

El nuevo
enfoque

de la fiscalización ambiental

El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

Primera edición: Diciembre de 2013

Tiraje: 1 000 ejemplares

© Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, 2013

Dirección: Manuel Gonzales Olaechea 247, Lima 27, Perú

Teléfono: (51-1) 717 6079

publicaciones@oeфа.gob.pe

www.oeфа.gob.pe

Director:

Hugo Gómez Apac

Coordinadora:

Paola Atoche Fernández

Diseño y diagramación:

Ángel Inga Ayala

Jhaqueline Hernández Toro

Carla Ochoa Quisel

Corrección:

Roxana Villalba Garcés

Karina Montoya Guevara

Algunos derechos reservados. Esta publicación está disponible bajo la Licencia Creative Commons Reconocimiento-Uso no Comercial-Sin Obras Derivadas 2.5 Perú (CC BY-NC-ND 2.5 PE).

Esta licencia permite reproducir, distribuir copias y comunicar públicamente la obra por cualquier medio o formato conocido o por conocerse, siempre y cuando el propósito principal no sea la obtención de una ventaja comercial o compensación monetaria y se reconozca la autoría de la obra.

El texto íntegro de la licencia puede ser obtenido en

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/pe/legalcode>

Los artículos contenidos en el presente libro son de carácter pedagógico, y no expresan necesariamente la posición oficial de la autoridad administrativa con competencia en fiscalización ambiental.

La versión digital de este documento se encuentra disponible en www.oeфа.gob.pe

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2014-00354

ISBN: 978-612-4073-28-1

Registro de proyecto editorial: N° 11501311400033

Impreso en EDITORIAL RHODAS SAC

Jirón Varela 1701, Lima 5, Perú

EL DEBER JURÍDICO DE RESTAURACIÓN AMBIENTAL

HUGO R. GÓMEZ APAC(*)

Sumario

El autor desarrolla los alcances del deber jurídico de restauración ambiental, precisando los principios vinculados como son el principio de internalización de costos y el principio de responsabilidad ambiental. Asimismo, explica el deber jurídico de restaurar los pasivos ambientales mineros y de hidrocarburos y el deber jurídico de restauración ambiental en casos de emergencia. Además, entre otros temas, distingue la restauración ambiental administrativa de la jurisdiccional, advirtiendo que cada responsabilidad es independiente.

I. Introducción. II. De la restauración ambiental. III. De los principios vinculados al deber jurídico de restauración ambiental. IV. El deber jurídico de restauración ambiental en la certificación ambiental. V. El deber jurídico de restaurar los pasivos ambientales mineros y de hidrocarburos. VI. El deber jurídico de restauración ambiental en casos de emergencia. VII. La restauración ambiental administrativa y la jurisdiccional. VIII. Las medidas correctivas de restauración y compensación ambiental. IX. La promoción de la restauración ambiental en las actividades de fiscalización ambiental. X. Ejemplo de medida correctiva de compensación ambiental. XI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El propósito del presente artículo¹ es explicar los alcances del deber jurídico de restauración ambiental, entendiendo por “restauración” las acciones conducentes a “restaurar”, “reponer”, “reparar”, “rehabilitar” o “remediar” en sede administrativa impactos ambientales, sitios contaminados o pasivos ambientales.

(*) El autor agradece a Mauricio Cuadra Moreno, Milagros Granados Mandujano, Gabriela Paliza Romero y a Luis Jaime Alvarado Arróspide por el valioso apoyo brindado en la elaboración y corrección del presente documento.

1 El presente documento constituye una versión actualizada del artículo que fuera publicado en: AAVV (Jorge Danós Ordóñez y otros, Coordinadores). *Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Derecho Administrativo en el Siglo XXI - Volumen II*. Lima: Adrus D&L Editores SAC, 2013, pp. 445 a 466.

El Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú reconoce el derecho fundamental de todo ciudadano de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida². Para el ejercicio idóneo de este derecho, el Estado ejecuta políticas públicas que expresan acciones de prevención y conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas³; de planificación y ordenación territorial⁴; de gestión ambiental de los recursos naturales⁵ y las áreas naturales protegidas⁶; de evaluación del impacto ambiental de

2 Constitución Política del Perú

“Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

(...)”.

(Negrilla agregada)

- 3 Estas políticas son desarrollo de las siguientes disposiciones de la Constitución Política del Perú:

“Título III, del Régimen Económico

Capítulo II, del Ambiente y los Recursos Naturales

Artículo 66°.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

Artículo 67°.- El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

Artículo 68°.- El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.”

4 Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, publicada el 15 de octubre de 2005

“Artículo 19°.- De la planificación y del ordenamiento territorial ambiental

19.1 La planificación sobre el uso del territorio es un proceso de anticipación y toma de decisiones relacionadas con las acciones futuras en el territorio, el cual incluye los instrumentos, criterios y aspectos para su ordenamiento ambiental.

19.2 El ordenamiento territorial ambiental es un instrumento que forma parte de la política de ordenamiento territorial. Es un proceso técnico-político orientado a la definición de criterios e indicadores ambientales que condicionan la asignación de usos territoriales y la ocupación ordenada del territorio.”

- 5 Ley N° 26821 - Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, publicada el 26 de junio de 1997.
- 6 Ley N° 26834 - Ley de Áreas Naturales Protegidas, publicada el 4 de julio de 1997, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 038-2001-AG, publicado el 26 de junio de 2001.

las actividades económicas⁷; de fiscalización de las obligaciones ambientales de las empresas⁸; y de remediación (restauración) de los impactos ambientales negativos. En esta oportunidad vamos a centrarnos en lo último: la restauración ambiental.

II. DE LA RESTAURACIÓN AMBIENTAL

El contenido del derecho fundamental a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por el derecho a gozar de ese ambiente y que este sea preservado ⁹.

Al respecto, el Tribunal Constitucional sostiene que el *derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado* comprende la facultad de las personas de disfrutar de un ambiente en el que sus elementos se interrelacionan de manera natural y armónica; y en el que la intervención del hombre no suponga una alteración sustantiva de la interrelación de dichos elementos. Por su parte, el *derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado* implica que los poderes públicos asuman la obligación ineludible de mantener los bienes ambientales en condiciones adecuadas para su disfrute. Tal obligación también alcanza a los particulares y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el ambiente¹⁰.

Dicho Tribunal menciona que las personas que desarrollan actividades económicas tienen la obligación de preservar el ambiente, restaurando y compensando los daños ambientales que han generado, tal como se explica a continuación:

7 Ley N° 27446 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, publicada el 23 de abril de 2001, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, publicado el 25 de setiembre de 2009.

8 Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 5 de marzo de 2009.

9 CANOSA USERA, Raúl. *Constitución y Medio Ambiente*. Madrid: Dykinson - Ciudad Argentina Editorial, 2000. p. 101. Citado en el fundamento jurídico 17 de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (Pleno Jurisdiccional) del 1 de abril de 2005, recaída en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC.

10 Fundamento jurídico 17 de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (Pleno Jurisdiccional) del 1 de abril de 2005, recaída en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC.

“En cuanto al vínculo existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, se materializa en función a los principios siguientes: (...) d) el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados; (...) y, g) el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables.”¹¹
(Negrilla agregada)

Para revertir las condiciones adversas en los ecosistemas es necesario desarrollar un conjunto de acciones planificadas orientadas a mejorar las condiciones del sistema degradado e incrementar su calidad ambiental, lo que se conoce como restauración ambiental, lo cual incluye diversas estrategias conducentes a recuperar, en lo que fuera posible, el sistema degradado¹².

Las acciones de restauración ambiental pueden orientarse a recuperar las condiciones de origen del sistema, a mitigar y compensar las disfunciones ambientales o a mejorar sus condiciones de afectación e incrementar su capacidad productiva. La elección de la acción dependerá de los diferentes tipos de afectación y de la magnitud de los impactos ambientales¹³.

III. DE LOS PRINCIPIOS VINCULADOS AL DEBER JURÍDICO DE RESTAURACIÓN AMBIENTAL

La legislación ambiental reconoce dos importantes principios rectores que se encuentran estrechamente vinculados al deber jurídico de restauración ambiental: el **principio de internalización de costos** y el **principio de responsabilidad ambiental**.

Según el principio de internalización de costos, recogido en el Artículo VIII del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente¹⁴ (2005), toda persona

11 Fundamento jurídico 18 de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (Pleno Jurisdiccional) del 1 de abril de 2005, recaída en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC.

12 CARABIAS, Julia, ARRIAGA, Vicente y CERVANTES GUTIÉRREZ, Virginia, *Las políticas públicas de la restauración ambiental en México: Limitantes, avances, rezagos y retos*. Boletín de la Sociedad Botánica de México, número 80, 2007, p. 86.

13 *Ibidem*, p. 87.

14 Ley N° 28611, publicada el 15 de octubre de 2005.

natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente. El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas, debe ser asumido por los causantes de dichos impactos.

Por su parte, según el principio de responsabilidad ambiental, previsto en el Artículo IX del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, el causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda, o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar.

Ambos principios se vinculan a su vez con otros recogidos en la legislación ambiental, los cuales buscan el cumplimiento del deber jurídico de restauración ambiental. Así, la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental¹⁵ (2004) reconoce como uno de los principios de la gestión ambiental la **complementariedad entre los instrumentos de incentivo y sanción**, privilegiando, entre otras tareas, la recuperación y manejo de los pasivos ambientales o zonas degradadas ambientalmente¹⁶. Este principio se concatena con el de valorización e internalización de los costos ambientales, bajo el **principio contaminador - pagador**¹⁷, lo que significa que el que contamina debe asumir los costos de la descontaminación.

15 Ley N° 28245, publicada el 8 de junio de 2004.

16 Ley N° 28245 - Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental

“Artículo 5°.- De los Principios de la Gestión Ambiental

La gestión ambiental en el país, se rige por los siguientes principios:

(...)

m. Complementariedad entre los instrumentos de incentivo y sanción, privilegiando la protección efectiva, la eficiencia, la eficacia, la prevención, el mejoramiento continuo del desempeño ambiental y la recuperación y manejo del pasivo ambiental o zonas ambientalmente degradadas;

(...)”.

17 Ley N° 28245 - Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental

“Artículo 5°.- De los Principios de la Gestión Ambiental

La gestión ambiental en el país, se rige por los siguientes principios:

(...)

n. Valorización e internalización de los costos ambientales, bajo el principio contaminador - pagador;

(...)”.

En concordancia con lo anterior, el Reglamento de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental¹⁸ (2005) establece que el diseño, formulación y aplicación de las políticas ambientales de nivel nacional deben asegurar la efectiva aplicación, entre otros, del mandato referido a la prevención y control de la contaminación ambiental. Sobre la base de este mandato, los costos de la prevención, vigilancia, recuperación y compensación del deterioro ambiental corren a cargo del causante del perjuicio, bajo el principio de responsabilidad ambiental¹⁹.

IV. EL DEBER JURÍDICO DE RESTAURACIÓN AMBIENTAL EN LA CERTIFICACIÓN AMBIENTAL

De conformidad con lo dispuesto en el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA), la certificación ambiental tiene por objeto la identificación, prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas en proyectos de inversión pública, privada o de capital mixto, que impliquen actividades, construcciones, obras y otras actividades comerciales y de servicios que puedan causar impactos ambientales negativos significativos²⁰.

Entre los tipos de instrumentos de gestión ambiental que expresan la certificación ambiental emitida por las autoridades administrativas competentes tenemos los planes de cierre de actividades y los planes de descontaminación y de tratamiento de pasivos ambientales²¹.

18 Aprobado por Decreto Supremo N° 008-2005-PCM, publicado el 28 de enero de 2005.

19 **Reglamento de la Ley N° 28245 - Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2005-PCM**

“Artículo 6°.- Diseño y aplicación de políticas ambientales

El diseño, formulación y aplicación de las políticas ambientales de nivel nacional deben asegurar la efectiva aplicación de los siguientes mandatos:

(...)

5. *La prevención y el control de la contaminación ambiental, principalmente en las fuentes emisoras. Los costos de la prevención, vigilancia, recuperación y compensación del deterioro ambiental corren a cargo del causante del perjuicio.*

(...)”.

20 Artículos 1° y 2° de la Ley N° 27446 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental.

21 Otros instrumentos de gestión ambiental, como los Estudios de Impacto Ambiental (EIA), también pueden contener obligaciones ambientales de remediación o restauración ambiental.

La restauración ambiental debe prevenirse incluso antes de la terminación de las actividades. De ahí la necesidad de que, a través de los planes de cierre de actividades, los titulares de todas las actividades económicas garanticen que al cierre de sus actividades o instalaciones no subsistan impactos ambientales negativos de carácter significativo, debiendo considerar tal aspecto al diseñar y aplicar los instrumentos de gestión ambiental que les correspondan de conformidad con el marco legal vigente²².

De otro lado, los Artículos 30° de la Ley General del Ambiente²³ y 62° del Reglamento de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión

22 Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente

“Artículo 27°.- De los planes de cierre de actividades.-

Los titulares de todas las actividades económicas deben garantizar que al cierre de actividades o instalaciones no subsistan impactos ambientales negativos de carácter significativo, debiendo considerar tal aspecto al diseñar y aplicar los instrumentos de gestión ambiental que les correspondan de conformidad con el marco legal vigente. La Autoridad Ambiental Nacional, en coordinación con las autoridades ambientales sectoriales, establece disposiciones específicas sobre el cierre, abandono, post-cierre y post-abandono de actividades o instalaciones, incluyendo el contenido de los respectivos planes y las condiciones que garanticen su adecuada aplicación.”

23 Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente

“Artículo 30°.- De los planes de descontaminación y el tratamiento de pasivos ambientales.-

30.1 Los planes de descontaminación y de tratamiento de pasivos ambientales están dirigidos a remediar impactos ambientales originados por uno o varios proyectos de inversión o actividades, pasados o presentes. El Plan debe considerar su financiamiento y las responsabilidades que correspondan a los titulares de las actividades contaminantes, incluyendo la compensación por los daños generados, bajo el principio de responsabilidad ambiental.

30.2 Las entidades con competencias ambientales promueven y establecen planes de descontaminación y recuperación de ambientes degradados. La Autoridad Ambiental Nacional establece los criterios para la elaboración de dichos planes.

30.3 La Autoridad Ambiental Nacional, en coordinación con la Autoridad de Salud, puede proponer al Poder Ejecutivo el establecimiento y regulación de un sistema de derechos especiales que permita restringir las emisiones globales al nivel de las normas de calidad ambiental. El referido sistema debe tener en cuenta:

- a) Los tipos de fuentes de emisiones existentes;*
- b) Los contaminantes específicos;*
- c) Los instrumentos y medios de asignación de cuotas;*
- d) Las medidas de monitoreo; y,*
- e) La fiscalización del sistema y las sanciones que correspondan.”*

Ambiental²⁴ tratan sobre los planes de descontaminación y de tratamiento de pasivos ambientales, los cuales tienen por objeto remediar los impactos ambientales originados por uno o varios proyectos de inversión o actividades, pasados o presentes. Estos planes deben considerar en su financiamiento las responsabilidades que correspondan a los titulares de las actividades contaminantes, incluyendo la compensación por los daños generados, bajo el principio de responsabilidad ambiental.

V. EL DEBER JURÍDICO DE RESTAURAR LOS PASIVOS AMBIENTALES MINEROS Y DE HIDROCARBUROS

El ordenamiento jurídico peruano ha previsto la necesidad de corregir los pasivos ambientales provenientes de las actividades del subsector hidrocarburos y del sector minería, con la finalidad de reducir sus impactos negativos en la salud de la población o en los componentes ambientales como el agua y el suelo.

5.1 Restauración de pasivos ambientales de hidrocarburos

De acuerdo al Artículo 2° de la Ley N° 29134 - Ley que regula los pasivos ambientales del subsector hidrocarburos²⁵, los pasivos ambientales de hidrocarburos son aquellos pozos e instalaciones mal abandonados, los suelos contaminados, los

24 **Reglamento de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2005-PCM**

“Artículo 62°.- Planes de Descontaminación y el Tratamiento de Pasivos Ambientales.- Los planes de descontaminación y de tratamiento de pasivos ambientales están dirigidos a remediar impactos ambientales originados por una o varias actividades, pasadas o presentes. El plan debe considerar en su financiamiento las responsabilidades que correspondan a los titulares de las actividades contaminantes, incluyendo la compensación por los daños generados, bajo el principio de responsabilidad ambiental.

Las entidades con competencias ambientales promoverán y establecerán planes de descontaminación y recuperación de ambientes degradados los que deben contar con la opinión técnica de la Autoridad de Salud competente. La Autoridad Ambiental Nacional establece los criterios para la elaboración de dichos planes.

Cualquier acción que realice el Estado para atender problemas vinculados con los pasivos ambientales no exime a los responsables de los pasivos, o a aquellos titulares de bienes o de derechos sobre las zonas afectadas por los pasivos, de cubrir los costos que implique el Plan de Cierre o el Plan de Descontaminación respectivo.”

25 Publicada el 17 de noviembre de 2007.

efluentes, emisiones, restos o depósitos de residuos ubicados en cualquier parte del territorio nacional, incluyendo el zócalo marino, producidos como consecuencia de operaciones en el subsector hidrocarburos, realizadas por parte de empresas que han cesado sus actividades en el área donde se produjeron dichos impactos.

Según lo establecido en la Resolución Ministerial N° 042-2013-MINAM, publicada el 19 de febrero de 2013, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA es competente para ejercer la función de identificación de pasivos ambientales de hidrocarburos, en el marco de lo dispuesto en la Ley N° 29134 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2011-EM²⁶.

Por su parte, de acuerdo a lo previsto en el Artículo 4° de la Ley N° 29134, a partir de la información proporcionada por el OEFA, el Ministerio de Energía y Minas tiene a su cargo determinar a los responsables de los referidos pasivos ambientales, quienes se encuentran obligados a presentar un Plan de Abandono que contemple las acciones para efectuar la descontaminación, restauración o reforestación correspondiente, o realizar el retiro de instalaciones u otras acciones que resulten necesarias para remediar dichos pasivos.

Según lo establecido en la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, modificada por la Ley N° 30011, el OEFA es competente para supervisar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los referidos Planes de Abandono.

Finalmente, es oportuno señalar que el Artículo 6° de la Ley N° 29134 establece que el Estado podrá asumir los gastos de la remediación de los pasivos ambientales cuando se requiera su inmediata mitigación, debiendo repetir el pago contra los responsables de la generación de dichos pasivos. Por otro lado, cuando no sea posible identificar a los responsables de los pasivos ambientales, el legislador ha previsto que el Estado asumirá progresivamente su remediación²⁷.

26 En aplicación de lo dispuesto en la Resolución Ministerial N° 042-2013-MINAM, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 005-2013-OEFA/CD, publicada el 20 de febrero de 2013, se aprobó el Plan de Identificación de Pasivos Ambientales en el Subsector Hidrocarburos 2013-2014. Asimismo, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 022-2013-OEFA/CD, publicada el 22 de mayo de 2013, se aprobó una Directiva para la identificación de dichos pasivos, así como una Metodología que permite estimar el nivel de riesgo de los referidos pasivos.

27 Artículo 4° de la Ley N° 29134 - Ley que regula los pasivos ambientales del subsector hidrocarburos, publicada el 17 de noviembre de 2007.

5.2 Restauración de pasivos ambientales mineros

De acuerdo al Artículo 2° de la Ley N° 28271 - Ley que regula los pasivos ambientales de la actividad minera²⁸, los pasivos ambientales mineros son aquellas instalaciones, efluentes, emisiones, restos o depósitos de residuos producidos por operaciones minera, inactivas o en abandono, que constituyen un riesgo permanente y potencial para la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad.

En el caso de los pasivos ambientales mineros, tanto su identificación como la determinación de sus responsables están a cargo del Ministerio de Energía y Minas. El Artículo 3° de la Ley N° 28271 establece que la identificación, elaboración y actualización del inventario de los pasivos ambientales mineros serán efectuadas por dicha entidad. Por su parte, según el Artículo 4° de la citada norma, el Ministerio de Energía y Minas debe determinar a los responsables de dichos pasivos, quienes deberán presentar un Plan de Cierre para su efectiva remediación.

El Artículo 6° de la referida norma dispone que los responsables de la remediación de los pasivos ambientales mineros deben realizar los estudios, acciones y obras para controlar, mitigar y eliminar, en lo posible, los riesgos y efectos contaminantes y dañinos a la población y al ecosistema. En el caso de estos pasivos el OEFA también es competente para verificar el cumplimiento de las obligaciones asumidas a través de los Planes de Cierre correspondientes.

Finalmente, el Estado asume la tarea de remediar las áreas con pasivos ambientales mineros que no cuenten con responsables identificados²⁹ o remediadores voluntarios³⁰. Asimismo, podrá proceder a remediar las áreas con pasivos ambientales mineros en caso de que una empresa de propiedad del

28 Publicada el 6 de julio de 2004.

29 La empresa ACTIVOS MINEROS S.A.C. es la empresa estatal encargada de efectuar los estudios y proyectos de remediación ambiental, Planes de Cierre de minas y actividades relacionadas, de conformidad con lo establecido en el Decreto Supremo N° 058-2006-EM.

30 Al respecto, es oportuno señalar que el Artículo 12° del Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera, aprobado por Decreto Supremo N° 059-2005-EM, publicado el 8 de diciembre de 2005, establece que cualquier persona o entidad, sea titular de concesiones mineras o no, podrá asumir la responsabilidad de remediar voluntariamente pasivos ambientales mineros, inventariados o no, que se encuentren ubicados en su propia concesión minera, de tercero o en áreas de libre denunciabilidad, sin perjuicio que pueda iniciar las acciones legales correspondientes para ejercer su derecho de repetición contra el responsable que generó dicho pasivo.

Estado sea responsable en no menos de dos tercios del monto correspondiente a la remediación o, excepcionalmente, en función de la debida tutela del interés público. La determinación de las situaciones de interés público que sustentan las acciones de remediación de las áreas con pasivos ambientales mineros por el Estado se basa en el análisis de riesgos a la salud y seguridad, así como al medio ambiente del área afectada por los pasivos ambientales mineros y sus zonas de influencia³¹.

VI. EL DEBER JURÍDICO DE RESTAURACIÓN AMBIENTAL EN CASOS DE EMERGENCIA

En caso de ocurrencia de algún daño ambiental súbito y significativo, sea por causas naturales o por la acción humana, la autoridad nacional competente (como es el caso del Ministerio del Ambiente) procede a emitir la correspondiente Declaración de Emergencia Ambiental, y a establecer planes especiales de descontaminación, remediación o restauración ambiental en el marco de dicha declaración³².

Un ejemplo de ello es la Declaración de Emergencia Ambiental de la Cuenca del Río Pastaza, en los distritos de Andoas y Pastaza, provincia del Datem del Marañón, departamento de Loreto, efectuada por Resolución Ministerial N° 094-2013-MINAM³³, por el plazo de noventa días hábiles, debido a la existencia de sitios contaminados por hidrocarburos (básicamente petróleo).

En virtud a la referida Declaración de Emergencia Ambiental, Pluspetrol Norte S.A., empresa dedicada a la explotación de hidrocarburos en la referida zona (ubicada dentro del llamado Lote 1AB), tiene la obligación de comunicar al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, el **OEFA**) los sitios impactados con hidrocarburos y rehabilitados, los sitios impactados pero no rehabilitados y los sitios impactados/contaminados³⁴ que no fueron identificados en su instrumento de gestión ambiental (Plan Ambiental Complementario), así como deberá presentar los respectivos Planes de Descontaminación de Suelos, los que

31 Artículos 20° y 21° del Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera, aprobado por Decreto Supremo N° 059-2005-EM.

32 Artículo 28° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente.

33 Publicada el 25 de marzo de 2013, modificada por Resolución Ministerial N° 139-2013-MINAM, publicada el 11 de mayo de 2013.

34 Estos dos últimos deberán ser remediados por la empresa titular responsable del sitio contaminado.

deberán ser aprobados por el Ministerio de Energía y Minas. La tarea del OEFA es supervisar el cumplimiento de las obligaciones ambientales contenidas en dichos Planes.

VII. LA RESTAURACIÓN AMBIENTAL ADMINISTRATIVA Y LA JURISDICCIONAL

La responsabilidad ambiental puede ser civil, penal o administrativa. Cada responsabilidad es independiente³⁵. En esta oportunidad nos abocaremos a la civil y administrativa³⁶.

7.1. Responsabilidad civil

En lo relativo a la responsabilidad civil, el Artículo 147° de la Ley General del Ambiente establece que la reparación del daño ambiental consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes y en su indemnización económica. De no ser técnica ni materialmente posible el restablecimiento, el juez deberá prever la realización de otras tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados. La indemnización tendrá por destino la realización de acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales respecto del ambiente y los recursos naturales.

La autoridad jurisdiccional es la competente para ordenar al causante indemnizar a la víctima del daño ambiental. Esta indemnización comprende el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral y el daño a la persona.

35 El Artículo 138° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente establece que la responsabilidad administrativa establecida dentro del procedimiento correspondiente es independiente de la responsabilidad civil o penal que pudiera derivarse por los mismos hechos.

36 Respecto de la responsabilidad penal, basta mencionar que los delitos penales correspondientes se encuentran tipificados en los Capítulos I (Delitos de Contaminación, Artículos del 304° al 307°-F), II (Delitos contra los Recursos Naturales, Artículos del 308° al 313°) y III (Responsabilidad Funcional e Información Falsa, Artículos del 314° al 314°-B) del Título XIII del Libro Segundo del Código Penal, conforme a las modificaciones efectuadas por el Artículo 3° de la Ley N° 29263, publicada el 2 octubre de 2008; los Artículos Primero y Segundo del Decreto Legislativo N° 1102, publicado el 29 febrero de 2012; la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1107, publicado el 20 abril de 2012; y la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30077, publicada el 20 agosto de 2013.

7.2. Responsabilidad administrativa

De conformidad con lo establecido en los Artículos 135° (Numeral 135.1)³⁷ y 136° (Numeral 136.1)³⁸ de la Ley General del Ambiente, la responsabilidad administrativa es consecuencia de la comisión de una infracción administrativa ambiental. La autoridad administrativa con competencia en fiscalización ambiental –como es el OEFA– es la encargada de determinar la existencia de infracción administrativa, de imponer la sanción respectiva y dictar las medidas correctivas pertinentes.

Para el caso particular de la potestad sancionadora del OEFA, el Artículo 18° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental reconoce que la responsabilidad administrativa es objetiva. Esta norma estipula expresamente que los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA.

En sede administrativa, el daño ambiental, potencial o real, puede ser o no un elemento constitutivo del supuesto de hecho tipificado como infracción administrativa³⁹.

37 Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente

“Artículo 135°.- Del régimen de sanciones

*135.1 El incumplimiento de las normas de la presente Ley es sancionado por la autoridad competente en base al Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental. Las autoridades pueden establecer normas complementarias siempre que no se opongan al Régimen Común.
(...)”.*

38 Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente

“Artículo 136°.- De las sanciones y medidas correctivas

*136.1 Las personas naturales o jurídicas que infrinjan las disposiciones contenidas en la presente Ley y en las disposiciones complementarias y reglamentarias sobre la materia, se harán acreedoras, según la gravedad de la infracción, a sanciones o medidas correctivas.
(...)”.*

39 Al respecto, ver la Regla Sexta de la propuesta de las “Reglas Generales para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental”, publicada en el portal web del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA. La publicación de esta propuesta normativa fue aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 029-2013-OEFA/CD, publicada el 18 de julio de 2013. Fuente: www.oefa.gob.pe (visitado el 29 de julio de 2013).

Si bien la autoridad administrativa con competencia en fiscalización ambiental no está facultada para dictar indemnizaciones, sí lo está para dictar medidas correctivas que tengan por objeto ordenar al infractor la reposición de la situación alterada por la infracción administrativa a su estado anterior.

El Numeral 232.1 del Artículo 232° de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General establece que las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada a su estado anterior, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, los que serán determinados en el proceso judicial correspondiente.⁴⁰

Por tanto, una cosa es la reposición, restauración o remediación ambiental de la situación alterada por la infracción administrativa, viable en sede administrativa a través de una medida correctiva, y otra conceptualmente distinta la indemnización por los daños y perjuicios derivada de un daño ambiental.

Con la finalidad de potenciar el efecto reparador de las medidas correctivas a dictarse en un procedimiento sancionador, el Grupo de Trabajo encargado de revisar y proponer mejoras a las disposiciones contenidas en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, creado por Resolución Ministerial N° 0155-2012-JUS⁴¹, ha propuesto modificar el Numeral 232.1 del Artículo 232° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, conforme al siguiente texto:

“Artículo 232°.- Determinación de la responsabilidad

232.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con el dictado de medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la de los bienes

⁴⁰ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 232°.- Determinación de la responsabilidad

232.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, los que serán determinados en el proceso judicial correspondiente.

(...)”.

⁴¹ De fecha 14 de junio de 2012, modificada por Resoluciones Ministeriales N° 0234-2012-JUS del 13 de setiembre de 2012, N° 0248-2012-JUS del 17 de octubre de 2012, N° 0089-2013-JUS del 26 de marzo de 2013 y N° 0147-2013-JUS del 11 de junio de 2013.

afectados, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, los que serán determinados en el proceso judicial correspondiente. Las medidas correctivas deben ser razonables y, además, ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto.

(...)”

(Negrilla agregada)

VIII. LAS MEDIDAS CORRECTIVAS DE RESTAURACIÓN Y COMPENSACIÓN AMBIENTAL

Sin perjuicio de lo mencionado en el acápite anterior, el Numeral 22.1 del Artículo 22° de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental establece que el OEFA podrá ordenar las medidas correctivas necesarias para revertir, o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas.

En particular, el Literal d) del Numeral 22.2 del mencionado Artículo 22° dispone que entre las medidas que pueden dictarse se encuentra la obligación del responsable del daño a restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso, y de no ser posible ello, la obligación a compensarla en términos ambientales y/o económicos.

En ese sentido, si la infracción administrativa ha ocasionado un daño o impacto ambiental negativo, el OEFA puede ordenar al infractor que este restaure, rehabilite o repare la situación alterada. Y solo si no es posible la restauración, rehabilitación o reparación, el OEFA podrá ordenar al infractor la compensación en términos ambientales o económicos.

El 23 de marzo de 2013, el OEFA publicó los Lineamientos *para la aplicación de las medidas correctivas previstas en el Literal d) del Numeral 22.2 del mencionado Artículo 22° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental* (en adelante, los **Lineamientos**), aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD.

Conforme a lo explicado en los referidos Lineamientos las “medidas de restauración” son todas aquellas que comprenden acciones de restauración, rehabilitación o reparación de la situación alterada por la infracción administrativa ambiental. Así, por ejemplo, puede ordenarse como medida de restauración la

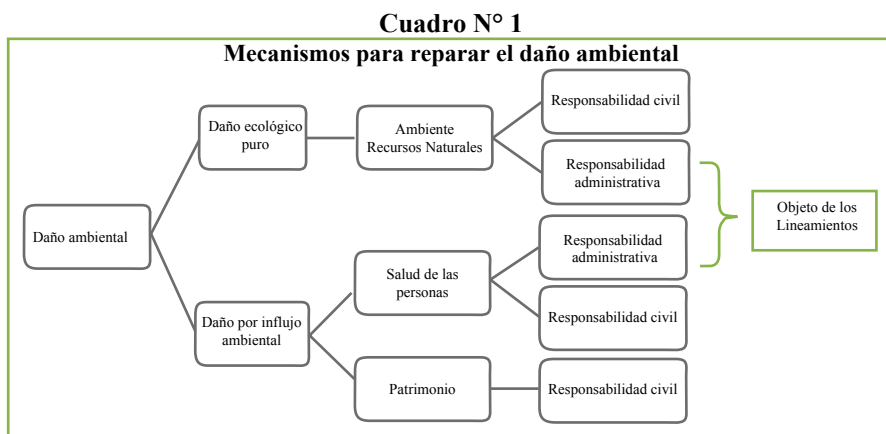
reforestación de un bosque que ha sido afectado por la infracción ambiental o como medida de reparación la limpieza de una laguna que ha sido parcialmente contaminada por un derrame de petróleo.

Por su parte, las “medidas de compensación ambiental” son todas aquellas acciones que buscan sustituir un bien ambiental que ha sufrido impactos severos, irreversibles e imposibles de ser mitigados, es decir, irrecuperable. Las medidas compensatorias son una suerte de medidas paliativas que se dictarán en los casos en que no sea posible emplear “medidas de restauración”. Así, por ejemplo, ordenar al infractor que contaminó o deterioró por completo una laguna que construya otra de características similares en un área próxima.

En los Lineamientos se mencionan como ejemplos de medidas de compensación ambiental, las siguientes:

- (i) Forestación compensatoria en terrenos próximos, y con posibilidades de desarrollo similar (a la zona afectada).
- (ii) Implementar canales y acequias de captación, conducción o desagüe de aguas, en suelos próximos, para compensar la alteración de los cursos naturales de agua producidos en el entorno del proyecto.
- (iii) Traslado de poblaciones faunísticas a otros lugares, acondicionados apropiadamente para su supervivencia y desarrollo, con el fin de evitar su extinción, en caso se observe que su hábitat original ha sido devastado.

Resulta pertinente mencionar que en los referidos Lineamientos se diferencia el daño ecológico puro del daño por influjo ambiental. El primero es el daño al ambiente y los recursos naturales. El segundo es la afectación a la salud de las personas y al patrimonio privado como consecuencia de la contaminación ambiental. Si bien en ambos supuestos cabe tanto la responsabilidad civil como la administrativa, en los Lineamientos se precisa que la responsabilidad administrativa no restaura ni compensa los daños vinculados directamente con los derechos de propiedad privada (patrimonio). Como se observa en el cuadro que se expone a continuación, solo la responsabilidad civil permitiría la indemnización por daños a bienes de propiedad privada.



Elaboración: OEFA.

En lo referido a las medidas correctivas de restauración ambiental, los Lineamientos afirman que son posibles las acciones de reparación, restauración y rehabilitación de los componentes ambientales y los recursos naturales. A modo de ejemplo, constituiría una medida de restauración la incorporación de poblaciones faunísticas en el área donde dichas especies murieron debido a la contaminación ambiental. Respecto de la salud de las personas, la medida correctiva de restauración ambiental podría consistir en ordenar al infractor que cubra los gastos médicos de la persona o personas afectadas, y en el supuesto de que el daño haya sido masivo, la medida correctiva podría ser ordenar la construcción de una posta médica o el financiamiento de programas de salud.

Si la contaminación hubiera dañado bienes de propiedad privada como, por ejemplo, ganado bovino de una granja o truchas de una piscigranja, el propietario tendría que acudir por este extremo al Poder Judicial demandando en su condición de víctima la correspondiente indemnización patrimonial.

En lo relacionado a las medidas correctivas de compensación, los Lineamientos, con la finalidad de evitar que se impute al OEFA el pretender arrogarse funciones jurisdiccionales, menciona que en sede administrativa solo cabe la compensación ambiental, de modo que cuando el Numeral 22.2 del Artículo 22° de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental menciona que el responsable se encuentra obligado a compensar el daño en términos “ambientales y/o económicos”, solo se está refiriendo a los “ambientales”, como sería forestar un área próxima para compensar otra que ha sido destruida completamente por la contaminación.

Resta señalar en esta parte que si bien no procede en el ámbito del OEFA la compensación por daños a la propiedad privada, sí es factible el dictado de medidas de compensación ambiental por daños al Patrimonio Natural de la Nación, compuesto por recursos renovables y no renovables. Asimismo, dependiendo de las circunstancias del caso, si la implementación de una medida correctiva de compensación ambiental implicara el financiamiento del traslado temporal o definitivo de poblaciones indígenas de un área a otra, deberá obtenerse el consentimiento previo, libre e informado de estas poblaciones, conforme a la normativa de la materia⁴².

IX. LA PROMOCIÓN DE LA RESTAURACIÓN AMBIENTAL EN LAS ACTIVIDADES DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

Mediante Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD, publicada el 12 de marzo de 2013, se aprobó la “Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 6° del Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM” (en adelante, la **Metodología**), documento que explica paso a paso el proceso de cálculo de la multa a imponer en caso se haya detectado una infracción administrativa.

La Metodología busca no solo generar una mayor predictibilidad respecto de la actuación de los órganos resolutivos del OEFA,⁴³ reducir su discrecionalidad⁴⁴ y garantizar un mejor ejercicio del derecho de defensa de los administrados⁴⁵,

42 Ley N° 29785 - Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, publicada el 7 de setiembre de 2011, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC, publicado el 3 de abril de 2012.

43 La referida Metodología contiene las fórmulas y tablas de valores que se emplearán para calcular las multas. Con el empleo de la Metodología, los administrados conocen de antemano cuál será el razonamiento que utilizará la autoridad administrativa para calcular la multa base, así como los criterios que calificarán como agravantes o atenuantes, y el peso de cada uno de estos.

44 El empleo de la Metodología reduce la discrecionalidad de la autoridad administrativa al contemplar criterios técnicos y objetivos para determinar el valor de cada uno de los factores agravantes o atenuantes que se emplearán para calcular la multa. Si bien estos criterios no pueden ser calculados con una exactitud matemática, lo que es imposible, sí al menos con una aproximación razonable, lo que es suficiente para el Derecho Administrativo Sancionador.

45 Se garantiza de mejor manera el derecho de defensa debido a que al conocerse de antemano la Metodología para el cálculo de las multas, los administrados, en la presentación de sus descargos o recursos administrativos (reconsideración o apelación), no solo podrán cuestionar la presunta existencia de la infracción administrativa imputada, sino que también podrán ofrecer pruebas o alegatos respecto de los criterios de graduación, a efectos de que la multa a imponer, de ser el caso, sea la menor posible.

sino también promover la remediación ambiental. Para empezar, constituye factor atenuante que disminuye en un diez por ciento la multa base⁴⁶ el hecho de que el infractor haya ejecutado medidas necesarias e inmediatas para remediar los efectos de la conducta calificada como infracción ambiental ⁴⁷.

Pero no solo eso, también se promueve la remediación ambiental debido a que esta circunstancia incide en una disminución de la multa base y el costo de la medida correctiva de restauración ambiental. En efecto, si el administrado, luego de cometer la infracción, procede a implementar acciones de remediación que disminuyen el daño ocasionado, dicha acción originará una disminución de la cuantía de la multa base y del costo de implementar la medida correctiva que dicte la autoridad. Veamos cada uno.

Si la autoridad que impone la sanción (en el OEFA es la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos) tiene información disponible sobre la valorización del daño ambiental, este será calculado sobre la base de los hechos constatados por los supervisores de campo (de la Dirección de Supervisión del OEFA). Por tanto, si el administrado infractor procedió a implementar rápidamente acciones de remediación ambiental, el daño que constate la autoridad supervisora será menor, lo que provocará una multa base menor.

Y si luego de la supervisión efectuada por el OEFA, el administrado infractor continuara ejecutando medidas de remediación ambiental, al momento de emitir resolución final en el respectivo procedimiento administrativo sancionador, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos podrá emitir una medida correctiva menos gravosa para dicho administrado. La razón es la siguiente: de haber continuado con las actividades de remediación correspondientes, el administrado tendrá los incentivos suficientes para informar y acreditar a la autoridad administrativa –en el procedimiento sancionador– sobre la real situación del área que fue afectada con la conducta infractora, a efectos de que ella considere innecesario el dictado de una medida correctiva de restauración o compensación ambiental, o de dictarla, que ella fuera lo menos gravosa posible.

46 La multa base se calcula a partir del beneficio ilícito de la infracción, la probabilidad de detección de la infracción y, de haber información disponible, de la valorización del daño probado. Una vez calculada la multa base, se aplican los factores agravantes o atenuantes, que en porcentajes aumentan o disminuyen la multa base, respectivamente.

47 Ítem f6 de la Tabla de Valores N° 3 del Anexo II de la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD.

Como puede apreciarse, la Metodología está diseñada para generar en los administrados incentivos para implementar acciones de remediación ambiental, dado que con ello la multa a imponérseles será menor, así como menor el costo de ejecutar la medida correctiva de restauración o compensación ambiental que se dicte en la resolución final del procedimiento sancionador.

X. EJEMPLO DE MEDIDA CORRECTIVA DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL

En un reciente caso, concluido en primera instancia administrativa, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA declaró⁴⁸ que una empresa dedicada a la extracción de hidrocarburos líquidos en un área extensa del departamento de Loreto (Amazonía peruana) había cometido, entre otras, las siguientes infracciones administrativas ambientales:

- (a) Afectar con petróleo una pequeña laguna⁴⁹ (cocha) y su entorno⁵⁰; y,
- (b) Causar la pérdida ecológica irreparable del ecosistema que conformaba dicha laguna debido a la ejecución de acciones de drenaje y remoción de suelos (método “Landfarming”) sin contar con el instrumento de gestión ambiental correspondiente⁵¹.

Adicionalmente a las multas que impuso por las dos infracciones antes mencionadas, la autoridad administrativa ordenó como medida correctiva de

48 Mediante Resolución Directoral N° 534-2013-OEFA/DFSAI de fecha 22 de noviembre de 2013, recaída en el Expediente N° 267-2012-OEFA/DFSAI/PAS. Es importante precisar que dicha resolución ha sido apelada por el administrado sancionado, y será el Tribunal de Fiscalización Ambiental, en segunda y última instancia administrativa, la que confirme, modifique, revoque o anule la citada resolución directoral.

49 Denominada Shanshococha, ubicada en el distrito de Andoas, provincia de Datem del Marañón, departamento de Loreto, al interior del llamado Lote 1AB.

50 Conducta tipificada como infracción administrativa en el Artículo 3° del Decreto Supremo N° 015-2006-EM, Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, y sancionable por el Numeral 3.3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN.

51 Conducta tipificada como infracción administrativa y sancionable por el Numeral 3.4.1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos del OSINERGMIN.

aplicación progresiva la compensación ambiental por la pérdida irreparable de la laguna. Esta medida consiste en la obligación de generar una nueva laguna o, de ser el caso, potenciar o proteger un cuerpo de agua o zona dentro del área de influencia del lugar afectado, según lo determine un estudio hidrogeológico que la empresa infractora debe realizar previamente. Tal estudio determinará los alcances de la compensación ambiental a ser realizada mediante la medida correctiva⁵².

52 En la Resolución Directoral N° 534-2013-OEFA/DFSAI se explican las acciones (y sus respectivas etapas) que la empresa infractora debe ejecutar para cumplir la medida correctiva de compensación ambiental, tal como se detalla a continuación:

a) Etapa de presentación a la comunidad:

- Presentar al OEFA un programa de promoción de espacios de acercamiento y participación comunitaria, que involucre a las comunidades circundantes de la zona impactada y, de ser el caso, organizaciones nativas y autoridades del lugar.

El objetivo de ello es exponer a los agentes involucrados el proyecto a ejecutar, a fin de recibir y absolver consultas formuladas relativas a las medidas de compensación ambiental. Lo que se busca es que el ecosistema impactado vuelva a su estado originario, es decir, el anterior a la afectación con petróleo, de modo que brinde los servicios ambientales y las situaciones ecológicas equivalentes que hagan viable el desarrollo de la flora, fauna y biodiversidad de la zona.

Para el cumplimiento de esta etapa se otorga un plazo de 3 días hábiles para que la empresa presente al OEFA el respectivo programa para su aprobación. Dicho programa deberá ser ejecutado en un plazo no mayor de 30 días hábiles, contado a partir de la aprobación respectiva.

b) Etapa de diagnóstico y recuperación de suelos:

- Presentar el diagnóstico del estado actual de los suelos contaminados en la laguna y su entorno y formular un programa de recuperación de suelos, en un plazo que no exceda los 10 días hábiles, contado a partir de la finalización de la etapa anterior.
- Implementar un programa de recuperación de suelos que incluya la limpieza de TPH (abreviatura de “Total Petroleum Hydrocarbon” o Hidrocarburos Totales de Petróleo) y de Bario a niveles similares a otros sistemas de vida, utilizando el método de comparación con zonas aledañas (ecosistemas con vida), en un plazo de 50 días hábiles, contado a partir de la aprobación del diagnóstico y el programa de recuperación de suelos por parte del OEFA.

c) Etapa de ejecución:

c.1. Desarrollo e implementación del estudio hidrogeológico

- Presentar una propuesta de estudio técnico que incluya el cronograma de actividades de ejecución del estudio hidrogeológico en las áreas afectadas, en un plazo de 30 días hábiles.

-
- Ejecutar un estudio hidrogeológico del área de la laguna, en el que se evalúe la viabilidad de la compensación ambiental en dicha zona o, en su defecto, en otra zona donde el impacto ambiental sea mínimo. Este estudio deberá contener, entre otros aspectos, el origen y la disponibilidad del recurso hídrico y, asimismo, deberá contemplar la estacionalidad del Río Pastaza (vaciante - creciente). Para el desarrollo del estudio hidrogeológico se establece un plazo de 90 días hábiles, contado a partir de la aprobación de la propuesta técnica por parte del OEFA.
 - Luego de la aprobación del estudio hidrogeológico por parte del OEFA, y considerando sus resultados, la empresa infractora deberá presentar la propuesta técnica final que garantice la viabilidad de la medida correctiva ordenada, en un plazo de 90 días hábiles, contado a partir de la aprobación de los resultados del estudio hidrogeológico.

En tal sentido, y de ser el caso, se presentará un diseño de las características que debería tener el nuevo ecosistema, de modo que se convierta en un humedal que cumpla con las características de una laguna (cocha). El diseño de las características del nuevo ecosistema deberá contener:

- Antecedentes.
- Generalidades: Condiciones actuales de fauna y flora (inventario de poblaciones) y calidad de hábitat de la zona.
- Objetivo.
- Materias y métodos: ubicación y dimensiones, medio abiótico, geomorfología e hidrología, medio biótico, fitoplancton, zooplancton, flora, fauna, monitoreo (agua y suelo).
- Plan de manejo, plan de contingencia.
- Recomendaciones.
- Equipo de especialistas multidisciplinarios.
- Referencias bibliográficas.

c.2. Monitoreo limnológico y medidas de protección para los ecosistemas acuáticos de agua adyacentes

- Desarrollar un programa de monitoreo limnológico de los cuerpos de agua adyacentes a la zona donde se ubicaba la laguna, el cual deberá incluir la determinación de los parámetros físicos, químicos, hidrobiológicos y de diversidad, considerando la estacionalidad y régimen hídrico. La periodicidad de los monitoreos será trimestral durante el primer año, y semestral a partir del segundo año.
- El plazo para la presentación de dichos monitoreos al OEFA será dentro de los 15 días hábiles siguientes al vencimiento del trimestre o semestre, respectivamente.
- En atención a los monitoreos, se deberán adoptar las medidas de protección idóneas para la preservación de los ecosistemas acuáticos adyacentes.

Como se menciona en el pronunciamiento⁵³ de la autoridad, la medida correctiva de compensación ambiental busca sustituir en lo posible el bien jurídico afectado, que es el ecosistema que existía en la zona de la laguna. Así las cosas, ante *“el hecho consumado del drenaje y desaparición de la laguna”*, la medida correctiva explica de manera detallada cada acción que debe ejecutar la empresa infractora, no siendo necesario que esta solicite la aprobación de un instrumento de gestión ambiental a la autoridad sectorial respectiva.

En efecto, en los Lineamientos se explica que si la ejecución de las medidas de restauración y compensación ambiental tendrá un impacto significativo, de gran envergadura, sobre el ambiente, entonces, será necesario que el administrado obtenga un Instrumento de Gestión Ambiental para ejecutar dicha medida, instrumento que será aprobado por la autoridad sectorial correspondiente. Por el contrario, si la medida tendrá un impacto menor (por ejemplo, si el área afectada por la contaminación es menor a 10 000 m²), la obtención de dicho instrumento no será necesaria, pues bastará que el administrado ejecute la medida correctiva de acuerdo a las acciones y etapas que establezca el OEFA, tal como ocurre en el caso de la pequeña laguna expuesto precedentemente.

XI. CONCLUSIONES

El deber jurídico de restauración ambiental se encuentra vinculado con el principio de internalización de costos y el principio de responsabilidad ambiental. Conforme a estos dos principios toda persona natural o jurídica, pública o privada, que cause un impacto negativo (daño, degradación, etc.) al ambiente o a sus componentes está obligado a adoptar las medidas de rehabilitación, remediación o restauración respectivas y, de no ser posible ello, las de compensación correspondientes, lo que significa que el que contamina debe asumir los costos de la descontaminación.

d) Acreditación del cumplimiento y fiscalización del OEFA:

- La empresa infractora deberá informar a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA los resultados de la ejecución de cada etapa descrita en los plazos establecidos, a fin de dar cumplimiento al mandato ordenado por dicha autoridad.
- En todas estas etapas de cumplimiento se deberá tomar como referencia la descripción del Proyecto del Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) de la empresa infractora, que es el Instrumento de Gestión Ambiental que ella debió aplicar en su área de concesión para la exploración y explotación de hidrocarburos líquidos.

53 Considerando 300 de la Resolución Directoral N° 534-2013-OEFA/DFSAL.

Entre los tipos de instrumentos de gestión ambiental que expresan la certificación ambiental del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA) están los planes de cierre de actividades y los planes de descontaminación y de tratamiento de pasivos ambientales, los cuales contemplan las medidas de restauración o remediación ambiental que deberán realizar las empresas frente a los impactos ambientales negativos de actividades ocasionados por actividades presentes o pasadas.

El ordenamiento jurídico peruano ha previsto la necesidad de corregir los pasivos ambientales provenientes de las actividades del subsector hidrocarburos y del sector minería con la finalidad de reducir sus impactos negativos en la salud de la población o en componentes ambientales como el agua y el suelo.

Tratándose de daños ambientales súbitos y significativos, sea por causas naturales o derivados de la acción humana, la autoridad nacional competente procede a emitir la correspondiente Declaración de Emergencia Ambiental, y establecer planes especiales de descontaminación, remediación o restauración ambiental en el marco de dicha declaración.

La responsabilidad ambiental puede ser civil o administrativa. Por la primera, la víctima de un daño ambiental puede demandar ante el Poder Judicial al causante de dicho daño por la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, lo que abarca el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral y el daño a la persona. Por la segunda, la autoridad administrativa con competencia en fiscalización ambiental (por ejemplo, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA), además de imponer la sanción a que hubiere lugar como consecuencia de la constatación de una infracción administrativa, podrá dictar una medida correctiva que tenga por objeto ordenar al administrado responsable que reponga (o restaure) la situación alterada por la infracción al estado anterior.

En el caso particular del OEFA, la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental le otorga competencia para dictar medidas correctivas de restauración o compensación ambiental. Las primeras son todas aquellas que comprenden acciones de restauración, rehabilitación o reparación de la situación alterada por la infracción administrativa ambiental. Así, por ejemplo, ordenar la limpieza de una laguna que ha sido parcialmente contaminada. Las segundas, en cambio, de compensación ambiental, buscan sustituir un bien ambiental que ha sufrido impactos severos, irreversibles e imposibles de ser mitigados. Sería el caso, por ejemplo, de ordenar al infractor que contaminó o deterioró por completo una laguna que construya otra de características similares en un área próxima.

Precisamente, en un reciente pronunciamiento del OEFA (aún no firme en la vía administrativa), y en atención a una conducta infractora consistente en contaminar una pequeña laguna con hidrocarburos y luego drenarla completamente sin instrumento de gestión ambiental, se ha dictado como medida correctiva de compensación ambiental la obligación de realizar un estudio hidrogeológico que permita la ejecución de acciones apropiadas para regenerar la funcionalidad del ecosistema que existía en dicha laguna.

A través de las medidas correctivas de restauración o compensación ambiental, el OEFA no puede ordenar el resarcimiento de daños sobre bienes de propiedad privada.

Si una empresa que ha generado un menoscabo, deterioro o daño ambiental a través de una infracción administrativa procede a implementar rápidamente medidas de remediación ambiental, dicha acción será tomada en consideración por el OEFA en el respectivo procedimiento sancionador, originando una disminución de la multa, así como la posibilidad de no dictar una medida correctiva o, de dictarse esta, que sea lo menos gravosa posible, lo que evidencia el propósito de dicha entidad pública de incentivar acciones de remediación ambiental, y así cumplir con el deber jurídico de restauración ambiental.

BIBLIOGRAFÍA:

DANÓS, Jorge et ál. (Coordinadores)

2013 *Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Derecho Administrativo en el Siglo XXI - Volumen II*. Lima: Adrus D&L Editores, pp. 445-446.

CANOSA, Raúl

2000 *Constitución y Medio Ambiente*. Madrid: Dykinson.

CARABIAS, Julia, Vicente ARRIAGA y Virginia CERVANTES

2007 “Las políticas públicas de la restauración ambiental en México: Limitantes, avances, rezagos y retos”. *Boletín de la Sociedad Botánica de México - Botanical Sciences*. México D.F., número 80, pp. 86.