

## LA INDUSTRIA Y LA RIGIDEZ ACTUAL EN LA APLICACIÓN DE LOS LÍMITES MÁXIMOS PERMISIBLES: CABEN EXCEPCIONES

Lorenzo de la Puente Brunke\*

*Si bien hay un consenso general acerca de nuestra responsabilidad de proteger el medio ambiente, no existe la misma unanimidad sobre el nivel necesario de esta protección. Así, surgen diversas controversias sobre qué es un ambiente limpio y qué tanto estamos dispuestos a sacrificar por mantenerlo para las generaciones futuras.*

*En el siguiente artículo, el autor, en base a jurisprudencia del Tribunal Constitucional, nos introduce al desarrollo de los límites máximos permisibles y los estándares de calidad, con el fin de demostrarnos que éstos son, finalmente, límites variables que deben ajustarse a cada realidad.*

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho Ambiental por la Universidad de Houston. Socio del estudio De la Puente Abogados.

Todos coincidimos en que el ambiente en que vivimos debe estar limpio y en que así lo queremos dejar para las próximas generaciones; sin embargo, en la ejecución de este objetivo no es fácil ponerse de acuerdo. La determinación de qué tan limpio es limpio es una discusión presente en las jurisdicciones, que gradualmente van estableciendo mayores exigencias ambientales; más aún, en un país como el Perú, con un territorio con diversos ecosistemas, esta discusión es más compleja ya que la naturaleza en cada lugar de nuestra diversa geografía tiene sus peculiaridades<sup>1</sup>. Los criterios para establecer qué tan limpio debe estar el aire, qué tan limpia debe estar el agua y qué tan limpio debe estar el suelo para sustentar la vida de las personas en el Perú, son una discusión presente en las conversaciones que algunas autoridades ambientales están teniendo con la industria. Y esto es lógico, ya que no se pueden imponer categorías universales de control ambiental a nuestra diversidad geográfica y biológica.

Aparentemente, en el caso peruano, el control de la contaminación industrial por parte de las autoridades ambientales competentes estaría circunscribiéndose al establecimiento de límites máximos permisibles y al control de su cumplimiento. Sin embargo, los límites máximos permisibles –también llamados LMP–, que por supuesto deben ser consistentes con los estándares de calidad ambiental –también llamados ECA–, son instrumentos de gestión ambiental que, como tales, deben responder a la gestión ambiental del Estado, la cual comprende la política ambiental, la legislación y la institucionalidad ambiental. Por eso, es muy importante entender a los LMP y ECA en un contexto amplio en el que la mejora de la calidad de vida de las personas es el objetivo. Lo cual tiene que llevarnos a comprender que la aplicación de los LMP y su exigencia a la industria no es matemáticas ni blanco y negro; sino que debe responder a criterios no sólo ambientales, sino también económicos y sociales:

de desarrollo sostenible. De esto trata este breve texto, que intenta ir desde algunos fundamentos del tema general a la conclusión práctica; esto es, que los LMP no deben ser aplicados por la autoridad ambiental competente de una manera genérica y rígida<sup>2</sup>.

## I. EL “CAMINO JURÍDICO” DE LA NATURALEZA

El “camino jurídico” que ha seguido la naturaleza a lo largo de los años ha significado una transformación en la disciplina del Derecho. En este camino, sin entrar a distinguir el tipo de legislación positiva que se ha ido dando, se pueden distinguir al menos tres etapas. Una primera donde se protegía a la naturaleza o al ambiente indirectamente en razón de defender la propiedad privada y la salud de las personas; luego, una etapa en la que ya se reconoce a la naturaleza como un bien jurídico que debe ser protegido por sí mismo, y, finalmente, una etapa aún incipiente, que implica un severo cambio en el Derecho Ambiental: la llamada etapa de la sustentabilidad, que nos llevaría a lo que algunos llaman el Derecho de la Sustentabilidad<sup>3</sup>. En la primera transición, se ha pasado de un concepto de naturaleza como un simple bien a un concepto de bien jurídico protegido en sí mismo, en el cual el rol primordial del Derecho ha sido ejercer el poder de policía del Estado. En la segunda transición, en cambio, la cual se dirige hacia un Derecho de la Sustentabilidad, hay un movimiento desde lo específicamente ambiental hacia un concepto más amplio e integrador. Este camino seguido por la naturaleza ha generado, como es lógico pensar, cambios teóricos y de orden práctico en el desarrollo de la industria.

Como antecedentes al desarrollo actual de estándares ambientales se pueden mencionar como ejemplo las *Ordenanzas para el Aseo y Dirección de las Aguas de la Ciudad de Lima* del Virrey Francisco de Toledo<sup>4</sup>. Mucho más recientes,

<sup>1</sup> Como nos lo recuerda Gonzalo Castro en su interesante opúsculo “Un Mendigo Sentado en un Banco de Oro” (Lima, 2005), la posición geográfica del Perú es privilegiada, ya que en ella confluyen tres factores cuya interacción ha producido un país con una de las mayores variabilidades ecológicas del planeta: su posición ecuatorial, la presencia de la Cordillera de los Andes y el estar bañado por un mar frío. Un país que comprende 84 de las 116 zonas de vida identificadas en nuestro planeta.

<sup>2</sup> Hace unas semanas, la Presidencia del Consejo de Ministros ha establecido nuevos límites máximos permisibles para los efluentes líquidos de la industria de hidrocarburos. El artículo 6 del Decreto Supremo 037-2008-PCM, publicado el 14 de mayo de 2008, ha señalado expresamente que estos límites son de cumplimiento obligatorio para las actividades de hidrocarburos nuevas y que al finalizar los 18 meses de publicada la norma, serán obligatorios también para las actividades en curso. De la lectura de esta norma se puede advertir que no deja abiertas las puertas a la aplicación de excepción alguna por la naturaleza de las cosas o por circunstancias particulares de determinado ecosistema, proceso o industria. Nosotros pensamos que, aunque esta norma de rango reglamentario no lo considera, nuestra legislación ambiental sí permitiría la inaplicación de límites máximos permisibles a determinados casos concretos. Sobre esto tendremos oportunidad de tratar más adelante.

<sup>3</sup> WALSH, Juan Rodrigo (editor). “Ambiente, Derecho y Sustentabilidad”. Buenos Aires: La Ley, 2000.

<sup>4</sup> UNANUE, Hipólito. “Observaciones sobre el Clima de Lima y sus Influencias”. En: Obras Científicas y Literarias del Doctor D.J. Hipólito Unanue. Tomo Primero. Barcelona. 1914.

por supuesto, y aún vigentes son el Reglamento de Desagües Industriales de 1960 y la Ley General de Aguas de 1969 con sus posteriores reglamentos y modificaciones. Sin embargo, actualmente, en las jurisdicciones más avanzadas, las cuales van acercándose a este nuevo modelo de la sustentabilidad, el establecimiento de estándares –entre ellos los LMP–, como instrumento de protección del ambiente, no es considerado suficiente para garantizar la calidad ambiental y, por lo tanto, la conservación de los medios que sustentan la vida. Estas jurisdicciones van más allá: desarrollan legislativamente el marco promotor de la producción limpia y del nuevo paradigma de la Ecología Industrial<sup>5</sup>, el cual se encuentra más cercano al futuro Derecho de la Sustentabilidad.

## II. CALIDAD DE VIDA COMO MANDATO CONSTITUCIONAL

Para el profesor Loperena Rota, el término *calidad de vida* es la superación del antiguo concepto de *nivel de vida*. Como él mismo lo señala, las nuevas tendencias culturales apuntan hacia una valoración de lo cualitativo por encima de lo cuantitativo, lo cual puede permitir una disminución en la utilización masiva de los recursos, en especial los energéticos, y, por tanto, apunta una luz de esperanza en la evolución de la política ambiental<sup>6</sup>. En esta línea de ideas, el concepto de ambiente tiene su sustento y razón de ser en la existencia del hombre; precisamente en un concepto cualitativo y no cuantitativo. Y es que, definitivamente, no se puede hablar de ambiente sin el hombre y, por lo tanto, la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental deben considerar este carácter antropológico del ambiente.

Desde nuestro punto de vista, el deterioro ambiental es uno de los aspectos preocupantes de la actual crisis moral. Es evidente que los atropellos

a los derechos de las personas que ocurren en el mundo tienen también su correlato en la irresponsabilidad con que algunos asumen la relación hombre-naturaleza. De alguna manera, detrás de cada daño ambiental, hay un problema ético que debe ser resuelto por el responsable del mismo. Es en este marco que el aprovechamiento del ambiente (como recurso y como “casa”) no puede ser separado del respeto a las exigencias morales de la persona, las cuales limitan el ejercicio de un dominio absoluto e irresponsable sobre los animales, las plantas y los seres inanimados. Los estándares de calidad y los límites máximos permisibles encuentran su razón última en estos fundamentos.

Siguiendo el criterio del profesor Ballesteros, las concepciones fundamentales de la relación entre el hombre y la naturaleza pueden resumirse en tres: el antropocentrismo tecnocrático<sup>7</sup>, que considera al hombre como independiente respecto a la naturaleza; el biologismo<sup>8</sup>, que considera al hombre exclusivamente como un animal más desarrollado, y, finalmente, el pensamiento monoteísta, que considera al hombre como formado de la tierra y al mismo tiempo como imagen de Dios. Este pensamiento monoteísta considera que la naturaleza está al servicio del hombre y lo esencial no es la defensa de los derechos de los seres no humanos frente a los humanos, sino la garantía de condiciones de vida dignas para las personas. Bajo este pensamiento, el hombre no debe abusar de la naturaleza, sino más bien ser consecuente con su vocación ecológica de administrador de todo lo creado que tiene una obligación moral de cuidar el ambiente y respetar la Creación<sup>9</sup>.

Nosotros pensamos que el pensamiento monoteísta es el que ha estado latente en nuestras constituciones desde que se incorporó el tema

<sup>5</sup> La Ecología Industrial podría definirse como la implementación de lo aprendido de la naturaleza y aplicado a las actividades industriales, de modo tal que se imitan las relaciones naturales en los ecosistemas para aplicarlas en procesos productivos como si formaran parte, precisamente, de un ecosistema (ecosistema industrial), siendo el desarrollo sostenible el eje fundamental de toda esta dependencia.

<sup>6</sup> LOPERENA ROTA, Demetrio. “El Derecho al Medio Ambiente Adecuado”. Cuadernos Civitas. 1998. p. 37.

<sup>7</sup> El Antropocentrismo Tecnocrático, señala Ballesteros, ha sido la posición dominante durante la Edad Moderna, una concepción que persigue la autosuficiencia del individuo, la autarquía, y para ello cree necesario dominar incondicionalmente la naturaleza, a la que considera como una esclava generosa. Desde esta perspectiva, se niega tanto la dependencia del hombre respecto a la naturaleza como la necesidad del cuidado de la misma por el hombre. Viene a ser una actitud equivocadamente optimista, en cuanto cree que basta con la industria para acabar con la escasez, suponiendo que los recursos naturales son infinitos y la guerra y las armas desaparecerán con el puro desarrollo industrial.

<sup>8</sup> Para el Biologismo, el hombre es una especie animal más, en la que la escasez conduce a la lucha por la vida. El propio Darwin enfatiza el biologismo o equiparación entre la especie humana y las especies animales al negar la existencia de diferencia cualitativa alguna entre el hombre y el animal. En esa línea, la *deep ecology* continuará y radicalizará el biologismo de Darwin, indicando que la idea cristiana de administración de la naturaleza por el hombre es inadmisibles en cuanto se basa en la jerarquía hombre-tierra.

<sup>9</sup> BALLESTEROS, Jesús. “Ecologismo Personalista. Cuidar la Naturaleza, Cuidar al Hombre”. Madrid: Tecnos. 1994. pp. 13, 37.

ambiental en 1979. Hoy, la Constitución Política de 1993 reconoce el derecho fundamental al ambiente adecuado al establecer que “toda persona tiene derecho (...) 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. (...)”<sup>10</sup>.

Entre la diversa legislación ambiental y de recursos naturales que desarrolla este precepto constitucional, hay que resaltar el Artículo I del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, el cual declara que “toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida (...)”. Esta referencia a *ambiente saludable* en la Ley General del Ambiente alude a la salud de la naturaleza y de la vida de las personas en sociedad; mientras que la referencia constitucional a un *ambiente equilibrado*, manda que las modificaciones o impactos a la naturaleza por el hombre sean acompañados de medidas que compensen tal modificación.

En este marco constitucional, se entiende que el Derecho Ambiental, así como ocurre en otros campos del Derecho de nuestro sistema legal, acepta que ocurran ciertos daños, a los que llamamos daños tolerables. Es este criterio de tolerancia, que resulta de un análisis –podemos decir– de sostenibilidad, el que determina el establecimiento de los estándares ambientales que limitan las actividades industriales. Estándares que, de manera general, trazan la línea de tolerancia entre lo aceptado y lo no aceptado.

### III. REVISANDO LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que “(...) el contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve. (...) En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, dicho derecho comporta la facultad de las per-

sonas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica, y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1° de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido”<sup>11</sup>. Continúa el Tribunal Constitucional, en la misma sentencia, estableciendo que “(...) 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: a) el principio de desarrollo sostenible o sustentable (...); b) el principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; c) el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia; d) el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados; e) el principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano; f) el principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente; y, g) el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables”<sup>12</sup>.

En otra sentencia, el Tribunal Constitucional ha indicado que “(...) si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un medio ambiente sano, éstos sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible. En ese sentido, el Tribunal Constitucional estima que la protección del medio ambiente sano y adecuado no sólo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan”<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Constitución Política del Perú. Artículo 2, inciso 2.22.

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 0048-2004-PI/TC. Fundamento 17.

<sup>12</sup> Ibid. Fundamento 18.

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 4223-2006-PA/TC. Fundamento 6.

Así, también ha señalado que "(...) en el Estado democrático de derecho de nuestro tiempo ya no sólo se trata de garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano le son reconocidos, sino también de protegerla de los ataques al medio ambiente en el que esa existencia se desenvuelve, a fin de permitir que su vida se desarrolle en condiciones ambientales aceptables, pues, como se afirma en el artículo 13 de la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, el "derecho a un medio ambiente seguro, sano [es] condición necesaria para el goce del derecho a la vida y el bienestar colectivo". (...) Desde luego, no sólo supone tareas de conservación, sino también de prevención que se afecte a ese ambiente equilibrado. El Tribunal considera que, por la propia naturaleza del derecho, dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollar, especial relevancia tiene la tarea de prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin. Y es que si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un medio ambiente sano, éstos sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible. En ese sentido, este Tribunal estima que la protección del medio ambiente sano y adecuado no sólo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan"<sup>14</sup>.

Estas citas del Tribunal Constitucional son especialmente importantes para nuestros propósitos porque ponen énfasis en la necesidad de que la gestión ambiental tenga un carácter preventivo, en el cual los LMP y los ECA, sin dejar de ser indispensables, ejerzan un rol limitado cuando se trata de mejorar la calidad de vida de las personas. También es relevante la siguiente cita: "en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente". Esta referencia a una "alteración sustantiva" tiene relación con la "línea" de aceptabilidad o tolerancia de algunos daños ambientales en la vida de la sociedad, la cual tiene directa relación con la determinación de los estándares de comportamiento ambiental; específicamente, los que nos interesan: los LMP.

#### IV. LOS PRINCIPIOS DE PREVENCIÓN Y DE INTERNALIZACIÓN DE COSTOS

El Derecho Ambiental no sólo está formado por la legislación, sino también por los principios generales que lo informan. Estos son criterios que expresan un juicio acerca de la conducta humana a seguir en cierta situación. Cada uno de estos principios generales del Derecho es un criterio que expresa el comportamiento que han de tener los hombres en sus relaciones de intercambio. El fundamento de estos principios está en la naturaleza humana racional, social y libre; ellos expresan el comportamiento que conviene seguir al hombre en orden a su perfeccionamiento como ser humano. Según el profesor Rubio, estos son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas y del propio Derecho como totalidad. Tal es el caso del principio de constitucionalidad, del de legalidad, del de la competencia en materia normativa, o también del principio democrático o el de libertad personal, entre otros, además de los principios particulares del Derecho Ambiental. Se trata de principios rectores generales en razón de su naturaleza y subsidiarios por su función, en la medida que llegan a suplir las lagunas de las fuentes formales del Derecho<sup>15</sup>. A continuación, nos queremos referir a dos principios generales del Derecho Ambiental que tienen especial incidencia para entender las limitaciones que, por su naturaleza restrictiva y controladora, tienen los LMP en la gestión ambiental.

Por un lado, el **principio de prevención** invita a los Estados y a los particulares a tomar acciones para prevenir daños al ambiente o, en todo caso, a reducir, limitar o controlar actividades que puedan causar tal daño, con la mayor anticipación posible. Se explica entonces la necesidad de adoptar medidas que se anticipen a la ocurrencia de dicho daño o a la generación de situaciones de riesgo. Como dice el reconocido tratadista Philippe Sands, "flaco consuelo sería que el Derecho Ambiental se contentara con decirnos que pondrá en prisión a los que acaben destruyendo el planeta"<sup>16</sup>. El principio de prevención, también contenido en el Artículo VI de la Ley General del Ambiente, prioriza las políticas de gestión ambiental que eliminan o reducen posibles contaminaciones antes de que

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 0964-2002-AA/TC. Fundamentos 9 y 10.

<sup>15</sup> RUBIO CORREA, Marcial. "El Sistema Jurídico". Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 2001. pp. 307-310.

<sup>16</sup> SANDS, Philippe. "Principles of International Environmental Law". Segunda edición. Cambridge: Cambridge University Press. 2003. p. 246.

se produzcan. Este principio ha sido ampliamente reconocido por instrumentos internacionales como la Declaración de Estocolmo y la Declaración de Río<sup>17</sup>.

De otro lado, el **principio de internalización de costos**, recogido ya por la legislación peruana en la Ley General del Ambiente<sup>18</sup>, propone que las estructuras de costos de los bienes y los servicios incorporen los potenciales daños ambientales y –lo que es más importante– los riesgos que los mismos pudieran generar. Como consecuencia de la incorporación de los riesgos ambientales en la estructura de costos de la producción de bienes o de la prestación de servicios en el mercado, no sólo se debe considerar el costo por la reparación del daño generado, sino también el costo por la necesaria prevención para poner los medios más adecuados destinados a evitar el daño. Los instrumentos internacionales como la Declaración de Río y la Agenda 21, ambos de 1992, también contienen este principio en sus textos<sup>19</sup>. Para entender este principio, al que algunos llaman “principio contaminador-pagador”, hay que distinguir su finalidad inmediata y su finalidad mediata. La primera es obligar al agente contaminante a cubrir los gastos, pagos o erogaciones que su conducta pueda causar; mientras que su finalidad mediata es buscar que los potenciales contaminadores asuman el costo de la prevención del daño en los precios de sus productos o servicios, o a través de seguros obligatorios, entre otros mecanismos<sup>20</sup>. Es decir, el principio de internalización de costos no sólo obliga a pagar a quien contamina, sino también al potencial contaminador en cuanto al costo de prevención. De limitarse al primer supuesto; es decir, que sólo el que contamina es el que repara el daño, no sería definitivamente un principio propio del Derecho Ambiental, ya que el Derecho Civil contiene diversas disposiciones referidas a la reparación del daño.

Una gestión ambiental promotora de la producción limpia se apoya en una política de

carácter preventivo y en el principio de internalización de costos, y es una gestión que no requiere como condición principal el control de la industria a través de los LMP. Éstos son complementarios, es verdad, pero no son la piedra angular para la promoción de una industria moderna y limpia. En esta línea de ideas, es necesario que las autoridades ambientales competentes aprueben y exijan los LMP, al mismo tiempo que desarrollan otros medios para cumplir con los fines de mejorar la calidad de vida de las personas.

## V. LOS INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL, EN GENERAL

La conservación de los recursos naturales y la protección del ambiente requieren de una adecuada gestión ambiental que sea puesta en práctica a través de los instrumentos apropiados para ello. A estos medios se les llama, precisamente, instrumentos de gestión ambiental, los cuales, a su vez, pueden ser implementados por la industria mediante sus propios sistemas de gestión ambiental, o por medio de sistemas de gestión sujetos a certificaciones, como es el caso de las normas voluntarias ISO 14001 y EMAS (*Eco-Management and Audit Scheme*).

Los instrumentos de gestión ambiental también son reconocidos por la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental<sup>21</sup>, cuyo principal propósito ha sido fortalecer la institucionalidad ambiental en el Perú, mejorando la coordinación entre las entidades públicas<sup>22</sup> y promoviendo la participación del sector privado y de los ciudadanos en la gestión ambiental. Esta ley, además de haber constituido el Sistema Nacional de Gestión Ambiental<sup>23</sup>, ha desarrollado aspectos específicos vinculados al Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA), al Estudio de Impacto Ambiental (EIA), al Plan de Cierre, a los ECA y LMP, y fue clara al establecer que el Consejo Nacional del Ambiente (hoy Ministerio del Ambiente, todavía en proceso de organización al momento

<sup>17</sup> Ver los principios 6, 7, 15, 18 y 24 de la Declaración de Estocolmo, y los principios 11 y 17 de la Declaración de Río.

<sup>18</sup> Ver el artículo VIII del Título Preliminar de la Ley 28611. Otras normas que contienen este principio son: el literal (n) del artículo 5 de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Ley 28245; el artículo 6, numeral 5 del Reglamento de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Decreto Supremo 008-2005-PCM, y el artículo 2 del Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental para Ruido, Decreto Supremo 085-2003-PCM, entre otras.

<sup>19</sup> Ver el Principio 16 de la Declaración de Río y el Capítulo 30.3 de la Agenda 21.

<sup>20</sup> PATIÑO POSSE, Miguel. “Derecho Ambiental Colombiano”. Colombia: Legis Editores S.A. 1999. p. 66.

<sup>21</sup> Ley 28245 (08.06.2004), reglamentada por Decreto Supremo 008-2005-PCM (28.01.2005).

<sup>22</sup> A este respecto, es importante recalcar lo establecido por el artículo 2 de la Ley 28245, en el sentido que el ejercicio de las funciones ambientales a cargo de las entidades públicas se organiza bajo el Sistema Nacional de Gestión Ambiental y la dirección de su ente rector, el Consejo Nacional del Ambiente.

<sup>23</sup> El Sistema Nacional de Gestión Ambiental tiene por finalidad orientar, integrar, coordinar, supervisar, evaluar y garantizar la aplicación de las políticas, planes, programas y acciones destinados a la protección del ambiente y contribuir a la conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. Esto ha sido establecido por el artículo 3 de la Ley 28245.

en que este artículo fue redactado)<sup>24</sup> es el llamado a establecer los criterios generales para la operación de los instrumentos de gestión ambiental<sup>25</sup>, asegurando la consistencia en la aplicación de estos instrumentos por parte de las autoridades competentes, lo cual responde al mandato constitucional de un Estado Peruano con un gobierno unitario<sup>26</sup>.

Hasta el momento, y es importante insistir en ello, los instrumentos de gestión ambiental puestos en práctica por el Estado no incluyen incentivos para la mejora continua ambiental, normas voluntarias y la adquisición de tecnologías más limpias; menos aún los incentivos tributarios que son piezas clave para una política ambiental promotora del desarrollo sostenible en el país.

## VI. EL ESTÁNDAR DE CALIDAD AMBIENTAL Y EL LÍMITE MÁXIMO PERMISIBLE

Antes hemos querido insistir, aunque brevemente, en el aspecto constitucional y en el fundamento antropológico del ambiente, así como en los principios generales del Derecho, porque son el fundamento para que la definición y aprobación de estándares ambientales –sean LMP o ECA– consideren el impacto social y económico de los mismos. Luego de ese marco teórico, ahora queremos entrar en más detalle, profundizando el tema.

Antes que nada, es necesario precisar la distinción existente entre ECA y LMP<sup>27</sup>. Mientras que aquél está referido a la calidad de los medios de vida, éste tiene relación con los efectos de la actividad del hombre sobre estos medios, sustentándose en las normas constitucionales que disponen que el ejercicio de la libertad de empresa no debe ser lesivo a la salud y que el derecho de propiedad debe ser ejercido en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley<sup>28</sup>.

La norma legal distingue a los ECA de los LMP, pero es en ellos donde las normas de emisión –concretadas en los LMP– y las normas de inmisión –relacionadas a la calidad del cuerpo receptor, a los ECA– se engarzan como normas de control ambiental complementarias. En esta lógica, la Ley General del Ambiente ha establecido que los LMP deben ser coherentes con el nivel de protección ambiental establecido para una fuente determinada y con los niveles generales que se establecen en los ECA. Y añade que la implementación de estos instrumentos debe asegurar que no se exceda la capacidad de carga de los ecosistemas.

Como se ve, los LMP son una categoría distinta a los ECA. Los LMP regulan la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o a una emisión de una operación, teniendo en consideración criterios específicos de la capacidad de dilución de la descarga del cuerpo receptor<sup>29</sup>, los cuales se obtienen midiéndolos directamente de la fuente contaminadora; mientras que los ECA establecen el nivel de calidad adecuado de los cuerpos receptores: el mar, la atmósfera, un río, un lago, etcétera. La ley peruana ha definido el término ECA como la medida que establece el nivel de concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos presentes en el aire, agua o suelo, en su condición de cuerpo receptor, que no representa riesgo significativo para la salud de las personas ni al ambiente. Según el parámetro en particular a que se refiera, la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos<sup>30</sup>.

Los LMP –y ésta es una importante diferencia legal– son exigibles a la industria por la autoridad ambiental competente, mientras que los ECA no, a menos que se demuestre que existe causalidad entre una persona jurídica y la trasgresión de

<sup>24</sup> Ley 28245, artículo 7.

<sup>25</sup> Ley 28245, artículo 18.

<sup>26</sup> Constitución Política del Perú, artículo 43.

<sup>27</sup> El Artículo 32 de la Ley 28611 define al LMP como la “medida de la concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente por la respectiva autoridad competente. Según el parámetro en particular a que se refiera, la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos. Añade que el LMP guarda coherencia entre el nivel de protección ambiental establecido para una fuente determinada y los niveles generales que se establecen en los ECA. La implementación de estos instrumentos debe asegurar que no se exceda la capacidad de carga de los ecosistemas, de acuerdo con las normas sobre la materia”.

<sup>28</sup> Constitución Política del Perú, artículos 59 y 70.

<sup>29</sup> Como su nombre lo indica, “cuerpo receptor” es aquel ámbito (agua, aire o suelo) que recibe un efluente líquido o a una emisión de gases provenientes de una operación. Por ello, el mar, una laguna, la atmósfera, una quebrada, son considerados “cuerpos receptores”.

<sup>30</sup> Artículo 31.1 de la Ley 28611, Ley General del Ambiente.

dichos estándares<sup>31</sup>. Los LMP son utilizados para el control en las fuentes puntuales de contaminación y están referidos a valores límites, mientras que los ECA tienen relación con los objetivos de la calidad del cuerpo receptor<sup>32</sup>.

Para la eficacia de la tarea de conservar el ambiente, compartida por todos los miembros de la sociedad, los ECA juegan un rol importante ya que la determinación del nivel de calidad del ambiente es requisito de eficacia de la gestión ambiental. En buena cuenta, se trata de determinar el nivel adecuado de los medios que sustentan la vida para luego ejecutar las acciones necesarias para su protección. Los ECA son el instrumento a través del cual el Estado, con la participación de la ciudadanía, establece los niveles de calidad y busca su protección. Algunos de ellos determinan qué tan limpio debe estar el aire, otros qué tan limpia debe estar el agua y los otros determinan qué tan limpio debe estar el suelo, para así sustentar la vida de las personas. Una cuestión que algunas veces origina grandes debates entre los gobiernos y la industria, es qué tan limpio es limpio.

El 22 de julio de 2006 se publicó la Ley 28817, por la cual se establecieron plazos para la elaboración y aprobación de ECA y LMP. Dicha norma dispuso que el CONAM –hoy absorbido por el Ministerio del Ambiente– culminará el proceso de elaboración y revisión en un plazo de dos años contados a partir de la vigencia de dicha ley, emitiéndose como norma complementaria el Decreto Supremo 033-2007-PCM, denominado “Procedimiento para la aprobación de los Estándares de Calidad Ambiental y Límites Máximos Permisibles de Contaminación Ambiental”. Asimismo, el Decreto del Consejo Directivo del CONAM 029-2006-CONAM/CD, de diciembre de 2006, estableció el “Cronograma de Priorizaciones para la Aprobación Progresiva de ECA y LMP”, fijando los plazos límites para elaborar las propuestas por parte de los diversos sectores. El fin de este proceso en 2008, incluye la correspondiente consulta pública y la remisión de los proyectos de normas a la Presidencia del Consejo de Ministros para su aprobación vía Decreto Supremo<sup>33</sup>.

No está de más señalar que como la legislación ambiental peruana está todavía en formación, se hace necesario, para algunos casos específicos de proyectos de inversión, el recurrir a estándares aceptados en otras jurisdicciones o por algunos organismos internacionales de reconocido prestigio en asuntos ambientales. Para ello, la Ley General del Ambiente dispuso que mientras no se hayan fijado los ECA y los LMP junto con sus estándares y parámetros de control, deben ser de uso referencial aquellos establecidos por organismos internacionales como la Organización Mundial de la Salud (OMS)<sup>34</sup>. En este supuesto, el recientemente creado Ministerio del Ambiente, en coordinación con el ministerio del sector que para cada caso pudiera corresponder, puede autorizar el uso de un estándar internacional. Y una vez aprobado, éste es exigible de la misma manera que lo son aquellos aprobados por una norma legal peruana. Cabe, además, recordar que en el caso de nuevas operaciones industriales que deben contar con la aprobación de un estudio de impacto ambiental, este instrumento de gestión sirve también como medio de incorporación de estándares ambientales para aquellos parámetros no contemplados en nuestra legislación.

## VII. PRIMERO CIENCIA, LUEGO LA LEY

La naturaleza no obedece a jurisdicciones territoriales ni a distinciones legales; ella sólo obedece –por decirlo de manera figurativa– a la ley de la gravedad. Por eso, es indispensable que en toda gestión ambiental la aprobación de las normas ambientales esté precedida de análisis basados en criterios científicos. Hasta que no exista una verdadera base científica sobre la que se sustente el Estado en la aprobación de normas ambientales, los ciudadanos no podremos estar seguros de la eficacia de las acciones de la autoridad en la protección del ambiente que nos rodea. Es más, sin ciencia que sustente la actividad legal ambiental, la iniciativa privada seguirá, en algunos casos, sujeta al arbitrio de la autoridad administrativa que podrá seguir tomando decisiones sólo en base a criterios coyunturales.

<sup>31</sup> Referirse a la Ley 28611, artículos 31.4 y 32.

<sup>32</sup> Para mayores detalles sobre la naturaleza y aplicación de los límites máximos permisibles en el Perú y su vinculación con la calidad ambiental, referirse a nuestro artículo “El Rol de los Límites Máximos Permisibles en la Regulación Ambiental y su Aplicación en el Perú”. En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa* 65. Año XXIII. Lima. 2008.

<sup>33</sup> Detalles de este proceso y una crítica acertada al mismo aparece en: LANEGRA, Iván. “El (Ausente) Estado Ambiental”. Lima. 2008. p. 133 y siguientes.

<sup>34</sup> Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley General del Ambiente, Ley 28611.

Únicamente sobre la base de ciencia se podrán identificar los verdaderos problemas ambientales del país y, de esa manera, definir prioridades ciertas para el destino de los recursos estatales escasos y para la acción de las autoridades en lo que a la conservación del ambiente y de los recursos naturales respecta. Establecer estas prioridades es un tema de la agenda pendiente del Estado respecto a la gestión ambiental. Sin ciencia ni información, no es posible llevar a cabo ningún tipo de gestión; es más, de la calidad de la información depende la calidad de la gestión ambiental pública y el logro de sus objetivos. El Estado requiere conocer las fuentes potenciales y actuales de contaminación, así como los tipos de contaminantes.

El Sistema Nacional Información Ambiental, SINIA<sup>35</sup>, cuyo rol director corresponde hoy al Ministerio del Ambiente, debe integrar esta información. Los quince años de experiencia peruana en materia de regulación ambiental han demostrado que una mala gestión ambiental pública, que no cuenta con información validada científicamente, sirve para poco. Un paso formal en este sentido ha sido dado por la Ley General del Ambiente al disponer que el SINIA se constituya en una red de integración tecnológica, institucional y técnica para facilitar la sistematización, el acceso y la distribución de la información ambiental, así como el uso e intercambio de información para los procesos de toma de decisiones y de la gestión ambiental<sup>36</sup>. Este sistema será un sustento muy importante para el proceso de revisión de los parámetros de contaminación ambiental con el fin de determinar nuevos niveles de calidad, aplicando siempre el criterio de gradualidad a través de ajustes progresivos a los mismos, según lo establece el artículo 33.4 de la misma ley.

### VIII. LA INDUSTRIA Y LOS ESTÁNDARES AMBIENTALES

La Ley General del Ambiente ha establecido que el ejercicio de los derechos de propiedad y de la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria está sujeto a las limitaciones que establece la ley en resguardo del ambiente. Precisa, además, que todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impac-

tos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades, incluyendo los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión. Pero además, la ley dispone que el titular de operaciones debe adoptar medidas de conservación y protección ambiental que correspondan en cada una de las etapas de sus operaciones, agregando que los estudios para proyectos de inversión cuya ejecución pueda tener impacto en el ambiente deben considerar los costos necesarios para preservar el ambiente de la localidad en donde se ejecutará el proyecto y de aquellas que pudieran ser afectadas por éste. Y, para ser más precisos, establece como una tarea del Estado el promover que los titulares de operaciones adopten sistemas de gestión ambiental acordes con la naturaleza y magnitud de sus operaciones, con la finalidad de impulsar la mejora continua de sus niveles de desempeño ambiental<sup>37</sup>.

En atención a las normas mencionadas en los párrafos precedentes, podemos advertir que la Ley General del Ambiente no restringe el ejercicio por parte de los particulares de sus actividades económicas. En efecto, esta ley sólo establece como límite el respeto de las normas ambientales que sean aplicables de acuerdo con el tipo de actividad que se pretenda desarrollar, así como la adopción de las medidas de carácter preventivo que sean necesarias para mitigar los impactos ambientales negativos que sus actividades pudieran generar. En muchos casos, por las particularidades de determinadas operaciones industriales, las empresas ponen en práctica instrumentos de gestión ambiental no exigidos por la legislación peruana, pero que son necesarios para la viabilidad de sus proyectos. Tal es el caso, por ejemplo, de la adquisición de tecnologías más eficientes, de los programas de monitoreo conjuntos con representantes de los ciudadanos vecinos a las operaciones, así como el de los mecanismos voluntarios de entrega de información a la población local, entre otros.

Los estándares ambientales, entre los que se encuentran los ECA y los LMP, como instrumentos de gestión ambiental de regulación directa que son, forman parte del piso mínimo de supuestos de conducta establecido por la legislación y que

<sup>35</sup> EL SINIA, aunque mencionado en el artículo 35 de la Ley General del Ambiente, aún no tiene existencia práctica. Esperamos que la creación del Ministerio del Ambiente impulse su puesta en marcha.

<sup>36</sup> Ley General del Ambiente, artículo 35.1.

<sup>37</sup> Ley 28611, artículos 6, 74, 75 y 76.

debe ser respetado por quienes desarrollan actividades que pueden tener un impacto sobre el ambiente. Con lo cual no se debe desarrollar una actividad industrial trasgrediendo este piso mínimo. Lo singular en el Derecho Ambiental es que el supuesto de este piso mínimo no puede estar determinado para todos los casos. Es ahí donde los instrumentos de evaluación ambiental previa, y especialmente el Estudio de Impacto Ambiental, cumplen un papel fundamental, al generar compromisos específicos entre el administrado y el Estado.

Por otro lado, la autoridad ambiental competente puede establecer y aprobar un PAMA para facilitar la adecuación de una industria 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 correspondan<sup>38</sup>. De esta referencia se debe entender que el PAMA puede aplicarse tantas veces como se aprueben obligaciones ambientales nuevas que demanden la adecuación de una actividad económica; tal es el caso del establecimiento o modificación de un LMP. Es decir, se debe entender que éste es un instrumento de gestión ambiental distinto al PAMA que se aprobó en la década de los noventa para algunos sectores productivos y que se pensó que eran de aplicación por única vez.

#### IX. LA EXIGENCIA DE CUMPLIR CON LOS LÍMITES MÁXIMOS PERMISIBLES SI TIENE EXCEPCIONES

Finalmente, queremos volver a hacer referencia al artículo 32 de la Ley General del Ambiente, el cual define al LMP como "la medida de la concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente (...)"<sup>39</sup>. Hemos

subrayado la última frase porque de su interpretación literal y de una interpretación sistemática del mismo con las normas de rango constitucional y legal antes referidas, concluimos que si el vertimiento o emisión de un titular excede un LMP aplicable, pero no causa o no puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente, tal LMP no podrá ser exigido por la autoridad en ese caso concreto. Teniendo en cuenta el Principio de Razonabilidad, hay que recordar que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando establezcan restricciones a los administrados, deben mantener la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido<sup>40</sup>. A propósito de este principio, Morón Urbina comenta que "la autoridad al decidir el tipo de gravamen a emitir o entre los diversos grados que una misma sanción puede conllevar, no tiene plena discrecionalidad para la opción, sino que debe optar por aquella que sea proporcional a la finalidad perseguida por la norma legal"<sup>41</sup>. Tal finalidad, en el caso de los LMP, es proteger la salud de las personas y al ambiente; por lo tanto, si un vertimiento o emisión no causa o no puede causar daños, aun excediendo un LMP, no es razonable la actuación de la administración al exigir el cumplimiento innecesario de ese LMP.

Para estos casos en que la ciencia es la fuente y criterio para la toma de una decisión, la autoridad ambiental competente, en virtud del Principio del Debido Procedimiento Administrativo<sup>42</sup>, debe al menos permitir a los administrados intentar demostrar que un efluente o emisión, a pesar de exceder un LMP, no causa daño alguno a la salud, al bienestar humano y al ambiente. La autoridad está en la obligación de evaluar el pedido y tomar una decisión sobre el particular.

Por lo tanto, a la luz de la definición de LMP contenida en la Ley General del Ambiente, la negativa de la autoridad administrativa a evaluar la solicitud del administrado para que no se le aplique determinado LMP porque no está causando un daño

<sup>38</sup> Ley 28611, artículo 26.1.

<sup>39</sup> Dicho artículo también señala que "su cumplimiento es exigible legalmente por la respectiva autoridad competente. Según el parámetro en particular a que se refiera, la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos".

<sup>40</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, artículo IV, 1.4

<sup>41</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General". Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica. p. 32.

<sup>42</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, artículo IV, 1.4. "Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo".

ambiental a pesar de excederlo<sup>43</sup>, afectaría los derechos constitucionales de éste, tales como el debido proceso<sup>44</sup> y la libertad de empresa<sup>45</sup>. Por lo tanto, podrían ser invocados en sede administrativa y, agotada ésta, en el Poder Judicial, vía el proceso contencioso administrativo, o, incluso, en un proceso constitucional de amparo, si se considera que esta última es la única vía idónea para proteger tales derechos.

Del mismo modo, si una norma legal establece que los LMP son de cumplimiento obligatorio en todos los casos, cerrando toda posibilidad de que el administrado pruebe que su vertimiento o emisión no genera un daño a pesar de exceder los LMP, sería una norma que igualmente podría infringir derechos constitucionales como la libertad de empresa. Ante esto, el administrado podría demandar en un proceso de amparo que se le inaplique tal norma a su caso concreto<sup>46</sup>.

## X. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El “Grupo de Trabajo Multisectorial para la preparación del Ministerio del Ambiente” –en el punto 34, sección “Gestión ambiental moderna y eficiente” del documento “Diagnóstico Ambiental del Perú”, dado a conocer en febrero de 2008–, ha señalado que “es importante concertar y establecer los ECA y los LMP para las actividades productivas y vigilar su cumplimiento estricto. Si un sector determinado es renuente a establecer los LMP la Autoridad Ambiental Nacional deberá

imponer los estándares convenientes para garantizar la eficiencia ambiental”. Ahora que contamos con un Ministerio del Ambiente y que el tema ambiental tiene un sillón en el Consejo de Ministros, ya estaríamos en aptitud de empezar a definir una política ambiental real. Lo importante, entonces, es que al definir esta política también se definan los indicadores de resultados. Esto será especialmente relevante cuando el Ministerio del Ambiente dirija el proceso de elaboración y revisión de los ECA y LMP, antes de remitirlos en un proyecto de Decreto Supremo a la Presidencia del Consejo de Ministros.

La discusión actual relativa a los temas ambientales peruanos debe girar alrededor de la ciencia y no de la percepción o del conflicto. No corresponde a las normas legales determinar qué es contaminar, sino a las ciencias de la naturaleza. Además, tal definición es relativa al lugar, oportunidad y condiciones de cada caso específico. Es evidente que en materia ambiental, cuando la legislación va más allá de su campo lógico, no sólo puede hacer ineficaz al Derecho, sino también convertirse en obstáculo para una real protección ambiental. Por eso, y teniendo en cuenta los fundamentos teóricos expresados arriba, las autoridades ambientales competentes deben reconocer al administrado el derecho de sustentar las razones para obtener una excepción al cumplimiento de los LMP, haciéndose necesario que se aprueben normas expresas que establezcan los criterios que la autoridad pueda aplicar caso por caso.

<sup>43</sup> Ya sea por la capacidad de asimilación del cuerpo receptor, el análisis del nivel de toxicidad de la sustancia a verter y su dilución en el ambiente, el tipo de proceso industrial, la calidad ambiental del área, etcétera.

<sup>44</sup> Constitución Política del Perú, artículo 139.3

<sup>45</sup> Constitución Política del Perú, artículo 59.

<sup>46</sup> Ver: Código Procesal Constitucional, artículo 3.