

Informe legal N° 062-2021/SPDA

Dictamen del Proyecto de Ley N° 202/2016-CR que propone la “Ley que declara de necesidad pública y preferente interés para la región Loreto la ejecución del proyecto carretero Requena – Genaro Herrera – Angamos”

Mayo, 2021

I. Antecedentes

La Sociedad Peruana de Derecho Ambiental – SPDA presenta este informe legal a fin de analizar el contenido del Dictamen recaído en el Proyecto de Ley N° 202/2016-CR que propone la “Ley que declara de necesidad pública y preferente interés para la región Loreto la ejecución del proyecto carretero Requena – Genaro Herrera – Angamos”, en adelante el “Proyecto de Ley”, presentado por el Grupo Parlamentario “Fuerza Popular”, a iniciativa de la Congresista de la República Patricia Donayre Pasquel.

El Proyecto de Ley, tiene por objetivo disponer mediante un artículo único, la declaración de interés nacional del “Mejoramiento y construcción de la carretera Genaro Herrera - Colonia Angamos (Frontera con Brasil), departamento de Loreto), promoviendo el desarrollo de fronteras e integración fronteriza al ser una política de Estado con la participación de los tres niveles de gobierno.

II. Base jurídica revisada

- Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley N° 29763
- Ley General del Ambiente, Ley N° 28611
- Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Ley N° 28245
- Ley de Áreas Naturales Protegidas, Ley N° 26834
- Decreto Supremo N° N° 038-2001-AG, Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas
- Decreto Supremo N° 018-2015-MINAGRI, Reglamento para la Gestión Forestal
- Decreto Supremo N° 004-2017-MTC, Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes

III. Conclusiones y recomendaciones

Desde la SPDA presentamos nuestra opinión desfavorable frente al Proyecto de Ley bajo análisis y recomendamos que sea desestimada su aprobación. Consideramos que la aprobación de proyectos de este tipo desnaturaliza la naturaleza preventiva del marco

normativo ambiental, al intentar regularizar actividades y proyectos que actualmente transgreden el marco legal vigente, y pretenden formalizar omisiones a diversas obligaciones ambientales que debieron tramitarse oportunamente, lo que generaría un incentivo perverso para que se dinamicen mayores irregularidades.

IV. Opinión legal

4.1. Sobre complejas implicancias de las leyes declaratorias de interés nacional o de necesidad pública

Antes de analizar concretamente el dictamen objeto de la presente opinión legal, resulta necesario llamar la atención sobre las prácticas recurrentes que se han dado en iniciativas legislativas durante los últimos años, referidas específicamente a las declaratorias de interés nacional o de necesidad pública en relación a proyectos de inversión en infraestructura o industrias extractivas.

Sobre el particular, resulta necesario mencionar que la Constitución Política del Perú, en sus Artículos 70° y 71° introduce la categoría de necesidad pública, mientras que en los Artículos 63° y 118° el concepto de interés nacional, sin establecer una definición de lo que debe entenderse por estas expresiones. Al respecto, el Ministerio de Justicia, mediante Informe N° 036-2013-JUS/DNAJ, dio determinados alcances, al establecer que estas categorías deberán tener como objetivo el bienestar de la sociedad y reconducir a la satisfacción de los derechos fundamentales, lo cual tendrá como fin último la protección de la dignidad de la persona humana, atendiendo a los siguientes parámetros:

- Que su contenido esté vinculado al bien común.
- Que se contribuya a la realización de la dignidad humana.
- Que se fortalezcan los principios democráticos y la convivencia pluralista.
- Que permita evaluar otros dispositivos normativos que contengan derechos y deberes constitucionales, así como legales.
- Que integre un proceso de toma de decisión y sea materializado por los entes competentes del Estado.

Como se puede observar, los parámetros expuestos también se refieren a consideraciones generales sin mayor desarrollo normativo e interpretativo de lo que implicaría cada uno de estos, ni de los supuestos a los que se encontrarían sujetos, pero ello no implica bajo ningún supuesto que estas figuras jurídicas puedan utilizarse deliberadamente ni debería emanar de

una actuación arbitraria, sino, por el contrario, siempre debe de una actuación debidamente amparada en criterios técnicos y jurídicos que deberán quedar plasmados en la respectiva exposición de motivos.

Por otro lado, debe señalarse que el informe señalado líneas arriba colige que este tipo de declaratorias han podido generar una serie de efectos, siendo el Estado quien deberá cumplir una serie de obligaciones que devienen en resultados cuantitativos y cualitativos:

- A nivel cuantitativo: para la ejecución de las prestaciones estatales, resultaría necesario que se autorice una transferencia de partida presupuestal para el sector correspondiente.
- A nivel cualitativo: se buscaría procurar mejorar progresivamente la calidad de vida de los ciudadanos, lo cual deviene en brindar un mayor bienestar a la sociedad.

Por tanto, las declaratorias de interés nacional o de necesidad pública no se limitarían solo a “declarar” la ejecución de un proyecto o actividad, sino que su aprobación de por sí ya podría generar una serie de efectos jurídicos y la restricción o afectación de derechos fundamentales. En atención a ello, consideramos que la priorización de proyectos de inversión en infraestructura e industrias extractivas debe transitar por un cuidadoso análisis técnico y responder a una ponderación equitativa de elementos sociales, económicos, culturales y ambientales en el seno de las autoridades técnicas competentes, no siendo la vía legislativa la vía idónea para dinamizar estas iniciativas y menos aún sin la solidez técnica que la intervención en los territorios demanda.

Un caso concreto que resulta particularmente importante dar a conocer, y que confirma lo dicho anteriormente, es por ejemplo el Decreto Legislativo N° 1192, Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de Interferencias, cuyo marco normativo vinculado a estos temas establece que, de existir necesidad pública, se podrían realizar expropiaciones. Y además, en su sexta disposición complementaria final, declaró de interés nacional y necesidad pública la instalación de infraestructura necesaria en el subsuelo para la ejecución de proyectos u obras declaradas de necesidad pública, interés nacional, seguridad nacional y/o de gran envergadura. Esta declaración por sí sola pone en relieve la necesidad de impulsar desde el Estado ciertas medidas y aunque no habilita automáticamente a la dinamización de una acción o proyecto por parte del Estado resulta peligroso para el sistema sino se llegan a evaluar los elementos e impactos centrales.

El Tribunal Constitucional peruano ha emitido algunas referencias a interés público señalando que “*el interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa*”¹. Sin embargo, aún teniendo esta referencia al bien común que persiguen estas declaratorias tenemos que no termina de establecerse qué debe interpretarse por beneficio o interés general o aún peor no se establecen los criterios para delimitar la generalidad que esta terminología supone o cómo podrá en el caso concreto reducirse los niveles de discrecionalidad de la autoridad.

Aunque la razonabilidad es un principio que orienta la actuación del Estado en todas sus dimensiones sigue siendo un criterio orientador para el legislador. En cualquier caso la discrecionalidad no implica arbitrariedad y es por ello que para casos como la definición de viabilidad y relevancia pública de un proyecto de inversión, se requiere que esta decisión transite por un debido análisis técnico que en proyectos de ley como los de priorización de carreteras no se viene satisfaciendo solo como ejemplo.

De hecho la priorización de proyectos concretos bajo el uso de estas categorías jurídicas genéricas que no han tenido un adecuado desarrollo exhaustivo a nivel reglamentario ni jurisprudencial no deberían promoverse indiscriminadamente, en tanto que podrían validar la afectación futura de otros derechos fundamentales de forma mediata o inmediata, como el de propiedad comunal, territorialidad indígena, o en general derechos ambientales. Incluso, las declaratorias de interés han servido de antesala legal para encaminar procesos de flexibilización de estándares ambientales que eximen a los proyectos de obtener la certificación ambiental por ejemplo.

Al respecto, Al respecto, Tomás Ramón Fernández² señala:

“La administración puede elegir ciertamente el trazado de la nueva carretera que mejor le parezca: el más barato y el más sencillo técnicamente, el que cause un menor impacto ecológico, el que produzca un trastorno menor de la vida social, el más corto, el que más rentabilice la inversión por su mayor capacidad de absorber un tráfico más abundante, el que redima del aislamiento a mayor número de núcleos de población, etc. Optar por uno o por otro es su derecho, pero razonar el por qué de su elección es su deber, su

¹<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html#:~:text=El%20inter%C3%A9s%20p%C3%BAblico%20tiene%20que,inter%C3%A9s%20general%20de%20la%20comunidad.&text=Consequentemente%2C%20el%20inter%C3%A9s%20p%C3%BAblico%20es,estatal%20y%20un%20concepto%20jur%C3%ADdico.>

² De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario, Revista española de Derecho Administrativo, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 080, octubre - diciembre de 1993.

inexcusable deber. El mero «porque sí» está constitucionalmente excluido, como lo está la nada infrecuente apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto.» (énfasis nuestro)

En la línea de lo señalado por el profesor Tomás Ramón Fernández este debe se extiende por sobre todo al legislador.

Por otro lado, la aprobación de este tipo de normas puede resultar incompatible con la labor programática que el Poder Ejecutivo en sus tres niveles de gobierno debe liderar a través de idóneos procesos de planeamiento y sus instrumentos de planificación ya que la mirada proyecto a proyecto no permite realizar una adecuada evaluación de las implicancias sinérgicas y acumulativas de las intervenciones que se autorizan mediante leyes del Congreso.

4.2. Sobre la aprobación del Dictamen que propone la declaración de necesidad pública y preferente interés nacional la ejecución del Proyecto Genaro Herrera – Colonia Angamos

Como hemos mencionado, el Dictamen propone que la declaración de necesidad pública y preferente interés nacional del mejoramiento y construcción de la carretera Genaro Herrera - Colonia Angamos, la cual se encuentra próxima a la frontera con Brasil, constituyendo este el único artículo propuesto.

Sobre el particular, es preciso indicar que este proyecto de ley data del año 2016, y que los informes presentados por las diversas entidades (Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Ministerio de Economía y Finanzas y el Gobierno Regional de Loreto) tienen una antigüedad de aproximadamente 5 años, por lo que los argumentos sustentados en ellos no corresponden con el estado actual en el que se encuentra dicha ruta al día de hoy. Adicionalmente, considerando las particularidades geográficas de dicha ruta, deben considerarse los aportes de otras entidades clave, como el Ministerio de Cultura y el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado debido a la presencia de territorios de comunidades nativas y áreas naturales protegidas en zonas adyacentes a dicha ruta lo cual se detallará más adelante.

En primer lugar, resulta necesario conocer el estado en el que se encuentra este proyecto, esto es, si han habido avances con relación a su ejecución, toda vez que de ser así, la aprobación de un proyecto de este tipo carecería de sustento. En ese sentido, es importante mencionar que actualmente, dicha ruta (delimitada por la Ruta departamental LO-105) ha registrado avances, referidos a su mantenimiento.

Así, por ejemplo, el 06 de diciembre de 2017, mediante Acuerdo de Consejo Regional N° 054.2017-SO-GRL-CRL, se autorizó al Gobierno Regional de Loreto la suscripción (renovación) del Convenio propuesto por PROVÍAS DESCENTRALIZADO para la formulación y evaluación del Proyecto “Mejoramiento y Construcción de la Carretera Jenaro Herrera – Colonia Angamos (Frontera con Brasil) departamento de Loreto”.

Posteriormente, mediante Resolución Directoral N° 056-2018-MTC/21, se aprueba la modificación del Plan Anual de Contrataciones de PROVÍAS DESCENTRALIZADO, correspondiente al año 2018, en donde se incluyen 29 procedimientos de selección, dentro de los cuales se encuentra un proyecto relacionado a esta ruta, a fin de que se realice el Estudio Definitivo (Extensión total 97.402 km).

Y finalmente, mediante Código Único de Inversiones N° 2327139, con fecha de registro 25 de enero de 2018, se aprobó el Proyecto de Inversión Pública “MEJORAMIENTO Y CONSTRUCCION DE LA CARRETERA JENARO HERRERA - COLONIA ANGAMOS (FRONTERA CON BRASIL), DISTRITO DE JENARO HERRERA - PROVINCIA DE REQUENA - REGIÓN LORETO”, declarándose viable el 05 de febrero de 2018. El monto de inversión actual al que asciende es de S/175,976,200.29 soles por parte de Provías Descentralizado.

Considerando ello, el avance financiero real, al mes de mayo de 2021, asciende a S/. 733,256.17 soles, habiéndose programado que para fines de 2021, se ejecute un monto de S/. 4,875,784.00; para el año 2022, S/103,957,207.00; para el 2023, S/34,652,402.00; y para el 2024, S/34,652,403.00³. Asimismo, se considera que la aprobación del expediente técnico de este proyecto se realice durante el mes de julio⁴.

Es decir, la presente ruta objeto de análisis en el presente dictamen ya cuenta con un proyecto de inversión con programación presupuestal que ya se encuentra ejecutándose.

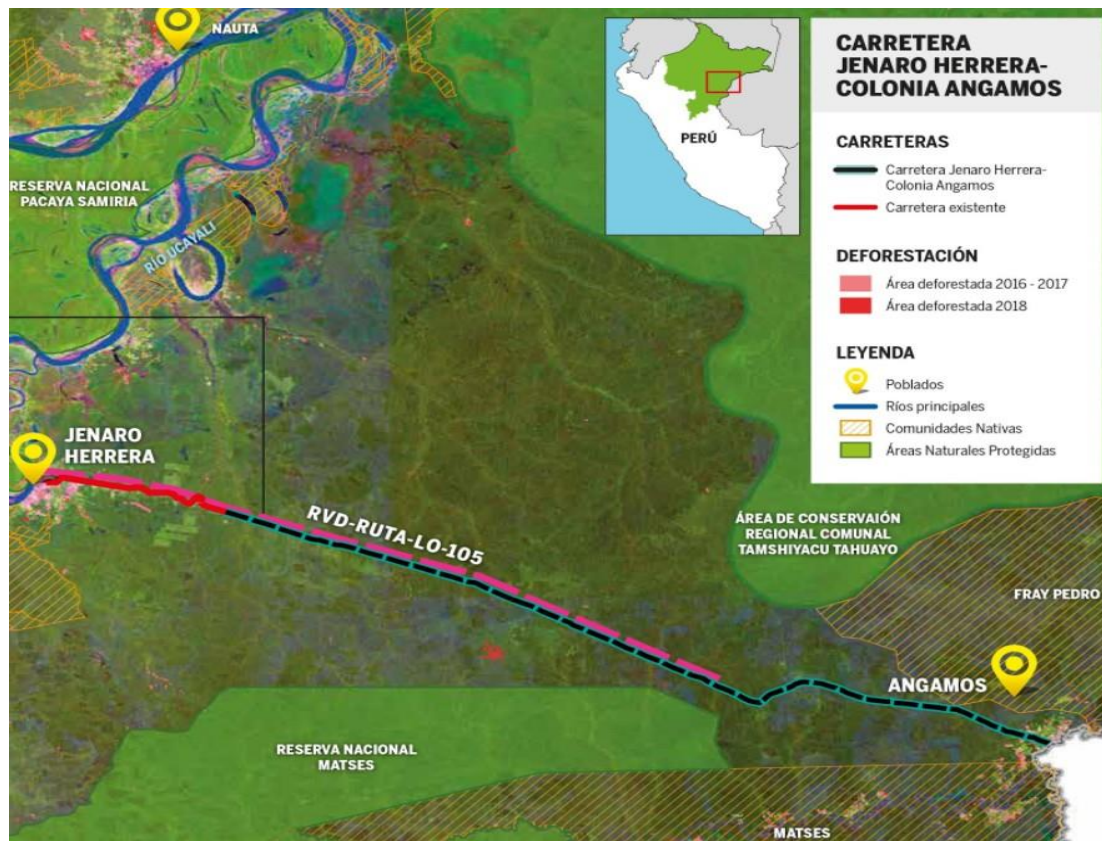
4.3. Sobre los hallazgos ambientales y sociales de la SPDA vinculados a la ruta LO-105

La ruta departamental delimitada por el código LO-105 ha sido objeto de avances con relación al mantenimiento de los primeros kilómetros de la vía, y ya se ha detectado la existencia de puntos de deforestación desde el 2016 al 2018 detectados por el Programa Nacional de Conservación de Bosques para la Mitigación del Cambio Climático, tal como se

³ <https://ofi5.mef.gob.pe/invierte/seguimiento/verFichaSeguimiento/2327139>

⁴ <http://ofi5.mef.gob.pe/repseguim/proyinv20.html?codigo=142612>

puede observar en la siguiente imagen⁵, esto significa una primera alerta, pues al 2019 los registros reflejan un ascenso en la data de 134.6 mil hectáreas de superficie deforestada, siendo uno de los principales drivers la instalación de carreteras, algo usual cuando los proyectos se gestan sin una planificación oportuna, participativa y sin una mirada de gestión del paisaje:



Como se puede observar, al inicio del tramo de Jenaro Herrera y a mitad del camino se han detectado puntos de deforestación, los cuales se encuentran en zonas adyacentes al tramo ya existente, quedando solo una sección de la ruta por aperturar. Asimismo, existen territorios de comunidades nativas tanto al inicio como al final del trayecto (Fray Pedro y Matsés).

⁵ Actualidad Ambiental. [Ficha] Loreto: ¿Cuáles son los posibles impactos socioambientales de la carretera Jenaro Herrera-Colonia Angamos?

Fuente:

<https://www.actualidadambiental.pe/publicacion-cuales-son-los-posibles-impactos-socioambientales-de-la-carretera-jenaro-herrera-colonia-angamos/>

Es importante mencionar, que el referido tramo también se proyecta sobre territorios de pueblos indígenas y comunidades nativas, como la comunidad nativa Fray Pedro o Matsés, y estaría integrando en sus zonas adyacentes al área que comprende la solicitud para la creación de la Reserva Indígena Yavarí Mirim.

Por tanto, correspondería realizar el proceso de consulta previa libre e informada a los comunidades y pueblos indígenas adyacentes y que se verán afectados por esta medida, puesto que con ésta se estaría promoviendo una grave afectación a los derechos colectivos de estos pueblos considerando que la referida carretera resulta ser un asunto que atañe directamente al desarrollo de su vida, vida que se vería afectada no solo en el manejo de sus territorios, sino también en el manejo de su identidad cultural y que podría ser irremediable ya que su construcción constituye una puerta abierta para un sin número de amenazas a su territorio y a sus formas de vida.

La medida, estaría vulnerando el Artículo 61 del Convenio 169 de la OIT y el Artículo 2º de la Ley de Consulta Previa, Ley N° 29785, las cuales no señalaban excepción alguna al mandato de consulta previa de cualquier medida que afecte a los pueblos indígenas. Asimismo, frente a la vulnerabilidad a la que estarían expuestas las poblaciones PIACI por los impactos futuros de la carretera, se transgrediría el artículo 4º de la Ley N° 28736, Ley PIACI, la cual concreta la obligación del Estado de protegerlos.

Por otro lado, también se podrían encontrar impactadas la Reserva Nacional Matses y el Área de Conservación Regional “Comunal Tamshiyacu Tahuayo”, siendo que los usos y actividades que se desarrollen sobre éstas deben ser compatibles con sus objetivos de su creación⁷. Es importante mencionar el Decreto Supremo 005-2018-MTC que establece disposiciones aplicables a los proyectos de infraestructura vial y para la actualización y/o modificación del Clasificador de Rutas del Sistema Nacional de Carreteras – SINAC, dispone excluir, de conformidad con la legislación vigente, las rutas y/o tramos viales proyectados, cuya trayectoria comprenda reservas nacionales y comunales, bosques de protección, reservas paisajísticas y zonas de amortiguamiento que no cuenten con la emisión de compatibilidad por parte del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - Sernanp.

⁶ Decreto Supremo N° 002-2018-MC que declara el reconocimiento de los pueblos indígenas matsés, matis, korubo o kulina pano y flecheiro (tavakina) en situación de aislamiento, del ámbito de la solicitud para la creación de la Reserva Indígena Yavarí Mirim.

⁷ Para una mejor visualización de cuál podría ser la ruta que se promueve mediante este Dictamen, se adjunta en calidad de anexo una proyección de esta para determinar su ámbito de influencia.

En ese sentido, se requieren las opiniones técnicas del Ministerio de Cultura (para el caso de la posible afectación a comunidades nativas), así como del Sernanp en relación a la Reserva Nacional a fin de definir la viabilidad del presente Dictamen, así como nuevos pronunciamientos de las entidades ya consultadas.

Adicionalmente, no se debe dejar de lado las obligaciones ambientales intrínsecas que todo proyecto de infraestructura vial debe cumplir con anterioridad al inicio de cualquier intervención, esto es, la certificación ambiental. Así como la autorización de desbosque para el retiro de cobertura forestal, sin dejar de considerar las demás obligaciones ambientales que se deben de cumplir con anterioridad al inicio de obras, y que son determinadas caso a caso.

Finalmente, un punto fundamental a considerar es la determinación de la ubicación de los componentes principales y auxiliares del proyecto de carretera, el cual debe ser producto de un análisis de alternativas realizado cuando éste se encuentre a nivel de formulación y evaluación. En ese sentido, todos los proyectos de infraestructura vial deberán realizar este análisis a fin de determinar el trazo que implique el menor impacto ambiental posible, el beneficio social o la mitigación de conflictos sociales que se pudieran ocasionar por la construcción de una carretera y el beneficio económico que se pudiera obtener como resultado de su ejecución.

Con relación a la certificación ambiental, de acuerdo con el Artículo 15º del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes y en virtud del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, tenemos que antes de iniciar la ejecución de obras, se debe obtener una Certificación Ambiental de la Autoridad Competente (Ministerio de Transportes y Comunicaciones o Servicio Nacional de Certificación Ambiental para la Inversiones Sostenibles, dependiendo del caso), siendo improcedentes aquellos estudios ambientales presentados con posterioridad al inicio de las obras.

En el caso en concreto, producto de la solicitud de acceso a la información pública presentada por la SPDA, tenemos que dicho proyecto de carretera no contaría con certificación ambiental vigente aprobada mediante Resolución Directoral, conforme a lo señalado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones mediante Memorando N° 1099-2021-MTC/16 cuando señala expresamente que:

- “El expediente del proyecto indicado no cuenta con Resolución Directoral de aprobación, debido a que aún no se concluye con la evaluación correspondiente.”

Similar situación opera para el caso de las autorizaciones de desboque que debieron ser tramitadas, y que consiste en una autorización previa se requiere tramitar ante el Serfor o a la autoridad regional forestal y de fauna silvestre correspondiente. Así como en el caso de la certificación ambiental, desde la SPDA procedimos a requerir información sobre si en dicha ruta se había procedido a aprobar una autorización de desbosque que haya habilitado el retiro de cobertura forestal que conforme a la imagen se puede observar. Sin embargo, mediante Memorando D00355-2021-MIDAGRI-SERFOR-DGGSPFFS, dicha entidad confirmó que no se había aprobado ninguna autorización de desbosque, lo cual se adjunta en calidad de anexo al presente informe.

Por tanto, la ejecución de este proyecto, aún si comprendiese por el momento solo acciones de mejoramiento⁸, no debió haberse ejecutado sin contar previamente con una certificación ambiental ni autorización de desbosque.

4.4. Conclusiones

- Las declaratorias de interés nacional o de necesidad pública no deben utilizarse indiscriminadamente, en tanto que no cuentan con un desarrollo normativo ni jurisprudencial suficiente que permita identificar los supuestos específicos de aplicación a los cuales estaría sujeto. De no hacerlo, se podría afectar la labor programática del Poder Ejecutivo en sus tres niveles de gobierno, además de promover proyectos que no cuentan con una adecuada ponderación de los elementos sociales, ambientales, culturales y económicos. Aún menos las declaratorias de interés deben servir para impulsar la regularización de proyectos que ya se vienen ejecutando.
- La declaración de interés de un proyecto que se está ejecutando sin el cumplimiento previo de obligaciones ambientales como la certificación ambiental o autorización de desbosque desnaturaliza el régimen de protección ambiental establecido en el sector transportes y forestal, e incentiva a que se sigan ejecutando proyectos de carreteras sin el respeto irrestricto por las normas ambientales.

⁸ Así, por ejemplo, la Resolución Ministerial N° 741-2019-MTC/01.02, mediante el cual se aprueban 10 Términos de Referencia para proyectos con características comunes o similares de competencia del Sector Transportes, que cuentan con Clasificación Anticipada contenidos en el Anexo 1 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes.

- El concepto de “declaratoria de interés” para dinamizar proyectos de inversión es una fórmula que desnaturaliza las competencias esenciales del Poder Ejecutivo, quienes son los llamados, por las consideraciones técnicas que el proceso demanda, a priorizar inversiones y establecer la justificación técnica de su promoción en términos de brecha de conectividad a ser atendida, brechas sociales, impacto ambiental diferenciado por superposición con áreas estratégicas, rentabilidad económica y social de los proyectos además de responder a un proceso de planificación estratégica lo suficientemente sólido.
- Finalmente, frente a la aprobación de un nuevo Dictamen, deben considerarse todos estos hallazgos, así como solicitar las respectivas opiniones técnicas a las autoridades competentes (MTC, MINCUL, SERFOR, SERNANP), en tanto que el trazo de esta ruta podría afectar diversos componentes ambientales como sociales esenciales.
- De forma complementaria, se adjunta en calidad de anexo la ficha de proyecto: “Infraestructura Sostenible Loreto: Carretera Jenaro Herrera-Colonia Angamos” con información al 2019.

Contacto:

Carol Mora Paniagua
Directora de Política y Gobernanza Ambiental
cmora@spda.org.pe

Programa de Política y Gobernanza Ambiental
Programa de Biodiversidad y Pueblos Indígenas
Oficina Regional de Loreto
Sociedad Peruana de Derecho Ambiental - SPDA

Anexos:

- Infraestructura Sostenible Loreto: Carretera Jenaro Herrera-Colonia Angamos”.
- Memorando D00355-2021-MIDAGRI-SERFOR-DGGSPFFS
- Memorando N° 1099-2021-MTC/16
- Proyección de la vía que comprendería la ejecución de este proyecto

