



Notas sobre la aplicación de la norma ambiental peruana en el tiempo

Notes on the application of the Peruvian environmental standard over time

Lorenzo de la Puente Brunke*
David Vargas Tacuri**

Resumen:

El presente artículo tiene por objeto analizar la regulación ambiental vigente en el país en lo referente a su cumplimiento con los principios generales del Derecho que rigen la aplicación de las normas en el tiempo; esto es: los principios de seguridad jurídica, de irretroactividad de las normas y el de progresividad o gradualidad. Para este fin, el autor realizará un recuento de la legislación ambiental nacional desde el Código de Medio Ambiente y los Recursos Naturales de 1990, así como también desarrollará conceptos clave como los estándares de calidad ambientales y los principios antes mencionados.

Abstract:

The purpose of this article is to analyze the environmental regulation in force in the country with regards to its compliance with the general principles of Law that govern the application of standards over time; this is: the principles of legal security, the non-retroactivity of the rules and the principle of progressiveness or graduality. For this purpose, the author will recount the national environmental legislation from the Environment and Natural Resources Code of 1990, as well as develop key concepts such as environmental quality standards and the aforementioned principles.

Palabras Clave:

Regulación ambiental – Aplicación de la ley en el tiempo – Estándares de Calidad Ambiental – Principio de irretroactividad – Principio de seguridad jurídica – Principio de progresividad

Keywords:

Environmental regulation – Application of the law in time – Environmental quality standards – Principle of non-retroactivity – Principle of legal certainty – Principle of progressivity

Sumario:

1. Introducción – 2. Lo que propusieron y proponen las normas generales – 3. El caso de la industria de los hidrocarburos – 4. Los Estándares de Calidad Ambiental – 5. Lo que plantean los principios generales del derecho – 6. Conclusión – 7. Bibliografía

* Magíster en Derecho Ambiental y Energético por la Escuela de Leyes de la Universidad de Houston, Texas. Socio del estudio de abogados Delapunte Abogados.

** Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad del Perú. Tercer fiscalizador nivel V de la Coordinación de Energía – Hidrocarburos Unidades Mayores de la OEFA.

1. Introducción

Algunas normas ambientales no son exigidas de manera inmediata, no solo porque en los hechos no pueden ser cumplidas prontamente, sino también por la magnitud de la carga económica que su cumplimiento exige. No está en discusión el poder del Estado, manifestado en la imposición de restricciones ambientales a la industria, así como tampoco su mandato tutelar constitucional. Sin embargo, es importante reflexionar sobre el modo como estas restricciones se imponen: sobre la debida aplicación de la norma ambiental en el tiempo.

Las reglas son las propias del derecho general peruano, contenidas en la Constitución Política¹ y en el Título Preliminar de nuestro Código Civil; pero no debemos pasar por alto que el modo como se impongan mayores restricciones tiene directa relación con la eficacia normativa y la política ambiental que determine el Estado. Eficacia que, en el caso peruano tiene un reto aún mayor al estar envuelto también en la informalidad e ilegalidad ambientales.

Hemos concluido que los fundamentos para encontrar una solución a los retos o problemas de la aplicación de la norma ambiental en el tiempo no están únicamente en el texto de la ley, sino en los principios generales del derecho.

En las primeras secciones de este texto haremos referencia a la legislación ambiental peruana, su evolución y ejemplos, en relación con la aplicación de la norma en el tiempo; para, posteriormente, entrar al desarrollo de los aspectos que consideramos importantes en cuanto a los principios generales y la aplicación de la norma ambiental en el tiempo.

2. Lo que propusieron y proponen las normas generales

El derrotero que siguió la primera norma ambiental rectora peruana, el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales² de 1990 (en adelante, el Código), muestra, precisamente, un problema de eficacia y de inconsistencia entre la política estatal y la normativa.

Un año después de ser publicado, 32 de sus 145 artículos fueron derogados, cuando no sustituidos, por normas que promovieron la inversión privada³. Además, ninguna de sus tres disposiciones transitorias llegó a cumplirse; entre ellas, el plazo de 180 días para que las empresas se adecuen a sus nuevas normas.

El Poder Ejecutivo advirtió que no podía imponer las normas del Código casi de manera inmediata. Por ello, sólo dos meses después de su publicación, a través de un decreto supremo,⁴ norma de inferior jerarquía, suspendió el plazo de adecuación de 180 días. En uno de los considerandos de esta norma se reconoció que todas las actividades productivas se encontraban imposibilitadas técnica y económicamente para adecuarse al Código en tan corto plazo, ya que obligaría a la paralización de todas sus operaciones, con las previsibles consecuencias socioeconómicas que afectaría el normal desarrollo de la industria en el país. Esta habría sido la respuesta del gobierno al primer conflicto importante entre la legislación ambiental y la realidad peruana.

Después de la publicación del Código, de sus derogaciones parciales, sustituciones y modificaciones, el Ministerio de Energía y Minas aprobó en 1993 el primer Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica,⁵ norma que introdujo en el derecho peruano el instrumento que permitiría a las empresas mineras adecuarse a las nuevas exigencias ambientales: el Programa de Adecuación y Manejo Ambiental o PAMA. Los demás reglamentos ambientales sectoriales replicarían luego lo planteado para la minería.

La adecuación de la actividad industrial a las nuevas normas del Código ocurrió a través de normas reglamentarias de carácter sectorial; no a través de un reglamento del Código, como inicialmente fue establecido por el texto del mismo. El proyecto de reglamento fue publicado para comentarios, pero nunca entró en vigencia.

1 El Artículo 103 de la Constitución Política del Perú, modificado por la Ley N° 28389, Ley de Reforma de los artículos 11, 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú del 2004, establece que "La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo".

2 El Código fue promulgado por el Presidente de la República mediante el Decreto Legislativo N° 613 y publicado el 8 de setiembre de 1990, luego de que una comisión, integrada por expertos nacionales y extranjeros, lo viniera trabajando desde el año 1985.

3 En concreto, el Decreto Legislativo N° 653, Ley de Promoción de la Inversión en el Sector Agrario; el Decreto Legislativo N° 655, Normas sobre la Inversión Privada en el Sector Hidrocarburos; el Decreto Legislativo N° 708, Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero; y el Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada.

4 Decreto Supremo N° 150-90-PCM, publicado el 14 de noviembre de 1990.

5 Decreto Supremo N° 016-93-EM, publicado el 11 de mayo de 1993.

Más de diez años después, el Decreto Supremo N° 078-2009-EM, publicado el 8 de noviembre de 2009, llama la atención porque reconoce, en su parte considerativa, que las actividades mineras que se estaban realizando sin contar con una Certificación Ambiental se habrían dado, en parte, por la regulación ambigua. Esta norma puso en evidencia las deficiencias de la regulación minero-ambiental y habría pretendido que el Estado asuma su responsabilidad al respecto. Sin embargo, lo decretado por esta norma no fue congruente con el *mea culpa* contenido en su parte considerativa. Parece que el texto del proyecto de decreto supremo sufrió varias modificaciones internas antes de que fuera publicado, y es en esas marchas y contramarchas que perdió su inicial propósito: otorgar facilidades para la regularización de una situación legal que no era de responsabilidad exclusiva de los titulares mineros.

En 1991 el Decreto Legislativo N° 757 aprobó la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, estableciendo las bases del proceso de desregulación de diversos aspectos de la actividad privada que se desarrolló en el Perú durante la década de los noventa. En materia ambiental, el artículo 49 de esta norma dispone que la regulación ambiental debe garantizar la seguridad jurídica de los inversionistas. Dicha disposición representó –y aún representa, junto con otros dispositivos normativos– una de las garantías más típicas de la regulación ambiental: el principio de seguridad jurídica. Este principio –conjuntamente con los principios de irretroactividad y progresividad, como veremos más adelante– constituye una de las bases que deben orientar la actuación pública en materia ambiental.

A su turno, el inciso 33.4 del artículo 33 de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (en adelante, LGAMB),⁶ norma que sustituyó al Código, reguló de manera expresa el principio de gradualidad, el cual rige la revisión de los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y de los Límites Máximos Permisibles (LMP). Aunque tal inciso dispuso la aplicación de este principio respecto a los ECA y LMP, este principio alcanza un ámbito mayor.

El inciso 26.1 del artículo 26 de la misma LGAMB también dispuso que “la autoridad ambiental competente puede establecer y aprobar Programas de Adecuación y Manejo Ambiental - PAMA, para facilitar la adecuación de una actividad económica a obligaciones ambientales nuevas, debiendo asegurar su debido cumplimiento en plazos que establezcan las respectivas normas, a través de objetivos de desempeño ambiental explícitos, metas y un cronograma de avance de cumplimiento, así como las medidas de prevención, control, mitigación, recuperación y eventual compensación que corresponda. (...)” Este PAMA, que iba a nacer con el reglamento trunco del Código, fue también reconocido por la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental y su Reglamento como el instrumento de gestión ambiental que tiene por finalidad facilitar la adecuación de una actividad económica a obligaciones ambientales nuevas.⁷

De lo dispuesto por la LGAMB se debe entender que un PAMA puede ser puesto en práctica tantas veces como se aprueben obligaciones ambientales nuevas que demanden la adecuación de una actividad económica. Es decir, el PAMA de la LGAMB es distinto al primer PAMA que se aprobó para el sector minero en 1993.

3. El caso de la industria de los hidrocarburos

Dentro de la regulación ambiental sectorial tomaremos, a manera de ejemplo, la regulación de protección ambiental para actividades de hidrocarburos; sector en el que se ha visto la actividad sancionadora ambiental más severa⁸. En este sector las normas ambientales se han caracterizado por la inclusión de numerosos procesos e instrumentos de adecuación a nuevas exigencias ambientales.

El artículo 6 del primer Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 046-93-EM,⁹ señalaba que todas las modificaciones regulatorias que impliquen un incremento en las exigencias ambientales deberán considerar mecanismos y plazos de adecuación. Como indicaba en su Título XVI, para efectos de la adecuación de las actividades en curso a sus disposiciones creó, al igual que el reglamento minero, el Plan de Adecuación y Manejo Ambiental – PAMA. La incorporación de este instrumento de adecuación en una norma de protección ambiental sectorial fue el recurso común del Estado, pues las normas de otros sectores incorporaron también instrumentos de la misma naturaleza y de la misma denominación. De esta manera, el instrumento de adecuación a la regulación ambiental más exigente fue el PAMA.

6 Publicada el 15 de octubre de 2005.

7 Ley N° 28245 y artículo 60 del Decreto Supremo N° 008-2005-PCM.

8 El 11 de enero de 2018, OEFA informó la imposición de una multa de 12,283.90 UIT –equivalente a 49'749,745.00 soles– a Petroperú, por los derrames ocurridos en las zonas de Imaza y Morona del Oleoducto Norperuano, los días 25 de enero y 2 de febrero de 2016, respectivamente (OEFA 2018).

9 Publicado el 12 de noviembre de 1993.

El contenido del artículo 6 se mantuvo en el segundo Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 015-2006-EM¹⁰. De esta manera, la gradualidad en la aplicación de la regulación ambiental en hidrocarburos se mantuvo pasada la década de los noventa, dando contenido al principio de progresividad que, aunque no estaba reconocido expresamente, ya constituía uno de los principios informadores del derecho ambiental en el Perú.

La octava disposición complementaria de este segundo reglamento estableció inicialmente un plazo de 60 días para que los operadores de actividades de hidrocarburos en marcha puedan adecuar sus operaciones a sus disposiciones. Una vez más, esta adecuación debía realizarse mediante la presentación de un instrumento de gestión ambiental de adecuación, que en este caso fue el Plan de Manejo Ambiental (PMA). Mediante el artículo 4 del Decreto Supremo N° 065-2006-EM,¹¹ se modificó la octava disposición complementaria del Decreto Supremo N° 015-2006-EM, otorgando 9 meses –contados desde la entrada en vigencia de dicho reglamento de protección ambiental– para la presentación del PMA.

Finalmente, el artículo 7 del tercer Reglamento para la Protección Ambiental en las actividades de Hidrocarburos, aprobado mediante Decreto Supremo N.° 039-2014-EM,¹² hoy vigente, mantuvo la regla contenida en el artículo 6 de sus normas predecesoras. Asimismo, su segunda y tercera disposiciones complementarias transitorias establecen que, de manera excepcional y dentro de los 60 días de entrada en vigencia de esta norma, los titulares que realizaron modificaciones o ampliaciones sin contar con la autorización ambiental correspondiente, deben tramitar un Plan de Adecuación Ambiental (PAA).

El desarrollo regulatorio de las normas de protección ambiental en el sector hidrocarburos demuestra –como también sucede en otros sectores– que, por un lado, el principio de progresividad ambiental ha estado presente siempre en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de no contar con un reconocimiento normativo expreso. Por otro lado, muestra también que los instrumentos de gestión ambiental *ad-hoc* -de denominación múltiple y desordenada- han sido siempre los mecanismos idóneos para la adaptación de las actividades en curso de un determinado sector, funcionando como “bisagras” entre una regulación más permisiva y otra más estricta.

4. Los Estándares de Calidad Ambiental

La naturaleza intrínseca de los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) es, en parte, programática y de adecuación. Por este motivo, el numeral 31.2 del artículo 31 de la LGAMB dispone que «el ECA es obligatorio en el diseño de las normas legales y políticas públicas. Es un referente obligatorio en el diseño y aplicación de todos los instrumentos de gestión ambiental».

Los ECA son, en buena cuenta, dispositivos normativos que buscan concretizar el derecho fundamental a un medio ambiente adecuado, mediante la creación de un estatus universal sobre el cual construir una gestión ambiental orientada a la mejora. Son también mecanismos de gestión de riesgo frente a la contaminación, permitiendo orientar las acciones del Estado para contribuir a la mejora de la calidad de vida de las personas.

La aprobación de un ECA es una decisión política de mejora ambiental que, como toda decisión pública, debe tomarse en el marco de la predictibilidad y seguridad jurídica requerida por los administrados a los que se dirige,¹³ evitando la eventual actuación arbitraria de la Administración y evitando que suma a los particulares en una incertidumbre normativa respecto de sus derechos y obligaciones (Tribunal Constitucional 2003b). Sin embargo, como veremos a continuación, las normas marco de los ECA podrían contar con criterios claros.

Teniendo en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto a la predictibilidad y seguridad jurídica en la aplicación de los ECA (Tribunal Constitucional 2003b), el marco jurídico para su elaboración debería observar tales garantías. Sin embargo, las normas que regulan su aprobación no han contemplado ni contemplan disposiciones específicas que atiendan a estas garantías.

La quinta disposición complementaria del primer Reglamento Nacional para la Aprobación de ECA y LMP, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-98-PCM,¹⁴ establecía que los ECA que se aprueben entrarán en vigencia en forma inmediata. El actual procedimiento para la aprobación de los ECA y LMP

10 Publicado el 3 de marzo de 2006.

11 Publicado el 4 de noviembre de 2006.

12 Publicado el 12 de noviembre de 2014.

13 El numeral 5 del numeral 3 de la Política Nacional del Ambiente reconoce la aplicación del principio de seguridad jurídica en materia ambiental y, por lo tanto, también en la aprobación y aplicación de los ECA.

14 Publicado el 11 de noviembre de 1998.

de contaminación ambiental, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 033-2007-PCM,¹⁵ no establece ninguna referencia expresa a la adecuación o gradualidad en la aplicación de los ECA. No se ha recogido, ni en sentido lato, ninguna regla concreta que obligue a la aplicación gradual de los ECA.

Si bien es cierto que las exigencias de gradualidad y progresividad tienen sustento constitucional y legal, consideramos que el Decreto Supremo N.º 033-2007-PCM debería contar con disposiciones específicas que concreten la aplicación gradual en las modificaciones de ECA. Debemos tener en cuenta que si bien los principios generales del derecho existen sin necesidad de un reconocimiento normativo expreso, la regulación es una de las vías indicadas para concretar su aplicación.

Sin perjuicio de lo anterior, como veremos a continuación, los distintos dispositivos que han aprobado ECAs en nuestro ordenamiento han previsto algunas disposiciones –unas más acertadas que otras– para regular la gradualidad en su aplicación respecto a actividades en curso.

4.1 Los ECA para agua

Mediante el Decreto Supremo N.º 002-2008-MINAM¹⁶ se aprobaron los ECA para agua y mediante el Decreto Supremo N.º 023-2009-MINAM se aprobaron disposiciones para su implementación, una de las cuales otorgó un año para que los instrumentos de gestión ambiental existentes sean modificados para incorporar estos parámetros.

Luego, el Decreto Supremo N.º 004-2017-MINAM¹⁷ aprobó los nuevos ECA para agua. La primera disposición complementaria final de esta norma establece que la aplicación de estos a los instrumentos de gestión ambiental ya aprobados se debe realizar mediante la modificación o actualización de dichos instrumentos.

En el caso de los ECA para agua, las normas que aprobaron los ECA anteriores y los vigentes optaron por el mecanismo de actualización o modificación de instrumentos de gestión ambiental para su aplicación gradual. En atención a estas disposiciones, los nuevos compromisos ambientales que asuman los titulares respecto a los nuevos parámetros deben ser progresivos, con cronogramas concretos y sobre la base de las características específicas de cada actividad en curso.

4.2 Los ECA para aire

El artículo 8 del Reglamento de ECA para Aire, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 074-2001-PCM¹⁸ establece, entre otras cosas, que el incumplimiento de los ECA aprobados por esta norma no podría ser materia de sanción. Esta norma estableció que los ECA son parámetros que se consideran en la elaboración de instrumentos de gestión ambiental, mas no como fuentes de obligaciones ambientales sancionables. Sin embargo, esta disposición, confrontada con el numeral 31.4 del artículo 31 de la LGAMB queda sin contenido, pues esta última, de mayor rango y de más actual, establece que el incumplimiento de ECA sí es sancionable, si y solo si se demuestra la existencia de una relación de causalidad.

Posteriormente, mediante el Decreto Supremo N.º 003-2008-MINAM¹⁹ se aprobaron nuevos ECA para aire, que derogaron a los aprobados mediante Decreto Supremo N.º 074-2001-PCM. Luego, mediante Decreto Supremo N.º 003-2017-MINAM se aprobaron los vigentes ECA para aire²⁰. Su primera disposición complementaria final señala que estos deben ser incorporados mediante la modificación de los instrumentos de gestión ambiental existentes a la entrada en vigencia de estos parámetros. De esta manera, acorde con el principio de gradualidad, la aplicación de los nuevos ECA para aire se sujetó a la aprobación de instrumentos de gestión ambiental.

4.3 Los ECA para suelo

Mediante Decreto Supremo N.º 002-2013-MINAM se aprobaron los ECA para suelo²¹. El artículo 7 de esta norma estableció que los operadores con actividades en cursos debían actualizar sus instrumentos de gestión ambiental para la aplicación de los ECA en un plazo de 12 meses. Asimismo, el artículo 2 del Decreto Supremo N.º 002-2014-MINAM, que aprobó disposiciones complementarias para la aplicación de los ECA para suelo, estableció las etapas para su aplicación.

15 Publicado el 5 de abril de 2007.

16 Publicado el 31 de julio de 2008.

17 Publicado el 7 de junio de 2017.

18 Publicado el 24 de junio de 2001.

19 Publicado el 22 de agosto de 2008.

20 Publicado el 7 de junio de 2017.

21 Publicado el 25 de marzo de 2013.

5. Lo que plantean los principios generales del derecho

El Derecho no reside únicamente en la legislación o en las sentencias de los tribunales; sino también, de una manera particular, en los principios generales, en los valores jurídicos aceptados por la sociedad. Son ellos los que informan el Derecho, de ahí la necesidad de comprenderlos para crear e interpretar adecuadamente las normas legales. En los principios generales, ya sea que estén incorporados o no en una norma legal o en la Constitución, encontraremos los fundamentos del Derecho ambiental peruano.

Un principio general del Derecho es un valor jurídico –un valor protegido por el Derecho- propio de una sociedad. Como tal, tiene la misión de servir de guía, de criterio conductor en el ejercicio y aplicación de las normas a los casos concretos –sin ser considerados aquellos como normas escritas, necesariamente-, informando el ordenamiento jurídico en su dinámica frente a casos concretos.

En buena medida, los principios generales del Derecho constituyen conceptos de carácter supra normativo que sustentan el funcionamiento del sistema legal en su conjunto, sirviendo de inspiración para el legislador al momento de elaborar las normas legales, así como para la actuación de las autoridades encargadas de aplicar las mismas y de los particulares que están sujetos a ellas. Estos cumplen diversas funciones dentro del ordenamiento jurídico, entre las que sobresalen las siguientes: inspiran al legislador, quien los utiliza al momento de elaborar las leyes, empleando aquellos que considera más adecuados e introduciéndolos en el sentido de las normas; asimismo, se utilizan para interpretar el sentido de las normas; en el campo de la integración jurídica sirven para generar normas aplicables en caso de vacío normativo (Lozano 2010: 95).

La LGAMB, norma que fija el marco general de la regulación ambiental vigente, establece en su artículo 7 que toda norma ambiental debe ser aplicada con observancia a los principios generales del derecho. Dicha disposición es un reconocimiento expreso de la importancia de los principios generales como fuente de derecho en materia ambiental y que, como tal, deben ser observados, tanto por el legislador como por los operadores de justicia.

A continuación, centraremos nuestro análisis en tres principios generales del derecho que en materia ambiental aún no han sido desarrollados específicamente por nuestra doctrina y que son de particular relevancia para la aplicación de las normas ambientales en el tiempo. Sin embargo, debemos indicar que estos no son los únicos principios que inciden en esta materia, sino que deben interpretarse conjuntamente con los principios del derecho ambiental,²² los cuales son las garantías de la tutela efectiva del derecho fundamental al medio ambiente, cuya observancia tiene la misma relevancia de los principios que analizaremos a continuación.

5.1 El principio de seguridad jurídica

El principio de seguridad jurídica exige que la regulación no coloque a los administrados en una situación de inestabilidad. Esto quiere decir que el ordenamiento no debe crear incertidumbre respecto a las situaciones jurídicas de los particulares, por lo que el Estado debe crear predictibilidad respecto a la regulación –en especial, respecto a las limitaciones de la actividad privada– y la posibilidad de adaptación a las modificaciones en normas ambientales que inciden en la producción industrial.

A pesar de no contar con un reconocimiento expreso en nuestra Constitución, el principio de seguridad jurídica está presente en nuestro ordenamiento. Así lo reconoce el Tribunal Constitucional, quien ha señalado que este principio deriva de diversos artículos del texto constitucional, de donde se desprende que el Estado debe crear predictibilidad, como una forma de interdicción de la arbitrariedad en las decisiones públicas (Tribunal Constitucional 2012).

La aplicación de este principio en materia ambiental se remonta a la aprobación del Decreto Legislativo N° 757, arriba mencionado. Mediante esta norma, el Estado estableció que las normas regulatorias para la protección ambiental debían, además de cumplir la Política Nacional del Ambiente, garantizar la seguridad jurídica de los inversionistas. Actualmente, el Decreto Supremo N° 012-2009-MINAM –a través del cual se aprobó la Política Nacional del Ambiente– reconoce en su numeral 3 el principio de seguridad jurídica. De esta disposición se deriva la exigencia para el Estado de respetar la predictibilidad y posibilidad de adaptación en materia ambiental.

22 Los principios del derecho ambiental están regulados en el Título Preliminar de la LGAMB. Dada su importancia, los principios de prevención, precautorio, internalización de costos, responsabilidad ambiental, entre otros, han sido desarrollados por la doctrina nacional (Verna 2015: 61-73) como extranjera (Esteve 2014), a la cual nos remitimos para mayor referencia respecto a su contenido. Su observancia es necesaria y vital para la tutela efectiva del medio ambiente.

El principio de seguridad jurídica en materia ambiental no debe ser interpretado de manera aislada, sino conjuntamente a los demás principios generales del derecho, por supuesto. Lo contrario implicaría imposibilitar que el Estado gestara mejoras en la calidad ambiental, contraviniendo el mandato tutelar ambiental dispuesto por la Constitución.

5.2 El principio de irretroactividad de las normas ambientales

El principio de aplicación inmediata de las normas, contenido en el artículo 103 de la Constitución Política, dispone que toda norma jurídica sea aplicada a las relaciones y situaciones jurídicas existentes desde el momento de su entrada en vigencia. En ese sentido, no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia sancionadora, cuando su aplicación sea más favorable²³.

El Tribunal Constitucional ha señalado, sobre la base del principio de racionalidad, que las normas ambientales establecen previsiones de adaptabilidad con la finalidad de facilitar su implementación. Sobre la base de este precepto se constituye el concepto de progresividad, mediante el cual se contemplan situaciones de transición entre normas preexistentes más permisivas (o la ausencia de normas) y las situaciones jurídicas nacidas sobre esta regulación, y la nueva regulación más exigente, teniendo en cuenta siempre el impacto socioeconómico (Tribunal Constitucional 2005).

En el ordenamiento peruano no se admite la aplicación retroactiva de las normas sobre responsabilidad por daños ambientales, a diferencia de algunos países²⁴. La admisión de la aplicación retroactiva de esta responsabilidad en estos ordenamientos busca ser una salida al problema de los daños ambientales residuales no remediados, ocasionados en épocas en las que la regulación ambiental era más permisiva. Esta ha sido siempre una solución polémica a la luz de la concepción clásica de los principios generales del derecho, la cual ha sido criticada por la doctrina (Ruda 2008: 437).

Desde nuestro punto de vista, la aplicación retroactiva de las normas ambientales, aún respecto a la responsabilidad por daños ambientales residuales, no constituye una solución adecuada pues resta previsibilidad respecto al ordenamiento jurídico ambiental. Una solución más acertada es la implementación de mecanismos de remediación subsidiaria, como es el caso del Fondo de Contingencia Ambiental, creado mediante Ley N.º 30321,²⁵ que permitan la remediación efectiva de estos daños como medida urgente, sin perjuicio de la posterior prosecución de los responsables, dentro del marco legal y sin dejar de observar los principios generales del derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, el principio de irretroactividad en materia ambiental tiene matices importantes que surgen a partir del concepto de progresividad descrito por el Tribunal Constitucional. Como veremos más adelante con más detalle, las normas jurídicas deben aplicarse, por regla general, de forma gradual, mediante mecanismos e instrumentos transitorios de adecuación que coadyuven al tránsito pacífico de una regulación desfasada a otra más actual.

5.3 El principio de progresividad o gradualidad

El principio de progresividad ambiental –también denominado principio de gradualidad, a partir del artículo 33.4 de la LGAAMB– tiene la finalidad de asegurar la consecución de los objetivos de la regulación ambiental y que los derechos particulares no sean afectados irrazonablemente en dicho proceso de consecución.

Este principio posee un contenido complejo que, para efectos del presente artículo, lo dividiremos en tres “subprincipios” que le dan contenido y que tienen efectos en la creación y aplicación temporal de la regulación ambiental. Estos son los “subprincipios” de progresividad en sentido estricto, de gradualidad o razonabilidad y de no regresividad, los cuales desarrollaremos a continuación.

5.3.1 “Subprincipio” de progresividad, en sentido estricto

En materia ambiental, el numeral 22 del artículo 2 de la Constitución, al reconocer que el derecho a un medio ambiente equilibrado es un derecho fundamental, ha establecido dos objetivos de carácter

23 El contenido de este principio fue recogido también en el artículo 143 del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales. La LGAMB no posee un artículo similar, pero su artículo 7, tal como lo mencionáramos antes, reconoce que toda norma ambiental debe aplicarse de conformidad a los principios generales del derecho.

24 De acuerdo a Albert Ruda, los ordenamientos jurídicos de Noruega, Italia, Holanda y España permiten, en algunos casos específicos la aplicación retroactiva de responsabilidad por daños ambientales (Ruda 2008: 436).

25 Mediante este fondo se busca iniciar la remediación de daños ambientales generados por actividades de hidrocarburos en la selva norte del Perú, como una medida subsidiaria urgente, sin perjuicio de la posterior prosecución de los responsables

general para el Estado²⁶. Por un lado, exige al Estado la obligación de asegurar que los ciudadanos gocen de un ambiente en condiciones adecuadas para la salud; mientras que por otro lado, exige que el Estado despliegue sus esfuerzos para mantener condiciones ambientales favorables para el desarrollo humano (Tribunal Constitucional 2013).

Los objetivos planteados por el reconocimiento de este derecho fundamental serían meras declaraciones si no existieran medios que permitan su concretización. Con esta finalidad, el artículo 67 de la Constitución establece que el Estado debe aprobar la política nacional del ambiente, la cual, según el artículo 8 de la LGAMB, contiene todo el marco y los objetivos específicos del Estado en materia ambiental.

Si bien ambas disposiciones constitucionales marcan la pauta del accionar público en materia ambiental –constituyendo la política estatal en la materia– no resultan suficientes para su concretización, debido a la complejidad de la ejecución de la política ambiental. Frente a este problema, el principio de progresividad se instituye como un precepto que asegura la ejecución de la política ambiental, pero de manera paulatina, dentro del marco de la razonabilidad.

Este “subprincipio” establece que los objetivos de la regulación ambiental deben alcanzarse de manera progresiva, debido a la complejidad que entraña la concretización del derecho fundamental al medio ambiente equilibrado. De esta manera, traduce los macro objetivos de la política nacional del ambiente en acciones concretas de menor complejidad, dando eficacia al derecho fundamental reconocido por la Constitución. Obliga, pues, al Estado a contar con un esquema de gestión ambiental general, el cual debe contener metas concretas y consecutivas que, para su concreción, se dividan en objetivos a mediano y corto plazo. La definición de dichas metas es el soporte sobre el cual se ramifica –o sobre la cual debería ramificarse– todo el marco regulatorio ambiental, siendo los instrumentos de planificación vinculante del Estado las manifestaciones más resaltantes de este principio en nuestro ordenamiento.

Uno de los instrumentos que ejemplifican este principio es la Política Nacional del Ambiente, aprobada mediante el Decreto Supremo N.º 012-2009-MINAM, en cumplimiento del artículo 67 de la Constitución. Este instrumento establece cuatro ejes de gestión que reúnen los objetivos en materia de conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y de la diversidad biológica, gestión integral de la calidad ambiental, gobernanza ambiental y compromisos y oportunidades ambientales internacionales, desarrollando cada uno de ellos en objetivos de menor alcance para su concreción progresiva.

Otra manifestación de este principio, como parte del desarrollo de la Política Nacional del Ambiente, es el Plan Nacional Ambiental 2011-2021, aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 014-2011-MINAM. Este instrumento de planificación desarrolla los objetivos planteados en la política nacional del ambiente de manera específica, con una proyección de meta al año 2021²⁷.

5.3.2 “Subprincipio” de gradualidad o razonabilidad

El Estado está obligado, por un lado, a proteger el equilibrio ambiental, por mandato del inciso 22 del artículo 2 de la Constitución. Sin embargo, está impedido también de descuidar la protección de los derechos individuales, tales como la libre empresa, la propiedad, la libertad de contratar y la libertad de contratación.

Los derechos económicos también requieren de la tutela estatal de la misma manera que la protección del ambiente, en lo que respecta a la implementación de políticas públicas y normas regulatorias. Respecto de esto, el Tribunal Constitucional ha señalado que en nuestro ordenamiento no existe preferencia entre derechos, pues la prevalencia de uno o de otro debe ser establecida en cada caso concreto, de manera que la tutela de ambos debe ser maximizada de manera idéntica y concurrente (Tribunal Constitucional 2003a).

Como lo reconoce la doctrina mayoritaria, la finalidad del derecho ambiental es proteger el desarrollo sostenible, como única vía de desarrollo de nuestra sociedad actual (Esteve 2014, 15). Frente a esta exigencia, el principio de gradualidad se presenta como un precepto articulador entre la promoción de la actividad privada y la protección del ambiente, el cual concretiza la finalidad del derecho ambiental.

Es imperativo que el Estado ejecute la política nacional del ambiente a su cargo –artículo 67 de la Constitución–, considerando que las medidas regulatorias que adopte no solo impactarán en el ambiente,

26 Sin perjuicio del reconocimiento de este derecho como fundamental, no debe perderse de vista el aspecto social de su contenido, el cual ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 3343-2007-PC/TC.

27 La gestión ambiental del Estado, en tanto es una materia transversal, la política nacional del ambiente involucra también otros instrumentos de planificación pública, tales como la Política Energética Nacional del Perú 2010-2040, aprobada por el Ministerio de Energía y Minas, mediante Decreto Supremo N.º 064-2010-EM, entre otros.

sino también en la industria. De esta manera, la incidencia afectará también a otros bienes jurídicos protegidos de rango constitucional que debe proteger, tales como la libre empresa o el derecho al trabajo.

El principio de gradualidad, estrechamente vinculado al principio de seguridad jurídica, exige que la regulación ambiental sea incorporada en el ordenamiento de manera razonable, con la finalidad de reducir el impacto regulatorio. Este último se define como el desequilibrio que puede generar la imposición de cargas a la iniciativa privada por parte del Estado, las cuales nacen a partir de la regulación y fiscalización para la protección del interés público, traducido en la protección al medio ambiente.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, este principio nace como consecuencia de la exigencia de racionalidad y razonabilidad de las normas ambientales, las cuales establecen o deben establecer normas de adaptabilidad, permitiendo el tránsito hacia una calidad ambiental más exigente (Tribunal Constitucional 2005). En ese sentido, la gradualidad implica una obligación para el Estado, toda vez que proscribiera la existencia de cortes regulatorios drásticos.

Siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, una norma ambiental, al crear obligaciones o restricciones a derechos individuales, no podrá forzar a los administrados a modificar su gestión ambiental dentro de periodos desproporcionales a la magnitud del cambio introducido. Por tanto, el estándar de razonabilidad exige que, conjuntamente a las modificaciones más exigentes, se aprueben mecanismos que faciliten la adecuación.

Entendida como la necesidad de otorgar plazos proporcionales, la gradualidad es una consecuencia del principio constitucional de razonabilidad. Para su cumplimiento, el legislador debe estimar el tiempo de adecuación que amerita la implementación de la nueva regulación, considerando los costos de cumplimiento y la situación colectiva y particular de los sujetos que deberán cumplirla.

Al tratarse de un principio jurídico, se trata de un precepto transversal que debe ser observado en la interpretación de las normas jurídicas ambientales y en la aplicación por las autoridades administrativas y judiciales. No debe considerarse que el ámbito de este principio se reduce al normativo –legislativo y reglamentario–, sino también al ámbito de los operadores jurídicos.

5.3.3 “Subprincipio” de no regresividad

El contenido del principio de progresividad incluye también al principio de no regresión. Este principio establece que, luego de haberse alcanzado un nivel de calidad de gestión ambiental, no pueden ejecutarse medidas regulatorias que disminuyan el nivel de calidad ambiental alcanzado.

Este principio se sustenta en la obligación constitucional de no regresividad del Estado, luego de adoptarse un determinado estándar de efectividad de los derechos sociales. Tal ha sido el razonamiento del Tribunal Constitucional –respecto a los derechos sociales en general, aplicable en materia ambiental–, el cual ha afirmado que toda medida que implique un retroceso en la efectividad de los derechos sociales, como la protección al ambiente, merece una motivación calificada (Tribunal Constitucional 2004).

Sobre la base de lo señalado por el Tribunal Constitucional, si bien no existe un pronunciamiento específico respecto a la no regresividad en materia ambiental, lo cierto es que el principio de regresividad es aplicable pacíficamente a la protección ambiental, en tanto derecho social²⁸.

6. Conclusión

La solución a los problemas de la aplicación de la norma ambiental en el tiempo no reside únicamente en el texto de las normas legales, sino también en los principios generales del derecho que informan la aplicación del derecho. Recurrir únicamente al texto de la ley ambiental no es suficiente al enfrentar un caso de este tipo.

El desarrollo de las normas de protección ambiental peruanas demuestra que el principio de progresividad ambiental ha estado presente siempre en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de no contar con un reconocimiento normativo expreso. Además, muestra también que los instrumentos de gestión ambiental ad-hoc han sido siempre los mecanismos idóneos para la adaptación de las actividades en curso de un determinado sector, funcionando como “bisagras” entre una regulación más permisiva y otra más estricta.

28 Si bien el inciso 22 del artículo 2 de la Constitución reconoce el derecho fundamental a gozar de equilibrado, no debe perderse de vista que el mismo posee una dimensión social importante que ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N° 3343-2007-PC/TC.

El constante avance de la regulación ambiental debe contar con mecanismos específicos que permitan la transición pacífica hacia una mejora en la gestión ambiental de las actividades productivas. Un asunto ineludible en la implementación de medidas legales en materia ambiental, pieza clave en el diseño de la política ambiental en el Perú.

7. Bibliografía

Cafferatta, Néstor A. 2012. «Doctrina del día: reformulación del principio de progresividad a 10 años de la ley 25675 general del ambiente. Avances y novedades». *Thomson Reuters Latinoamérica*. Fecha de consulta: 23/11/2017. <http://thomsonreuterslatam.com/2012/11/doctrina-del-dia-reformulacion-del-principio-de-progresividad-a-10-anos-de-la-ley-25675-general-del-ambiente-avances-y-novedades/>.

Calle, Isabel y Carol Mora. 2017. «SPDA cuestiona propuesta del Minam sobre nuevos Estándares de Calidad Ambiental para Aire». *Actualidad Ambiental*. Fecha de consulta: 24/11/2017. <http://www.actualidadambiental.pe/?p=44307>.

Castillo Córdova, Luis. 2005. «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano». *Revista Peruana de Derecho Público*, Año 6, N.º 11, pp. 127-151, Lima.

Cuba-Sichler, Patricia. 2017. «Nuevos estándares de calidad ambiental del aire, ¿una política “yo-yo”?». *Revista Energiminas*. Fecha de consulta: 24/11/2017. <http://www.energiminas.com/nuevos-estandares-de-calidad-ambiental-del-aire-una-politica-yo-yo/>.

Esteve Pardo, José. 2014. «Derecho del medio ambiente». Tercera edición. Madrid: Marcial Pons.

Quintana Sánchez, Eduardo. 2011. «Análisis de impacto regulatorio en la regulación peruana de servicios públicos». *Revista Derecho y Sociedad*, N.º 36, pp. 15-29, Lima.

Lozano Cutanda, Blanca. 2010. «Derecho ambiental administrativo». Madrid: La Ley.

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA. 2018 «OEFA multa a Petroperú con 49 millones de soles por derrames de petróleo ocurridos en Amazonas y Loreto». *Portal web del OEFA*. Fecha de consulta: 19/01/2018. <http://www.oefa.gob.pe/noticias-institucionales/oefa-multa-a-petroperu-con-49-millones-de-soles-por-derrames-de-petroleo-ocurridos-en-amazonas-y-loreto>.

Tirado Barrera, José Antonio. 2011. «Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional». *Revista Derecho PUCP*, N.º 67, pp. 457-467, Lima.

Ruda Gonzáles, Albert. 2008. «El daño ecológico puro». Pamplona: Editorial Aranzadi.

Tribunal Constitucional. 2003a. *Expediente N.º 1797-2002-HD/TC*. 29 de enero de 2003.

_____. 2003b. *Expediente N.º 0016-2002-PI/TC*. 30 de abril de 2003.

_____. 2004. *Expedientes Nos. 0001-2004-AI/TC y 0002-2004-AI/TC acumulados*. 27 de setiembre de 2004.

_____. 2005. *Expediente N.º 3510-2003-AA/TC*. 13 de abril de 2005.

_____. 2012. *Expediente N.º 1601-2012-PA/TC*. 24 de abril de 2012.

_____. 2013. *Expediente N.º 0470-2013* Vergara Fisher, Javier e Ítalo Volante Gómez

_____. 2007. «Los principios del derecho ambiental. Material de lectura. Curso de derecho del medio ambiente». *Universidad de Chile*. Fecha de consulta: 23/11/2017. <https://www.ucursos.cl/derecho/2007/2/D126B0738C/6/material_docente/bajar?id_material=138413>.

Verna, Vito. 2015. «La regulación ambiental: naturaleza, necesidad y criterios para su formulación». *Revista de derecho administrativo*, N.º 15, pp. 61-73, Lima.