como de supuestos de excepción.
- A la fecha si bien no se ha presentado algún supuesto de aplicación del Artículo 1.3.º de la Ley N° 29968 lo cierto es que la posibilidad de que esta disposición sea aplicada genera un régimen de inestabilidad, trato discriminatorio y falta de predictibilidad para las inversiones; ello, se agudiza porque hasta la fecha no se han establecidos criterios técnicos objetivos que regulen los supuestos de excepción de aplicación del



referido artículo; así como las condiciones en las que se daría la evaluación del EIA-d por parte de los sectores en cuanto a: estándares exigibles, reglas de procedimiento, entre otros.

- Instancias como la CEPAL y OCDE sugieren continuar el camino hacia la consolidación y fortalecimiento del Senace; de manera que consideramos, deben evitarse escenarios de regresión en cuanto a la institucionalidad ambiental.
- Defensoría del Pueblo del Perú recomienda de manera clara la derogatoria del Artículo 1.3 ° de la Ley N ° 29968.

#### **IV. Opinión legal**

##### **3.1. Consideraciones generales**

El Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles - Senace, fue creado en diciembre de 2012, mediante la Ley N ° 29968 y constituyó un importante hito para fortalecer la institucionalidad ambiental y consolidar el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, en medida que significó concentrar las funciones de evaluación y certificación ambiental en una entidad independiente a los ministerios y entidades encargados de promover y fomentar las inversiones en sus sectores y en los que hasta dicha fecha reposaba la figura de juez-parte.

El propio Senace (2016), ha señalado que su creación fue la respuesta de solución para dos problemas principales relacionados a la evaluación de impacto ambiental: la falta de confianza de los ciudadanos en el proceso de evaluación y que, este, a su vez, era un procedimiento tedioso y burocrático.

El proceso de implementación del Senace tomó tres años desde su creación hasta su puesta en funcionamiento. Durante este tiempo, Senace desarrolló sus propias herramientas de gestión pública y técnica que coadyuvarían al desarrollo de sus funciones y se encargó de capacitar y brindar asistencia técnica al personal encargado de los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, así como del registro de consultoras ambientales y el registro de certificaciones ambientales. A la fecha, Senace es la autoridad competente de la evaluación de los estudios de impacto ambiental detallados (EIA-d) de los sectores minería, energía, transportes, agricultura e infraestructura de residuos sólidos; además, es competente de llevar a cabo el procedimiento de certificación ambiental global, mediante la cual se aprueba no sólo los estudios de impacto ambiental detallados sino también los títulos habilitantes necesarios para el desarrollo de un proyecto de inversión vinculados a la materia ambiental y reconocidos en la legislación correspondiente.

Si bien Senace es una institución cuyo proceso de implementación ha tardado, y aún tiene desafíos que atender en su gestión, consideramos que, se están dando los avances necesarios para mejorar la institucionalidad del proceso de evaluación de impacto ambiental.

Sin perjuicio de lo anterior, el proyecto de ley creación del Senace, incluyó en su momento el Artículo 1. 3° en el que se estableció que Senace no evaluaría los EIA-d que expresamente se excluyan por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, a propuesta del sector correspondiente, los mismos que serán evaluados por el sector que disponga el referido decreto supremo. Este artículo fue ampliamente cuestionado pues no se expusieron los argumentos técnicos que sustentaran este régimen de excepción; sin perjuicio de ello, hasta la fecha no se ha dado ningún supuesto de aplicación del Artículo 1. 3° de la Ley N.º 29968 siendo imperativa su derogatoria toda vez que desnaturaliza los objetivos de creación del Senace.



### 3.2. Consideraciones específicas

En este contexto, el Proyecto de Ley tiene por objeto modificar el Artículo 1.3° de la Ley de creación del Senace, Ley N.° 29968.

Al respecto, la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental – SPDA ratifica su posición formulada en su momento durante el proceso de debate y análisis del proyecto de Ley de creación del Senace, y se encuentra conforme con la propuesta de derogatoria del referido artículo por los siguientes argumentos:

**a. El Artículo 1. 3° de la Ley N.° 29968 crea un régimen de excepción no justificado que debilita la institucionalidad en materia de evaluación de impacto ambiental**

En el marco del proceso de Evaluación de Desempeño Ambiental 2016, a cargo de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), se destacó la creación del Senace como una institución clave relacionadas con la gestión ambiental.

Expresamente se ha recomendado *"continuar el proceso de fortalecimiento e implementación del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE), de modo que facilite una gestión ambiental eficiente e independiente mediante un sistema de ventanilla única y sea el referente técnico de los estudios EIA. Asegurar su sostenibilidad financiera (por ejemplo, mediante derechos de licencia) e integrar el conocimiento técnico, buenas prácticas y lecciones aprendidas de las instituciones que previamente tenían competencias en la materia"*.

Consideramos que, conservar la vigencia del Artículo 1. 3° quiebra dos recomendaciones claras establecidas por estas instancias tales como: la continuidad de la consolidación del Senace y la posibilidad de ejercer una gestión ambiental independiente.

En esa misma línea, en la Evaluación de Desempeño Ambiental se indicó al Perú que *"(...) la tramitación acelerada de certificación ambiental para promover la inversión y el crecimiento económico no debe poner en riesgo el objetivo de protección ambiental perseguido por el sistema de EIA. Los plazos de certificación ambiental, los procesos participativos en las evaluaciones ambientales, así como las enmiendas a los EIA, deben ser objeto de un examen detenido, tanto a la luz de objetivos de crecimiento verde como en función de los resultados de las evaluaciones en curso"* (OCDE, 2016<sup>1</sup>).

Por su lado, la Defensoría del Pueblo, establece, en el Informe de Adjuntía: "El camino hacia proyectos de inversión sostenibles: Balance de la evaluación de impacto ambiental en el Perú" que es necesario que "el Congreso de la República derogue el numeral 1.3 del artículo 1° de la Ley de creación del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles, Ley No 29968 que establece la referida exclusión, con el objeto de asegurar la coherencia en el ejercicio de las funciones públicas relacionadas con el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, así como en el diseño y aplicación de los instrumentos de gestión ambiental y otras obligaciones de nivel nacional, regional y local<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Ídem

<sup>2</sup> Informe de Adjuntía N° 006-2016-DP/AMASPP/MA de la Defensoría del Pueblo, de fecha diciembre de 2016.

En ese sentido, la excepción contenida en el Artículo 1. 3° de la Ley de Creación del Senace, a pesar de que aún no ha sido aplicada, supone un riesgo para la institucionalidad del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental en tanto actualmente la intervención del Senace en el proceso de certificación ambiental se encuentra condicionada por los alcances de dicho artículo.

Asimismo, las autoridades normativas no han cumplido con aprobar criterios o directrices que permitan concluir cuáles son los supuestos excepcionales en los que correspondería aplicar el cuestionado Artículo 1.3°.

**b. Vulneración del Principio de predictibilidad o de confianza legítima de la autoridad ambiental**

El nuevo Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General ha refirmado al Principio de Predictibilidad o de confianza legítima como criterio orientador de la actuación de las autoridades administrativas en los procedimientos que llevan a cabo.

Dicho principio establece que:

*1.15 Principio de predictibilidad o de confianza legítima. –*

*La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.*

*Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.*

*La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.*

*(Subrayado nuestro)*

La excepción contenida actualmente en la Ley de creación del Senace constituye la habilitación de un escenario de falta de predictibilidad para los administrados así como de trato discriminatorio en las inversiones en tanto no se han establecido cuáles son los escenarios que determinarían que en un caso estén sometidos a la evaluación de impacto ambiental por parte del SENACE y en otro a cargo de las autoridades ambientales sectoriales; asimismo, no se ha regulado cuáles serían las reglas de juego a las cuales estarían sometidos los administrados bajo el supuesto de excepción, especialmente porque el régimen normativo y los estándares ambientales exigibles han sido actualizados por el Senace como parte de la asunción de funciones sectoriales.

**c. Potencial vulneración del principio de imparcialidad del procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental**

El Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General también desarrolla el Principio de Imparcialidad como orientador de la actuación de las autoridades administrativas:



#### 1.5 Principio de imparcialidad. –

*Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.*  
(Subrayado nuestro)

Este principio se vería vulnerado con la aplicación de la excepción establecida en el Artículo 1.3 de la Ley de Creación del Senace, en tanto existe la probabilidad de que el sector dispuesto en el Decreto Supremo encargado de aprobar el EIA-d será aquel que propuso la excepción del instrumento, vía Decreto Supremo y que por razones propias de sus metas institucionales tiene interés en el desarrollo de determinado proyecto de inversión de su sector.

Desde el punto de vista de las poblaciones posiblemente impactadas y de la ciudadanía en general, la excepción aparecerá como un camino alternativo que lleva a someter la aprobación del EIA-d al ámbito competencia de un sector y no a la del SENACE, lo cual contradice las razones por las cuales se creó esta entidad: *“la creación del Senace es el primer paso hacia una gestión ambiental independiente y especializada, con el objetivo de recuperar la credibilidad de la población en los estudios de impacto ambiental”* (ABC del Senace. 2016)<sup>3</sup>

#### d. **Constituye un peligro para asegurar el cumplimiento de exigencias ambientales**

Los Estudios de Impacto Ambiental detallados corresponden a la categoría III del sistema de clasificación del SEIA, correspondiente a los proyectos de inversión cuyas características, envergadura y/o localización, pueden producir impactos ambientales significativos, cuantitativa o cualitativamente<sup>4</sup>. Para gestionar de manera anticipada estos impactos, además de crearse el Senace, esta autoridad tiene la facultad normativa para poder aprobar una serie de instrumentos de gestión pública y técnico-normativas para asegurar estándares de calidad desde el proceso de elaboración de la línea base de los estudios ambientales hasta el propio de proceso evaluación de impacto ambiental. Senace viene desarrollando instrumentos de gestión social que han ido mejorando el estándar de evaluación con relación a lo que tradicionalmente exigían los sectores.

En ese sentido, dada la relevancia ambiental, económica o social que pueden tener este tipo de proyectos, no se pueden dar excepciones a través de cláusulas abiertas de este tipo, un escenario de excepción puede constituir un peligro para el cumplimiento de las exigencias ambientales ya adoptadas por el Estado peruano, configurándose un posible supuesto de regresión ambiental.

#### **Programa de Política y Gobernanza Ambiental Sociedad Peruana de Derecho Ambiental - SPDA**

<sup>3</sup> <https://www.senace.gob.pe/wp-content/uploads/2016/10/ABCdelSenace.pdf>. Consulta al: 20-10-2017-

<sup>4</sup> Artículo 4º.- Categorización de proyectos de acuerdo con el riesgo ambiental

4.1 Toda acción comprendida en el listado de inclusión que establezca el Reglamento, según lo previsto en el Artículo 2º de la presente Ley, respecto de la cual se solicite su certificación ambiental, deberá ser clasificada en una de las siguientes categorías: (...)

c) *Categoría III - Estudio de Impacto Ambiental Detallado.* - Incluye aquellos proyectos cuyas características, envergadura y/o localización, pueden producir impactos ambientales negativos significativos, cuantitativa o cualitativamente, requiriendo un análisis profundo para revisar sus impactos y proponer la estrategia de manejo ambiental correspondiente. Los proyectos de esta categoría requerirán de un Estudio de Impacto Ambiental detallado (EIA-d).