



**Entre la promoción de inversiones
y el cuidado del ambiente:
En defensa del rol rector del
Ministerio del Ambiente.**

**Comentarios de la Defensoría del Pueblo al
Dictamen recaído en los Proyectos de Ley
N° 96/2016-CR, 1525/2016- CR y 2145-2017/PE**

Lima, agosto de 2018



**ENTRE LA PROMOCIÓN DE INVERSIONES Y EL CUIDADO DEL
AMBIENTE:**

EN DEFENSA DEL ROL RECTOR DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE

Comentarios de la Defensoría del Pueblo al Dictamen recaído en los Proyectos de
Ley N° 96/2016-CR, 1525/2016- CR y 2145-2017/PE

Defensoría del Pueblo
Jirón Ucayali 394-398
Lima-Perú
Teléfono: (511) 311-0300
Fax: (511) 426-7889
Correo electrónico: defensor@defensoria.gob.pe
Página web: <http://www.defensoria.gob.pe>
Línea gratuita: 0800-15170

Diseño de la carátula: Troy Loayza Marquez

El Informe de Adjuntía N° 001-2018-DP/AMASPPI.MA *Entre la promoción de inversiones y el cuidado del ambiente: En defensa del rol rector del Ministerio del Ambiente. Comentarios de la Defensoría del Pueblo al Dictamen recaído en los Proyectos de Ley N° 96/2016-CR, 1525/2016- CR y 2145-2017/PE* ha sido elaborado por Lissette Vásquez Noblecilla, Jefa del Área de Medio Ambiente, bajo la supervisión de Alicia Abanto Cabanillas, Adjunta del Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas.

I. Introducción

En los últimos meses, el Estado peruano ha buscado impulsar las inversiones en actividades de hidrocarburos. Ello, sin duda, puede generar importantes beneficios económicos para el país.

Al respecto, la Defensoría del Pueblo ha manifestado en reiteradas oportunidades la importancia de promover inversiones sostenibles en el país, movilizándolo la economía, generando puestos de trabajo, pero que, al mismo tiempo, se ejecuten respetando los derechos de las personas y garantizando el cuidado del ambiente.

Para lograr este fin, se requiere mejorar el marco normativo y fortalecer a las entidades con competencias en materia ambiental, dotándolas de capacidad técnica, autonomía política y sostenibilidad presupuestal. De esta manera, se garantiza que estas funciones se realicen de forma rigurosa, imparcial y en un plazo razonable, que permita el desarrollo económico del país, el fortalecimiento del Estado y el respeto de los derechos fundamentales.

Dicho fomento —sin embargo— no debe implicar, en ningún caso, la desprotección de derechos ni el debilitamiento de la institucionalidad ambiental del país, menos aún el debilitamiento de la entidad cuyo objeto de creación es la protección del ambiente, como el Ministerio del Ambiente. Tampoco debe implicar la afectación de los mecanismos para prevenir el daño ambiental, los procesos de evaluación de impacto ambiental, ni las reglas transversales previstas para ello.

Por este motivo, el presente documento tiene por finalidad poner a consideración del Congreso de la República el análisis efectuado, las conclusiones y recomendaciones formuladas por la Defensoría del Pueblo, en atención a su mandato constitucional de defensa de los derechos fundamentales de la persona y de la comunidad y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal; sobre el dictamen aprobado por la Comisión de Energía y Minas que acumula los Proyectos de Ley i) 96/2016-CR; ii) 1525/2016-CR, y; iii) 2145-2017/PE; y recomienda su aprobación con texto sustitutorio.

II. Antecedentes

1. Proyecto de Ley N° 2145-2017- PE

Mediante el Oficio N° 293-2017-PR de fecha 15 de noviembre de 2017, el Presidente de la República y la Presidencia del Consejo de Ministros, remitieron a la Presidencia del Congreso de la República, el Proyecto de Ley N° 2145-2017- PE, Ley que modifica la Ley N° 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos.

Dicho proyecto tiene por objeto promover la industria de hidrocarburos en el país, a través del establecimiento de un marco normativo que incentive el desarrollo de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en el territorio nacional.

Para tal efecto, el proyecto de la ley propone la modificación de los artículos 3º, 6º, 9º, 10º, 17º, 21º, 22º, 25º, 31º, 32º, 34º, 36º, 37º, 38º, 41º, 42º, 44º, 56º, 70º, 71º, 76º y 87º de la Ley N° 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos.

2. Proyecto de Ley N° 98-2016-CR

El Proyecto de Ley N° 98-2016-CR, “Ley que defiende los intereses del Estado y de los usuarios en la explotación de los hidrocarburos”, de fecha 23 de agosto de 2016, tiene por objeto modificar el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos en sus artículos 8°, literal a) del artículo 10°, 39°, 43° y 77°.

3. Proyecto de Ley N° 1525-2016-CR

El Proyecto de Ley N° 1525-2016-CR, “Ley de fortalecimiento de PERUPETRO S.A.”, de fecha 12 de junio de 2017, tiene por objeto fortalecer la empresa PERUPETRO S.A., con la finalidad de optimizar su capacidad de gestión y garantizar el cumplimiento de las funciones que han sido delegadas a través del artículo 6° de la Ley 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos.

La Comisión de Energía y Minas, en la tercera sesión extraordinaria, celebrada el 06 de junio de 2018, del Periodo Anual de Sesiones 2017-2018, acordó por mayoría, aprobar el dictamen que acumula los Proyectos de Ley i) 96/2016-CR; ii) 1525/2016- CR, y ; iii) 2145-2017/PE; y, recomienda su aprobación con texto sustitutorio.

A través del Oficio N° 159-2018-DP/AMASPPI, remitido el 28 de mayo de 2018, la Defensoría del Pueblo emitió opinión sobre el Proyecto de Ley N° 2145/2017-PE.

III. Consideraciones de la Defensoría del Pueblo con relación al Dictamen de la Comisión de Energía y Minas recaído en los Proyectos de Ley N° 96/2016-CR, 1525/2016- CR y 2145-2017/PE

1. El poder de veto a las normas del Ministerio del Ambiente: La opinión previa vinculante del Ministerio de Energía y Minas

La modificatoria propuesta del artículo 4° de la Ley Orgánica de Hidrocarburos señala que las normas o reglamentos de otros sectores o niveles de Gobierno, que tengan incidencia en las actividades de hidrocarburos, deberán contar con la previa opinión favorable vinculante del Ministerio de Energía y Minas, caso contrario, no tendrán eficacia jurídica y serán nulos de pleno derecho.

Al respecto, cabe recordar que el Ministerio del Ambiente es el organismo rector del sector ambiental, cuya actividad comprende las acciones técnico-normativas de alcance nacional en materia de regulación ambiental¹. Asimismo, dicha entidad es el ente rector del Sistema Nacional de Gestión Ambiental² (SNGA). En dicho marco, está facultado para dictar, dentro del ámbito de su competencia, las normas requeridas para la ejecución de la Política y demás instrumentos de planeamiento y de gestión ambiental por parte del

¹ Artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1013 que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente.

² De conformidad con lo previsto en el artículo 14 de la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611 y en el artículo 7° de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Ley N° 28245, en concordancia con el Decreto Legislativo N° 1013.

gobierno central, gobiernos regionales y locales, así como del sector privado y la sociedad civil.

De acuerdo con ello, el marco jurídico vigente prevé que el Ministerio del Ambiente puede dictar disposiciones de carácter transectorial, aplicables a todos los sectores, debiendo efectuar el correspondiente seguimiento del cumplimiento de las mismas³.

Del mismo modo, el Ministerio del Ambiente es el ente rector, administrador y autoridad técnica normativa a nivel nacional del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA) —que forma parte del SNGA—, el cual tiene por finalidad identificar, prevenir, supervisar, controlar y corregir de manera anticipada los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas en proyectos de inversión, así como políticas, planes y programas públicos, dentro de estos los vinculados a las actividades de hidrocarburos.

En el marco de dicha labor, dicta las normas —las cuales deben ser aplicadas por todas las autoridades competentes, entre ellas, el Ministerio de Energía y Minas— y establece los procedimientos relacionados al SEIA, coordina su aplicación y es responsable de su correcto funcionamiento.

Por su parte, el artículo 44 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, establece expresamente que el ente rector de un sistema funcional se constituye en su autoridad técnico-normativa a nivel nacional; dicta las normas y establece los procedimientos relacionados con su ámbito; coordina su operación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento.

Sumado a ello, el ordenamiento jurídico vigente ha dispuesto que corresponde al Ministerio del Ambiente emitir opinión sobre los proyectos de legislación con implicancias ambientales, siendo requisito previo para su aprobación los referidos a institucionalidad, instrumentos de gestión o de políticas ambientales⁴. Además, emite la opinión previa favorable, respecto de los proyectos de reglamentos y otros dispositivos legales de carácter general, relacionados a los procesos de evaluación del impacto ambiental y sus modificaciones⁵.

En este orden de ideas, las normas de carácter transectorial que emite el Ministerio del Ambiente en el marco de sus competencias son de aplicación al Ministerio de Energía y Minas, a las demás autoridades con competencias en materia de hidrocarburos, así como a los titulares de dichas actividades.

Sobre este punto, conviene recordar que, precisamente, el objeto de la creación del Ministerio del Ambiente, en su calidad de órgano rector en la materia, es la conservación del ambiente, de modo tal que se asegure el desarrollo sostenible de los recursos naturales y del medio que los sustenta, así como asegurar a las presentes generaciones el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida⁶.

³ Artículos 10° y 11° de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Ley N° 28245.

⁴ Inciso j) del artículo 9° de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Ley N° 28245.

⁵ Artículo 7° del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, aprobado por el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM.

⁶ Numeral 3.1 del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1013.

En consecuencia, si el Ministerio de Energía y Minas es autorizado por el Congreso de la República para emitir opinión previa vinculante de las normas que le corresponde aprobar el Ministerio del Ambiente, se estaría debilitando la capacidad del Ministerio del Ambiente para el establecimiento de obligaciones ambientales aplicables a todos los sectores, sin excepción. De esta manera, se afectaría de manera significativa la institucionalidad ambiental del país y se debilitaría el rol rector que cumple el Ministerio del Ambiente, neutralizando su labor respecto de las actividades de hidrocarburos.

En tal sentido, la Defensoría del Pueblo advierte que, con la aprobación de la modificación de dicho artículo, al desconocer el rol rector del Ministerio del Ambiente y los fines de su creación, el Congreso de la República estaría contradiciendo el mandato constitucional de garantizar el goce efectivo del derecho a vivir en un ambiente adecuado y equilibrado para el desarrollo de la vida protección del ambiente⁷

2. Sobre la generación de información para los inversionistas por parte de Perupetro S.A, así como las responsabilidades del titular del proyecto y la consultora

De otro lado, la fórmula legal propone incorporar como una de las funciones de Perupetro S.A., la de levantar información relativa a los aspectos físicos, biológicos, sociales y culturales en los Lotes a ser promocionados por dicha empresa, a efectos de que sea puesta a disposición de los inversionistas interesados como Línea Base válida para los instrumentos de gestión ambiental, en el marco del SEIA (artículo 6°, inciso k).

Sobre el particular, consideramos que la información que pueda generar Perupetro S.A., aun cuando pueda ser de utilidad, no debe reemplazar la labor que realizan las consultoras ambientales —por encargo de los titulares de los proyectos de inversión— para la elaboración de la línea base de los estudios ambientales, ni las eximen de su responsabilidad por la idoneidad de la misma, ya que estas son entidades especializadas en la materia, cuyo registro está a cargo del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE) y son supervisadas y fiscalizadas por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

Asimismo, resulta pertinente recordar que, en virtud de la Ley de promoción de Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible, Ley N° 30327, se dispuso que el titular de un proyecto de inversión puede optar por el uso compartido gratuito de la información de la línea base de los estudios de impacto ambiental, aprobados previamente por la autoridad competente, ya sea a su favor o a favor de terceros para la elaboración de un nuevo instrumento de gestión ambiental.

En tal sentido, la implementación de dicha disposición debe realizarse en concordancia con las normas del SEIA, a fin de cautelar el adecuado funcionamiento de dicho sistema. Para tal efecto, nuestra institución recomienda que se precise expresamente en el proyecto normativo que la información generada por Perupetro S.A. puede ser utilizada —según lo consideren pertinente— por los titulares de los proyectos de inversión, a través de las

⁷ Numeral 2.22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú.

empresas consultoras contratadas para la elaboración de la línea base, sin que ello la exima de la responsabilidad de su elaboración y en concordancia con las normas que regulan el SEIA.

3. Sobre la clasificación anticipada propuesta sin considerar los criterios previstos por el Ministerio del Ambiente

La propuesta legislativa plantea modificar el artículo 22º de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, estableciendo que en la actividad de exploración sísmica, el instrumento de gestión ambiental de mayor complejidad exigible al contratista es la Declaración de Impacto Ambiental (DIA).

Del mismo modo, propone que, en caso de actividades de perforación exploratoria, el instrumento de gestión ambiental exigible será un Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIA-sd) o un Estudio de Impacto Ambiental detallado (EIA-d), dependiendo de las circunstancias del lugar donde se realice la actividad, sin perjuicio que el contratista presente a la autoridad una evaluación preliminar, la que determinará el instrumento de gestión ambiental a utilizarse. Entretanto, plantea que, en las demás actividades de la etapa de exploración, no se requiera instrumento de gestión ambiental.

Con relación a ello, cabe mencionar que, de acuerdo a la Ley del SEIA, toda acción comprendida en el marco de este sistema debe ser clasificada en una de las categorías previstas (DIA, EIA-sd y EIA-d), conforme a los criterios de protección ambiental establecidos⁸, cuyos alcances han sido precisados por el Ministerio del Ambiente⁹, en el marco de sus competencias.

Dentro de ese contexto, cualquier clasificación anticipada que se proponga respecto a las actividades de hidrocarburos debe ser realizada considerando el análisis técnico de las características comunes de los proyectos y la evaluación de la significancia de los impactos ambientales que estos podrían generar sobre el ambiente, cuyas directrices han sido establecidas por el Ministerio del Ambiente, a través de la Resolución Ministerial N° 207-2016-MINAM.

En tal sentido, la previsión de la clasificación anticipada por ley, sin considerar los criterios de protección ambiental previstos en las normas del SEIA y los criterios previstos por el Ministerio del Ambiente para tal efecto, desnaturalizaría el carácter técnico de dicha evaluación y, en consecuencia, no se garantizaría la adecuada identificación, prevención, supervisión, control y prevención anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de los proyectos de inversión.

Sumado a ello, con relación a la perforación exploratoria, corresponde señalar que la clasificación del proyecto de inversión en un EIA-sd o un EIA-d debe realizarse en función los impactos ambientales negativos que se prevé que genere y no únicamente en función de la ubicación de dicho proyecto. En el mismo sentido, cuando se determina que un proyecto no requiere certificación ambiental, ello es el resultado de un análisis de los impactos que se prevé que genere en función de los criterios de protección ambiental en el que se concluye que los mismos no son de carácter significativo.

⁸ Artículos 4º y 5º de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental.

⁹ Mediante Resolución Ministerial N° 207-2016-MINAM.

En consecuencia, la Defensoría del Pueblo sostiene que el Congreso de la República no debería aprobar la modificación del párrafo del artículo 22° de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, que contiene la referida propuesta, por ser contrario a los fines del SEIA y por no considerar los criterios previstos por el Ministerio del Ambiente, desconociendo de esta manera el rol rector de dicho Ministerio.

4. Sobre la viabilidad de la actualización del estudio ambiental como único mecanismo en caso de prórroga del contrato y la necesidad de aplicar las normas del SEIA en todos los sectores

La propuesta normativa busca incorporar el artículo 22-A a la Ley Orgánica de Hidrocarburos, el cual prevé la posibilidad de que el contrato pueda prorrogarse, por única vez, por un plazo de hasta 20 años, en cuyo caso el contratista debe actualizar el estudio ambiental del proyecto, en lo que corresponda y de acuerdo a las normas del SEIA.

Al respecto, debe tenerse en consideración que el SEIA establece los supuestos para la actualización y modificación del estudio ambiental, así como para la pérdida de vigencia de la certificación ambiental. En el caso de la actualización, establece que esta se realiza en aquellos componentes que lo requieran, al quinto año de iniciada la ejecución del proyecto y por periodos consecutivos y similares¹⁰, sin perjuicio de la actualización requerida por la autoridad de fiscalización ambiental¹¹.

De otro lado, tratándose de la pérdida de certificación ambiental, las normas del SEIA prevén que esta se produce si dentro del plazo máximo de tres (3) años posteriores a la emisión de la misma, el titular no inicia las obras para la ejecución del proyecto, pudiendo ampliarse dicho plazo por única vez y, a pedido sustentado, hasta por dos (2) años adicionales¹².

En ese sentido, nuestra institución sostiene la importancia de aplicar las reglas del SEIA para todos los sectores, sin excepción, atendiendo al carácter único y coordinado de este sistema preventivo. Por tanto, se debe garantizar que el referido artículo no regule aspectos vinculados a la actualización del estudio ambiental, a fin de que se apliquen las normas transectoriales del SEIA, sin perjuicio de que el Ministerio de Energía y Minas emita la normativa sectorial específica correspondiente, la cual —a su vez— debe estar en concordancia y adecuada a las normas del SEIA.

5. Sobre el libre acceso y salida frente al derecho de terceros y la construcción de infraestructura de transporte dentro del Lote con una mera comunicación a Perupetro S.A.

La propuesta legislativa plantea, además, modificar el artículo 31° de la Ley N° 26221, estableciendo que el contratista tenga derecho al libre ingreso y salida del área del contrato, así como a construir infraestructuras de transporte al interior o exterior del lote que facilite sus operaciones en la zona de Selva, debiendo solicitar las autorizaciones

¹⁰ Artículo 30° del Reglamento de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental.

¹¹ Artículo 78° del Reglamento de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental

¹² Artículo 57° del Reglamento de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental.

correspondientes cuando la infraestructura se efectúe fuera del mismo. Sólo si la construcción de la infraestructura afecta derechos de terceros, el contratista está obligado a cumplir con la legislación vigente vinculada al uso, usufructo, derecho de vía, servidumbre y demás derechos análogos.

Sobre el particular, debemos señalar que nuestra Constitución Política consagra el derecho de propiedad, el cual es inviolable¹³. En ese sentido, la utilización de tierras para el ejercicio de actividades de hidrocarburos en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre¹⁴, tanto para el inicio de obras, la construcción de infraestructura, como para el ingreso al área, independientemente si ésta se encuentra dentro o fuera del Lote.

Sobre este punto, la Defensoría del Pueblo advierte que facultar al contratista al libre ingreso y salida del área del contrato, sin respetar los derechos de propiedad de terceros, implicaría una vulneración del derecho de propiedad previsto por la Constitución Política y por la legislación nacional. Sumado a ello, tratándose de tierras y territorios de pueblos indígenas, la labor del contratista debe efectuarse en estricto respeto de sus derechos colectivos y con la diligencia adecuada, considerando sus usos y costumbres.

Del mismo modo, es preciso recordar que nuestro ordenamiento jurídico prescribe que no podrá iniciarse la ejecución de proyectos de inversión que puedan causar impactos ambientales negativos significativos y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitirles, concederlas o habilitarlas si no cuentan previamente con certificación ambiental¹⁵.

En tal sentido, facultar al contratista a construir infraestructura de transporte, requiriendo únicamente una comunicación a Perupetro S.A. cuando las actividades se realicen dentro del Lote, transgrede los fines del SEIA, destinado a la prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de los proyectos de inversión; y afectaría el derecho de todos los peruanos y peruanas a vivir en un ambiente adecuado y equilibrado.

Por este motivo, se requiere que se efectúen precisiones a la propuesta legislativa sobre los aspectos señalados.

6. Sobre el incumplimiento de las normas ambientales como causal de la terminación del contrato

La Defensoría del Pueblo saluda que se incorpore como un supuesto de terminación del contrato el incumplimiento por parte del contratista, de la normatividad aplicable en materia ambiental (numeral 70.2 del artículo 70° y artículo 87°).

Sin embargo, nuestra institución sostiene que, para ello, no debe exigirse que la infracción cometida genere un daño real y muy grave a la vida y la salud de las personas. Al respecto, aun cuando la salud de las personas se encuentra prevista como uno de los criterios de protección ambiental señalados en la Ley N° 27446, Ley del SEIA, actualmente

¹³ Inciso 16 del artículo 2° y artículo 70° de la Constitución Política del Perú.

¹⁴ Artículo 7° de la Ley N° 26505, Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas.

¹⁵ Artículo 3° de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental.

los estudios ambientales no contemplan dentro de su línea base la situación de la salud de las personas que se encuentran en el ámbito de influencia del proyecto antes del inicio de su ejecución.

Por ello, y por la alta complejidad de la carga probatoria en esta materia, existen serias dificultades para determinar, en cada caso, el nexo causal entre la comisión de la conducta infractora y la afectación muy grave a la vida y la salud.

Sobre el particular, conviene recordar que el artículo 19º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley N° 29325, señala expresamente que la tipificación de infracciones y sanciones se clasifican como leves, graves y muy graves, y que su determinación se fundamenta, entre otros, en la afectación a la salud y al ambiente, en su potencialidad o certeza de daño, en la extensión de sus efectos.

De acuerdo con ello, el análisis técnico que es llevado a cabo para la tipificación de infracciones ya implica una evaluación de la afectación al ambiente y la salud, así como en la potencialidad o certeza de daño. Por este motivo, se sugiere que la propuesta normativa contemple, para la cláusula de terminación del contrato de licencia, la imposición de una sanción por incumplimiento a la normativa ambiental que haya quedado firme o consentida, en función de la tipificación de infracciones ambientales vigente, dispuesta por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), la cual contempla la calificación de la gravedad de la infracción en “grave” y “muy grave”.

Finalmente, y en concordancia con lo expuesto precedentemente, nuestra institución considera de máxima importancia que la información sobre la comisión de infracciones ambientales graves y muy graves que genera el OEFA sea considerada en el proceso de convocatoria y/o negociación de un contrato de licencia y/o de servicios con Perupetro S.A., y, además, que la comisión de dichas infracciones graves y muy graves constituya una causal de pérdida de la calificación de empresas de hidrocarburos.

IV. Conclusiones

Por lo expuesto, la Defensoría del Pueblo concluye lo siguiente:

1. La opinión previa vinculante del Ministerio de Energía y Minas, respecto a las normas de otros sectores en materia de hidrocarburos, implicaría la posibilidad de que dicho Ministerio pueda vetar las normas que emita el Ministerio del Ambiente. Dicha situación afectaría de manera significativa la institucionalidad ambiental del país y debilitaría el rol rector que cumple el Ministerio del Ambiente, neutralizando su labor respecto de las actividades de hidrocarburos.
2. Con la aprobación de la modificación del artículo 4º de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, al desconocer el rol rector del Ministerio del Ambiente y los fines de su creación, el Congreso de la República estaría contradiciendo el mandato constitucional de garantizar el goce efectivo del derecho a vivir en un ambiente adecuado y equilibrado para el desarrollo de la vida protección del ambiente¹⁶ Por este motivo, la Defensoría del Pueblo considera importante la no aprobación de la modificación del artículo 4º de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.
3. La información que pueda generar Perupetro S.A., aun cuando pueda ser de utilidad, no debe reemplazar la labor que realizan las consultoras ambientales por encargo de los titulares de los proyectos de inversión, para la elaboración de la línea base de los estudios ambientales, ni las eximen de su responsabilidad por la idoneidad de la misma.
4. Por ello, se requiere que se precise expresamente en el proyecto normativo que la información generada por Perupetro S.A. puede ser utilizada, sin que ello exima de responsabilidad a los titulares de los proyectos de inversión y a las consultoras contratadas responsables de su elaboración y en concordancia con las normas que regulan el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental.
5. La previsión de la clasificación anticipada de los proyectos de inversión por ley, sin considerar los criterios de protección ambiental previstos en las normas del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental y los criterios previstos por el Ministerio del Ambiente para tal efecto, desnaturalizaría el carácter técnico de dicha evaluación y, en consecuencia, no se garantizaría la adecuada identificación, prevención, supervisión, control y prevención anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de los proyectos de inversión.
6. Por este motivo, la Defensoría del Pueblo sostiene que el Congreso de la República no debe considerar, en la modificación del artículo 22 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, el párrafo que contiene la referida propuesta, por ser contrario a los fines del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental y por no considerar los criterios previstos por el Ministerio del Ambiente, desconociendo de esta manera el rol rector de dicho Ministerio.
7. Con relación a la actualización del estudio ambiental en caso de prórroga del contrato, se sostiene la importancia de aplicar las reglas del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental para todos los sectores, sin excepción, atendiendo al carácter único y

¹⁶ Numeral 2.22 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú.

coordinado de este sistema preventivo.

8. Por tanto, se requiere que el artículo 22-A que propone incorporar a la Ley Orgánica de Hidrocarburos no regule aspectos vinculados a la actualización del estudio ambiental, a fin de que se apliquen las normas transectoriales del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, sin perjuicio de que el Ministerio de Energía y Minas emita la normativa sectorial específica correspondiente, la cual —a su vez— debe estar en concordancia y adecuada a las normas del referido sistema.
9. Se advierte que facultar al contratista al libre ingreso y salida del área del contrato, sin respetar los derechos de propiedad de terceros, implicaría una vulneración del derecho de propiedad previsto por la Constitución Política y por la legislación nacional. Además, tratándose de tierras y territorios de pueblos indígenas, la labor del contratista debe efectuarse en estricto respeto de sus derechos colectivos y con la diligencia adecuada, considerando sus usos y costumbres.
10. Del mismo modo, facultar al contratista a construir infraestructura de transporte, requiriendo únicamente una comunicación a Perupetro S.A. cuando las actividades se realicen dentro del Lote, transgrede los fines del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, destinado a la prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de los proyectos de inversión; y afectaría el derecho de todos los peruanos y peruanas a vivir en un ambiente adecuado y equilibrado.
11. Por este motivo, resulta de máxima importancia que se efectúen precisiones a la propuesta legislativa consistente en la modificación del artículo 31º de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, sobre los aspectos señalados.
12. La Defensoría del Pueblo considera positivo que se incorpore como un supuesto de terminación del contrato el incumplimiento por parte del contratista, de la normatividad aplicable en materia ambiental. Sin embargo, para ello, no debe exigirse que la infracción cometida genere un daño real y muy grave a la vida y la salud de las personas, debido a que actualmente los estudios ambientales no contemplan dentro de su línea base la situación de la salud de las personas. Por ello, y por la alta complejidad de la carga probatoria en esta materia, existen serias dificultades para determinar, en cada caso, el nexo causal entre la comisión de la conducta infractora y la afectación muy grave a la vida y la salud.
13. Por este motivo, es necesario que la propuesta normativa contemple, para la cláusula de terminación del contrato de licencia, la imposición de una sanción por incumplimiento a la normativa ambiental que haya quedado firme o consentida, en función de la tipificación de infracciones ambientales vigente, dispuesta por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, la cual contempla la calificación de la gravedad de la infracción en “grave” y “muy grave”.
14. En esa línea, se requiere que la información sobre la comisión de infracciones ambientales graves y muy graves que genera el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental sea considerada en el proceso de convocatoria y/o negociación de un contrato de licencia

y/o de servicios con Perupetro S.A., y, además, que la comisión de dichas infracciones graves y muy graves constituya una causal de pérdida de la calificación de empresas de hidrocarburos.

V. Recomendaciones

1. No aprobar la modificación del artículo 4º de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, según la cual las normas o reglamentos de otros sectores o niveles de Gobierno, que tengan incidencia en las actividades de hidrocarburos, deberán contar con la previa opinión favorable vinculante del Ministerio de Energía y Minas, caso contrario no tendrán eficacia jurídica y serán nulos de pleno derecho; debido a que se afectaría de manera significativa la institucionalidad ambiental del país y debilitaría el rol rector que cumple el Ministerio del Ambiente, desconociendo los fines de su creación. Además, el Congreso de la República incumpliría con el mandato constitucional de garantizar el goce efectivo del derecho a vivir en un ambiente adecuado y equilibrado para el desarrollo de la vida.
2. Precisar expresamente en la propuesta de modificación del inciso k) del artículo 6º de la Ley Orgánica de Hidrocarburos que la información relativa a los aspectos físicos, biológicos, sociales y culturales en los lotes a ser promocionados, generada por Perupetro S.A., puede ser utilizada —según lo consideren pertinente— por los titulares de los proyectos de inversión, a través de las empresas consultoras contratadas para la elaboración de la línea base, sin que ello la exima de la responsabilidad de su elaboración y en concordancia con las normas que regulan el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental.
3. No considerar en la modificación del artículo 22º de la Ley Orgánica de Hidrocarburos el párrafo que contiene la propuesta de clasificación anticipada, debido a que no considera el carácter técnico de dicha evaluación, los criterios de protección ambiental previstos en las normas del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental y los criterios previstos por el Ministerio del Ambiente.
4. No considerar en el artículo 22-A que se propone incorporar a la Ley Orgánica de Hidrocarburos la regulación de aspectos vinculados a la actualización del estudio ambiental, a fin de que se apliquen las normas transectoriales del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, dada la importancia de aplicar las mismas reglas para todos los sectores, sin excepción, atendiendo al carácter único y coordinado de este sistema preventivo, sin perjuicio de que el Ministerio de Energía y Minas emita la normativa sectorial específica correspondiente, la cual —a su vez— debe estar en concordancia y adecuada a las normas de dicho sistema.
5. Precisar la propuesta de modificación del artículo 31º de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, a fin de señalar expresamente que el derecho del contratista al libre ingreso y salida del área del contrato, debe realizarse respetando los derechos de propiedad de terceros y tratándose de tierras y territorios de pueblos indígenas, en estricto respeto de sus derechos colectivos y con la diligencia adecuada, considerando sus usos y costumbres.
6. Reformular la propuesta de modificación del numeral 70.2 del artículo 70º y del artículo 87º, a fin de que se contemple, para la cláusula de terminación del contrato de licencia, la imposición de una sanción por incumplimiento a la normativa ambiental que haya quedado firme o consentida, en función de la tipificación de infracciones ambientales

vigente, dispuesta por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, la cual contempla la calificación de la gravedad de la infracción en "grave" y "muy grave"; y no se considere la exigencia de que la infracción cometida genere un daño real y muy grave a la vida y la salud de las personas.

7. Incorporar en la propuesta de modificación de la Ley Orgánica de Hidrocarburos que la información sobre la comisión de infracciones ambientales graves y muy graves que genera el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental sea considerada en el proceso de convocatoria y/o negociación de un contrato de licencia y/o de servicios con Perupetro S.A., y, además, que la comisión de dichas infracciones graves y muy graves constituya una causal de pérdida de la calificación de empresas de hidrocarburos.

Lima, 20 de agosto de 2018