

El nuevo
enfoque

de la fiscalización ambiental



ORGANISMO DE EVALUACIÓN
Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL



El nuevo
enfoque
de la fiscalización
ambiental

El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

Primera edición: Diciembre de 2013

Tiraje: 1 000 ejemplares

© Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, 2013

Dirección: Manuel Gonzales Olaechea 247, Lima 27, Perú

Teléfono: (51-1) 717 6079

publicaciones@oefa.gob.pe

www.oefa.gob.pe

Director:

Hugo Gómez Apac

Coordinadora:

Paola Atoche Fernández

Diseño y diagramación:

Ángel Inga Ayala

Jhaqueline Hernández Toro

Carla Ochoa Quisel

Corrección:

Roxana Villalba Garcés

Karina Montoya Guevara

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

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

El texto íntegro de la licencia puede ser obtenido en

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

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

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

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

ISBN: 978-612-4073-28-1

Registro de proyecto editorial: N° 11501311400033

Impreso en EDITORIAL RHODAS SAC

Jirón Varela 1701, Lima 5, Perú

ÍNDICE

Presentación	7
Hugo R. Gómez Apac	
El fortalecimiento de la fiscalización ambiental	
Hugo R. Gómez Apac	
Milagros Granados Mandujano	13
Constitucionalidad de las disposiciones orientadas a fortalecer la fiscalización ambiental contenidas en la Ley N° 30011	
Milagros Granados Mandujano	
Francisco Villa Sotomayor	37
El derecho de acceso a la información pública ambiental	
Luz Orellana Bautista	63
Promoción de la participación ciudadana en la fiscalización ambiental	
Milagros Granados Mandujano	87
El Reglamento de Supervisión Directa	
Delia Morales Cuti	103
Competencia del OEFA en casos de contratos de cesión minera	
Skarley Llanos Buiza	
Jorge Abarca García	123
El nuevo Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador Ambiental	
María Luisa Egúsqiza Mori	
Mercedes Patricia Aguilar Ramos	137
Metodología de Cálculo de Multas como Instrumento de la Fiscalización Ambiental	
Gabriela López Medrano	
Jerico Fiestas Flores	
Oscar Carrillo Verástegui	177
El deber jurídico de restauración ambiental	
Hugo R. Gómez Apac	201

Las medidas correctivas de restauración y compensación ambiental Mauricio Cuadra Moreno Jerry Espinoza Salvatierra	227
El Registro de Infractores Ambientales (RINA) como herramienta de fiscalización ambiental Mario Huapaya Nava Ernesto Soto Chávez	249
La aplicación de la reincidencia en las infracciones ambientales Zaira Ocampos Cano Erick García Cerrón	271
El Tribunal de Fiscalización Ambiental: Promotor de las garantías en la justicia ambiental Hilda Tarazona Triveño José María Mariño Tupia	293
Reglas Generales para el ejercicio de la potestad sancionadora del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA Humberto Zúñiga Schroder	315
Desafíos de la facultad de tipificación de infracciones ambientales a cargo del OEFA Martha Inés Aldana Durán	329
Reglamento del Beneficio de Fraccionamiento y/o Aplazamiento del Pago de Multas impuestas por el OEFA Anmary Narciso Salazar Luz Orellana Bautista Percy Grandez Barrón	355
La Red Universitaria de Capacitación y Educación en Fiscalización Ambiental Erika Bedoya Chirinos	367
Reseña de autores	377

PRESENTACIÓN

El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental

Hugo R. Gómez Apac
Presidente del Consejo Directivo

El presente libro está compuesto por una serie de artículos académicos elaborados por funcionarios y servidores del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), los cuales explican el contenido de un número significativo de los instrumentos jurídicos¹ elaborados durante el último año que expresan el nuevo enfoque de dicha fiscalización, una fiscalización comprometida con la eficiencia, transparencia, justicia, probidad y responsabilidad, valores éticos que guían la actuación de los entes administrativos modernos.

1 Por instrumentos jurídicos nos referimos a:

- (i) La Ley N° 30011, que modificó la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 26 de abril de 2013;
- (ii) Los reglamentos de efectos directos hacia los administrados, como el Reglamento del procedimiento administrativo sancionador, el Reglamento de supervisión directa, el Reglamento del registro de infractores ambientales, el Reglamento para la subsanación voluntaria de hallazgos de menor trascendencia, el Reglamento del reporte de emergencias ambientales, el Reglamento especial de supervisión directa para la terminación de actividades, las Normas que regulan la competencia de las entidades de fiscalización ambiental en los casos de contratos de cesión minera, el Reglamento de fraccionamiento y/o aplazamiento de pago de multas, el Reglamento de notificación de actos administrativos por correo electrónico, la Directiva que promueve mayor transparencia respecto de la información que administra el OEFA, la Directiva para la identificación de pasivos ambientales en el subsector de hidrocarburos y los reglamentos que han aprobado las tipificaciones de infracciones y escala de sanciones relacionadas con:
 - (a) La eficacia de la fiscalización ambiental,
 - (b) El incumplimiento de Límites Máximos Permisibles, y
 - (c) El incumplimiento de las obligaciones contenidas en los Instrumentos de Gestión Ambiental y con el desarrollo de actividades en zonas prohibidas.

La fiscalización ambiental por la que apuesta el OEFA es una cuyo propósito es equilibrar las tensiones propias de la interacción entre el desarrollo de actividades económicas, especialmente la extractiva de recursos naturales, y el derecho que tienen todos los ciudadanos de vivir en un ambiente sano. Es por ello que el nuevo enfoque de la fiscalización ambiental tiene como eje integrador la búsqueda de un adecuado equilibrio entre la promoción de la inversión y la protección ambiental. No se quiere una fiscalización ambiental que signifique un sobre costo, que desincentive la inversión o que afecte la competitividad económica. Como tampoco una fiscalización laxa, tímida, anodina, que aliente el incumplimiento de las obligaciones ambientales. Lo que se busca es una fiscalización eficiente, efectiva y razonable, promotora de la remediación ambiental, auténticamente disuasiva, pero lejos de la arbitrariedad y de la confiscatoriedad.

En la búsqueda de dicho equilibrio, si bien por un lado de la balanza se ha fortalecido el poder disuasivo del OEFA a través del incremento de las multas tope hasta 30 000 UIT² y se ha establecido que los procedimientos de ejecución coactiva para el cobro de las multas solo pueden ser suspendidos si el administrado obligado a su pago obtiene del Poder Judicial una medida cautelar, previo ofrecimiento de contracautela consistente en una garantía real o personal (carta fianza)³; por el otro lado de la balanza se ha regulado la subsanación voluntaria de los hallazgos de

(iii) Los reglamentos de carácter interno, como el Reglamento interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental y el Reglamento del régimen de contratación de terceros evaluadores, supervisores y fiscalizadores del OEFA;

(iv) Las guías normativas, como la Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, los Lineamientos para la aplicación de medidas correctivas de restauración y compensación ambiental, los Lineamientos que establecen criterios para calificar como reincidentes a los infractores ambientales y la Metodología para la calificación del nivel de riesgos de pasivos ambientales en el subsector hidrocarburos; y,

(v) Las Reglas generales para el ejercicio de la potestad sancionadora del OEFA, que contiene disposiciones propias de un reglamento administrativo como disposiciones propias de una guía normativa.

2 Según lo establece en el Literal b del Numeral 136.2 del Artículo 136° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, modificado por la Ley N° 30011.

3 De acuerdo a lo establecido en el Artículo 20°-A de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, incorporado por la Ley N° 30011. Cabe señalar que mediante Decreto Supremo N° 008-2013-MINAM, publicado el 22 de agosto de 2013, se han aprobado disposiciones reglamentarias sobre los alcances de dicho artículo.

menor trascendencia⁴, de modo que frente a un incumplimiento leve, el OEFA primero otorga al administrado la oportunidad de subsanarlo, y solo en caso de persistir el incumplimiento se iniciará el procedimiento sancionador respectivo.

Otro equilibrio se da en el ámbito de la divulgación de información. Ni secretismo, ni excesiva publicidad. Se busca armonizar el derecho que tienen todos los ciudadanos de conocer las acciones que viene realizando el OEFA con el interés de las empresas de mantener en reserva su involucramiento en procedimientos sancionadores durante el período en que estos son confidenciales. Una adecuada interpretación de la Ley de Transparencia y Acceso a Información Pública⁵ permite divulgar resúmenes públicos de las resoluciones confidenciales⁶. Asimismo, sobre la base de lo establecido en la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental⁷, el OEFA puede difundir información técnica y objetiva fruto de las acciones de supervisión, lo que se expresa a través de la emisión de reportes públicos de los informes de supervisión.

También hay equilibrio en los reglamentos administrativos recientemente expedidos que tipifican infracciones y establecen sanciones con relación a la eficacia de la fiscalización ambiental⁸, el incumplimiento de Límites Máximos Permisibles⁹,

4 Cabe señalar que la subsanación voluntaria se encuentra regulada en las siguientes normas jurídicas: (i) el Literal b del Numeral 11.1 del Artículo 11° de la Ley N° 29325, modificado por la Ley N° 30011; (ii) los Artículos 11° y 12° del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA/CD, publicada el 28 de febrero de 2013; y (iii) el Reglamento para la subsanación voluntaria de incumplimientos de menor trascendencia, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD, publicada el 28 de noviembre de 2013.

5 Nos referimos al Artículo 3° y al Numeral 3 del Artículo 17° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806 - Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, en los cuales se establece que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de la información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública.

6 Conforme lo establece la Directiva que promueve mayor transparencia respecto de la información que administra el OEFA, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 015-2012-OEFA/CD, publicada el 28 de diciembre de 2012.

7 Artículo 13°-A de la Ley N° 29325, incorporado por la Ley N° 30011.

8 Aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 042-2013-OEFA/CD, publicada el 16 de octubre de 2013.

9 Aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD, publicada el 13 de noviembre de 2013.

el incumplimiento de las obligaciones contenidas en los Instrumentos de Gestión Ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas¹⁰. Para cumplir con el principio de razonabilidad, las respectivas escalas de sanciones se encuentran revestidas de gradualidad sobre la base de criterios como el riesgo ambiental de los metales o sustancias involucrados (plomo, mercurio, arsénico, cianuro, etc.); el daño real a la vida o salud humana, o a la flora o fauna; el porcentaje de superación de los Límites Máximos Permisibles; el no contar con los títulos habilitantes para el aprovechamiento de recursos naturales; el desarrollo de actividades en áreas o zonas prohibidas para el desarrollo de actividades extractivas, etc.

Adicionalmente a lo anterior, y en salvaguardia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, se ha incorporado el principio de no confiscatoriedad, en virtud del cual la multa a ser impuesta no podrá ser superior al diez por ciento del ingreso bruto anual percibido por el infractor el año anterior a la fecha en que cometió la infracción¹¹.

La búsqueda de equilibrio es una constante en las diferentes actuaciones del OEFA. Impregna su visión, que es garantizar que las actividades económicas se desarrollen en el país en equilibrio con el derecho de las personas a gozar de un ambiente sano. También su misión, que es ejercer y promover una fiscalización ambiental efectiva que armonice el ejercicio de las actividades económicas y la protección del ambiente con el desarrollo sostenible.

10 Aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD, publicada el 20 de diciembre de 2013.

11 Reglas Generales sobre el ejercicio de la potestad sancionadora del OEFA, aprobadas por Resolución de Consejo Directivo N° 038-2013-OEFA/CD, publicada el 18 de setiembre de 2013.-

“DÉCIMA.- Del monto de las multas

- 10.1 En aplicación del principio de no confiscatoriedad, la multa a ser aplicada no será mayor al diez por ciento (10%) del ingreso bruto anual percibido por el infractor el año anterior a la fecha en que cometió la infracción.*
- 10.2 En caso el administrado esté realizando actividades en un plazo menor al establecido en el párrafo anterior, se estimará el ingreso bruto anual multiplicando por doce (12) el promedio de ingreso bruto mensual registrado desde la fecha de inicio de tales actividades.
En caso el administrado no esté percibiendo ingresos, se efectuará la estimación de los ingresos que proyecta percibir.*
- 10.3 La regla prevista en el Numeral 10.1 precedente no será aplicada en aquellos casos en que el infractor:*
- a) Ha desarrollado sus actividades en áreas o zonas prohibidas;*
 - b) No ha acreditado sus ingresos brutos, o no ha efectuado la estimación de los ingresos que proyecta percibir; o,*
 - c) Sea reincidente.*
- 10.4 La imposición de multas administrativas es independiente de la indemnización por daños y perjuicios que se determine en el ámbito jurisdiccional.”*

Bajo este nuevo enfoque de la fiscalización ambiental, asentada en la búsqueda de equilibrios y el ejercicio razonable de la potestad sancionadora del OEFA, se generará una mayor confianza en la población respecto de la función pública de protección ambiental. Esta mayor confianza ayudará a disminuir la conflictividad social, lo que a su vez favorecerá la inversión en el país, para beneficio de todos.

EL FORTALECIMIENTO DE LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

HUGO R. GÓMEZ APAC
MILAGROS GRANADOS MANDUJANO

Sumario

En este artículo se desarrolla el nuevo enfoque de la fiscalización ambiental que el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) está consolidando. Dicho enfoque busca armonizar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa con la protección ambiental. En ese sentido, el OEFA ha implementado una serie de mecanismos dirigidos a garantizar la celeridad de la fiscalización ambiental y una protección ambiental efectiva.

I. Introducción. II. El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental: la búsqueda de equilibrios. III. Mayor transparencia y difusión de las acciones de fiscalización ambiental. IV. Rapidez, eficacia y razonabilidad de la fiscalización ambiental. V. Predictibilidad y razonabilidad en la imposición de multas y medidas correctivas. VI. Promoción de la participación ciudadana en el proceso de aprobación de normas en el OEFA. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo¹ tiene por objeto explicar las medidas adoptadas desde finales de 2012 y durante el 2013 con el objeto de fortalecer la fiscalización ambiental a cargo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), entidad pública adscrita al Ministerio del Ambiente, que ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA) y, al mismo tiempo, desarrolla fiscalización ambiental sobre los administrados que desarrollan actividades económicas en los siguientes sectores: mediana y gran minería, hidrocarburos, electricidad, pesquería (procesamiento pesquero

¹ El presente documento constituye una versión actualizada del artículo que fuera publicado en la *Revista de Economía y Derecho*, número 39. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2013. pp. 43-64.

industrial y acuicultura de mayor escala) e industria manufacturera (cerveza, papel, cemento y curtiembre)².

En sentido amplio, la fiscalización ambiental comprende las acciones de evaluación (monitoreo) de la calidad ambiental, supervisión de las obligaciones ambientales de los administrados (las empresas que desarrollan actividades económicas) y, de detectarse incumplimientos a dichas obligaciones, la tramitación de los respectivos procedimientos sancionadores, imponiendo sanciones y dictando medidas cautelares y correctivas.

El OEFA fue creado en 2008 mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013³, y con el fin de dotarlo de un alto grado de autonomía funcional, dicha disposición le reconoce la naturaleza de organismo público técnico especializado⁴. Básicamente, son dos las competencias generales de esta entidad pública. Por un lado, supervisa que los administrados bajo su ámbito de competencia cumplan las obligaciones ambientales derivadas de la normativa ambiental, de sus instrumentos de gestión ambiental⁵ y de los actos y disposiciones administrativas⁶ emitidas por el propio OEFA. Por el otro, como ente rector del SINEFA, supervisa que todas las entidades de alcance nacional (ministerios), departamental (gobiernos regionales) o local (municipalidades) con competencia en fiscalización ambiental cumplan esta función pública, estando facultado el OEFA para el dictado de normas, directivas, lineamientos y procedimientos de obligatorio cumplimiento por parte de las Entidades de

2 El OEFA viene recibiendo de manera progresiva del Ministerio de la Producción (PRODUCE) la competencia en fiscalización ambiental sobre diversas actividades que comprenden al subsector industria manufacturera. A la fecha de elaboración del presente documento (diciembre de 2013), ya han sido transferidas las mencionadas competencias en los rubros cerveza, papel, cemento y curtiembre.

3 Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, publicado el 14 de mayo de 2008.

4 De conformidad con lo establecido en el Artículo 33° de la Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, los organismos públicos calificados como “técnicos especializados” gozan de un alto grado de independencia funcional.

5 Es el caso de los Estudios de Impacto Ambiental - EIA (semidetallados o detallados), los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental - PAMA, los planes de cierre de actividades, los planes de contingencia, los planes de descontaminación y de tratamiento de pasivos ambientales, etc.

6 Es el caso de las medidas preventivas, los mandatos de alcance particular, las medidas cautelares y las medidas correctivas.

Fiscalización Ambiental (EFA). La supervisión a los administrados es conocida como supervisión directa, mientras que la supervisión a las EFA es entendida como supervisión de segundo piso.

II. EL NUEVO ENFOQUE DE LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL: LA BÚSQUEDA DE EQUILIBRIOS

El Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú reconoce el derecho fundamental que tiene todo ciudadano de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida. Los Artículos 58° y 59° del texto constitucional reconocen otros derechos fundamentales, como la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, claves para el desarrollo económico.

En el OEFA, se viene consolidando un nuevo enfoque de la fiscalización ambiental. Una fiscalización que busca un equilibrio que permita armonizar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa con la protección ambiental, el derecho de desarrollar actividades económicas con el derecho a vivir en un ambiente sano, la promoción de la inversión privada con la protección de los ecosistemas, y que este equilibrio, esta armonía, nos lleve a todos hacia el desarrollo sostenible⁷.

El crecimiento económico es sostenible si logra bienestar tanto en el presente como en el futuro. Solo la explotación responsable (racional) de los recursos naturales permitirá mantener un desarrollo económico de largo plazo, para beneficio de las generaciones presentes y futuras⁸.

El logro de un desarrollo sostenible se ha consolidado como un objetivo fundamental de la política ambiental. Con la finalidad de alcanzar dicho objetivo, en el OEFA se han implementado medidas dirigidas a fortalecer la fiscalización ambiental, las cuales se detallan a continuación.

7 Sobre el particular, el Artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente contempla el principio de sostenibilidad, en virtud del cual *“la gestión del ambiente y de sus componentes, así como el ejercicio y la protección de los derechos (...) se sustentan en la integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo nacional, así como en la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones”*.

8 La estrategia mundial de desarrollo sostenible tiene por objetivo mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos del planeta, lo que se traduce en la progresiva mejora del desarrollo económico y social, a través del uso racional de los recursos naturales, es decir, sin aumentar su utilización más allá de la capacidad de la naturaleza de proporcionarlos. Cf. SUB DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DEL SECTOR EXTERIOR DE ESPAÑA. “Desarrollo Sostenible”. *Boletín Económico de ICE*. España, número 2747, 2002, p. 10.

III. MAYOR TRANSPARENCIA Y DIFUSIÓN DE LAS ACCIONES DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

El acceso a la información ambiental tiene relevancia para la protección del ambiente, pues es esencial para una participación más activa y consciente de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones públicas que inciden sobre el ambiente. Solo si los ciudadanos están bien informados podrán ejercer su derecho de participación de manera efectiva. El que estén mejor informados constituye un elemento clave para el ejercicio de las acciones de tutela administrativa o judicial del ambiente. La información ambiental también contribuye a mejorar la transparencia de la actuación de los poderes públicos y funciona como mecanismo de control de estos⁹.

Teniendo en consideración lo antes expuesto, el nuevo enfoque de fiscalización ambiental busca una mayor difusión de la información que administra el OEFA, pero con equilibrio, con ponderación. Ni secretismo, ni excesiva publicidad. Se busca un equilibrio entre los intereses en juego, entre el interés público atendido con la divulgación de la información y el interés privado protegido por la no revelación.

El Artículo 3° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806 - Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública¹⁰ establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas en dicha Ley. Precisamente el Numeral 3 de su Artículo 17° regula uno de los supuestos de excepción, estableciendo que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de la información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, en cuyo caso la exclusión del acceso termina cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida o cuando transcurren más de seis (6) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final.

Una interpretación restrictiva del Numeral 3 del Artículo 17° del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública podría inducirnos a considerar, equivocadamente, que no se puede divulgar, difundir o publicitar información alguna que posee el OEFA. Como dicha ley califica de información confidencial lo vinculado a los procedimientos sancionadores, y lo

9 Cf. CASADO, Lucía. “El acceso a la información ambiental en España: luces y sombras”. *Derecho PUCP*. Lima, número 70, 2013, pp. 242-243.

10 Aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, publicado el 24 de abril de 2003.

que el OEFA hace es precisamente tramitar procedimientos sancionadores, no solo estos procedimientos, sino también las investigaciones preliminares a dichos procedimientos, las que conocemos como actividades de evaluación y supervisión, calificarían íntegramente como confidenciales, lo que restringiría el derecho de los ciudadanos de conocer las acciones que se están realizando para proteger el ambiente.

No obstante, tampoco se trata de publicitar toda la información vinculada a los procedimientos sancionadores, pues ello no solo iría contra la naturaleza confidencial de dicha información, sino que podría afectar la imagen de las empresas investigadas. De ahí la necesidad de encontrar un adecuado equilibrio entre el derecho que tienen los ciudadanos de conocer las actividades del OEFA y el derecho de las empresas investigadas de que se mantenga en reserva los procedimientos sancionadores en los que son parte.

Para lograr dicho equilibrio, en diciembre de 2012 se publicó la “Directiva que promueve mayor transparencia respecto de la información que administra el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA”¹¹, la cual establece que el OEFA puede publicitar resúmenes públicos de la información confidencial. Así, respecto del Informe de Supervisión Directa¹², lo que se publicita es el Reporte Público del Informe de Supervisión Directa, documento de carácter público que

11 Directiva N° 001-2012-OEFA/CD, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 015-2012-OEFA-CD, publicada el 28 de diciembre de 2012.

12 El Literal g) del Artículo 5° del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA/CD, publicado el 28 de febrero de 2013, define al Informe de Supervisión Directa como el documento que contiene el análisis de las acciones de supervisión directa, incluyendo la clasificación y valoración de los hallazgos verificados y los medios probatorios que sustentan dicho análisis. El Numeral 10.1 del Artículo 10° de dicho Reglamento establece que el Informe de Supervisión Directa derivado de una supervisión de campo deberá contener lo siguiente:

- a) Objetivos de la supervisión;
- b) Instalaciones materia de supervisión directa;
- c) Matriz de verificación ambiental, la cual contendrá la constancia de cumplimientos ambientales y los hallazgos de campo, y los que se encuentren en el posterior análisis realizado por el Supervisor, en caso corresponda. Para ello se deberá adjuntar el medio probatorio que demuestre el hecho, en caso corresponda;
- d) Propuesta de recomendaciones para hallazgos de presuntas infracciones de menor trascendencia, en caso corresponda;
- e) Detalle del seguimiento de recomendaciones, mandatos de carácter particular, medidas correctivas, medidas preventivas y medidas cautelares anteriores, en caso corresponda;
- f) Acta de Supervisión Directa; y
- g) Conclusiones.

contiene información técnica y objetiva resultante de la toma de muestras, análisis y monitoreos, así como otros hechos objetivos relevantes relacionados con la supervisión. Este reporte no contiene calificación alguna respecto de posibles presuntas infracciones administrativas. Todo lo contrario, debe indicar expresamente que los resultados de laboratorio allí contenidos no implican prejuizamiento alguno, ni adelanto de opinión, ni siquiera indicios de infracción.

Así, por ejemplo, en un Reporte Público del Informe de Supervisión Directa se puede mencionar el nivel de concentración de mercurio o plomo encontrado en el efluente que una empresa arroja a un cuerpo de agua (*v. gr.* un río), pero sin indicar si ello constituye un incumplimiento a una obligación ambiental. Al evitar consignarse una valoración o juicio de tipo jurídico, incluso preliminar o indiciario, sobre una posible infracción administrativa, el referido reporte ya no contiene información sensible que podría ser calificada de confidencial, sino información técnica y objetiva susceptible de ser difundida a la colectividad.

La lógica contenida en la mencionada Directiva ha sido recogida en la Ley N° 30011¹³, norma que modifica y agrega un articulado a la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (**Ley del SINEFA**). El nuevo Artículo 13°-A de esta ley establece que el OEFA –y las EFA– pondrá a disposición y libre acceso del público información técnica y objetiva resultante de la toma de muestras, análisis y monitoreos que realiza en el ejercicio de sus funciones, dejando expresa constancia de que dicha información no constituye adelanto de juicio respecto de las competencias en materia de fiscalización ambiental que les son propias.

Respecto de los procedimientos sancionadores y resoluciones de sanción que tienen carácter confidencial, el Numeral 7.2.1 de la Directiva en mención señala que lo que se publicita son Resúmenes Públicos, los cuales consignan el número del expediente; el nombre, denominación o razón social del administrado investigado; el estado del procedimiento; la unidad supervisada y la fecha de la supervisión; y la mención de si se aplicó o no sanción y de si se formuló o no medio impugnativo, de ser el caso.

De esta forma, se viene garantizando el derecho de los ciudadanos de acceder a la información ambiental que posee la Entidad y, con ello, se asegura que puedan intervenir de forma efectiva en los asuntos públicos que atañen a la protección del medio ambiente.

13 Denominada Ley que modifica la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, y que ha sido publicada el 26 de abril de 2013.

Para terminar esta parte, resulta pertinente mencionar que en relación con los procedimientos sancionadores, la confidencialidad se levanta si han transcurrido seis meses desde que se inició el procedimiento y no se ha expedido resolución final, entendida por esta la resolución que agota la vía administrativa.

IV. RAPIDEZ, EFICACIA Y RAZONABILIDAD DE LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

Otras formas de equilibrio que caracterizan este nuevo enfoque de la fiscalización ambiental las encontramos en la aplicación complementaria del nuevo Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA¹⁴ con el Reglamento de Supervisión Directa del OEFA¹⁵, el primero publicado en diciembre de 2012 y el segundo en febrero de 2013.

Para que la fiscalización ambiental sea célere y la protección ambiental efectiva, los referidos reglamentos buscan: (i) una respuesta rápida de la autoridad administrativa a través del Informe Técnico Acusatorio, (ii) una protección ambiental oportuna mediante las denominadas “medidas preventivas” y (iii) el fortalecimiento de la propia fiscalización ambiental con los llamados “mandatos de carácter particular”. Adicionalmente, para evitar sobrecostos innecesarios al administrado y al propio Estado, el Reglamento de Supervisión Directa descarta la tramitación de un procedimiento sancionador cuando el administrado subsana voluntaria y oportunamente incumplimientos de menor trascendencia. A continuación se explica cada figura.

4.1 Los mandatos de carácter particular

Para garantizar la eficacia de la fiscalización ambiental se ha atribuido al OEFA la potestad de dictar mandatos de carácter particular, medidas que tienen por objeto que el administrado proporcione a la Autoridad de Supervisión Directa (la Dirección de Supervisión del OEFA) información o documentación relevante que permitan una fiscalización ambiental más efectiva y oportuna. La virtud de esta clase de medida administrativa es que el objeto del requerimiento no se limita a lo que ya posee el administrado, sino que abarca información o documentación que deba ser elaborada o procesada. De ahí que estos mandatos tengan un alcance mayor que los típicos requerimientos de información. Así, por ejemplo, a través de

14 Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, publicada el 13 de diciembre de 2012.

15 Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA/CD, publicada el 28 de febrero de 2013.

un mandato de carácter particular, la Dirección de Supervisión podría ordenar a una empresa minera que elabore un estudio hidrogeológico de las áreas adyacentes a su unidad minera.

En este sentido, el Reglamento de Supervisión Directa señala que los mandatos de carácter particular son disposiciones a través de las cuales se ordena a los administrados realizar determinadas acciones relacionadas con un hallazgo, con la finalidad de obtener mayores elementos probatorios sobre el cumplimiento de sus obligaciones ambientales¹⁶. En el marco de una supervisión, la Autoridad de Supervisión Directa puede emitir mandatos de carácter particular a efectos de que los administrados realicen auditorías, estudios o generen información relacionada con las actividades económicas que constituyen materia de supervisión.

Cabe indicar que la disposición antes mencionada ha sido recogida también en la Ley N° 30011, la cual ha incorporado el Artículo 16°-A de la Ley del SINEFA a fin de establecer que el OEFA puede dictar mandatos de carácter particular, observando los principios de razonabilidad y proporcionalidad. El incumplimiento de estos mandatos configura una infracción administrativa¹⁷.

4.2 Las medidas preventivas

Para proteger adecuadamente el ambiente, se ha otorgado al OEFA la facultad de dictar medidas preventivas. Estas medidas se emiten en aplicación del principio de prevención¹⁸, en virtud del cual es preferible prevenir un posible daño ambiental a repararlo una vez consumado. Se asigna a la prevención una importancia superior debido a que la agresión al ambiente se manifiesta en hechos que provocan, por su mera consumación, un deterioro cierto e irreversible en él y una degradación

16 Artículo 29° del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA.

17 En este mismo sentido, el Artículo 17° de la Ley del SINEFA, modificado por la Ley N° 30011, establece que constituye infracción administrativa el incumplimiento de los mandatos emitidos por las instancias competentes del OEFA.

18 Según el Tribunal Constitucional, “*el principio de prevención se desprende de la faz prestacional inherente al derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado (...) En tal sentido, es ineludible el deber del Estado de prevenir adecuadamente los riesgos ante los cuales se encuentra el ecosistema, así como los daños que se pueden causar al ambiente como consecuencia de la intervención humana, en especial en la realización de una actividad económica. Más aún, el principio de prevención obliga al Estado a ejecutar acciones y adoptar medidas técnicas que tengan como fin evaluar los posibles daños que se pueda ocasionar al medio ambiente*”. Cf. Sentencia del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 18.

perceptible de la calidad de la vida, por lo que su cesación se revela como una medida impostergable¹⁹.

En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia sostiene que el dictado de las medidas preventivas se fundamenta en la necesidad de reaccionar pronta y eficazmente ante la inminencia de un riesgo sobre el medio ambiente. Asimismo, sostiene que dicha medida se realiza en cumplimiento de las disposiciones que imponen al Estado la obligación de proteger la diversidad natural del país y de garantizar a todos el goce de un medio ambiente sano²⁰.

El Reglamento de Supervisión Directa²¹ dispone que la Dirección de Supervisión tiene la facultad de dictar medidas preventivas para evitar la generación de un daño grave al ambiente, los recursos naturales o, derivado de ellos, a la salud de las personas, así como para mitigar las causas que generan la degradación o el daño ambiental.

Para el dictado de la medida preventiva se debe tener en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad²², y su emisión debe sustentarse en la valoración de los riesgos, los impactos y la gravedad que pueda representar dicha situación para el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas²³. Teniendo en cuenta los principios antes mencionados y las circunstancias del caso concreto, pueden disponerse, entre otras, las siguientes medidas preventivas²⁴:

- (i) La clausura temporal, parcial o total del establecimiento donde se lleva a cabo la actividad que pone en riesgo al ambiente o la salud de las personas.
- (ii) La paralización temporal, parcial o total de las actividades que ponen en riesgo al ambiente o la salud de las personas.

19 Cf. GHERSI, Carlos, Graciela LOVECE, y Celia WEINGARTEN. *Daños al ecosistema y al medio ambiente*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 24.

20 Cf. Sentencia C-703/10 del 6 de setiembre de 2010, consideración 6.

21 Artículo 22° del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA.

22 Numeral 23.2 del Artículo 23° del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA.

23 Cf. NEGRETE, Rodrigo. “Régimen sancionatorio en materia ambiental”. En Universidad Externado de Colombia. *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*. Bogotá: 2005, p. 319.

24 Artículo 24° del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA.

- (iii) El decomiso temporal de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados que ponen en riesgo al ambiente o la salud de las personas.
- (iv) La destrucción o acción análoga de materiales o residuos peligrosos que pongan en riesgo al ambiente o la salud de las personas.

Las medidas preventivas se aplican en situaciones en las que no necesariamente se evidencia la comisión de una infracción administrativa²⁵, por lo que son independientes del inicio de un procedimiento administrativo sancionador²⁶. Así, puede ocurrir que un administrado esté cumpliendo lo previsto en su Estudio de Impacto Ambiental, y, pese a ello esté dañando severamente el ambiente o afectando la salud de las personas. Ante esta situación se puede dictar como medida preventiva el cese de la actividad perniciosa. No debe extrañarnos, pues, que ocasionalmente se presenten situaciones en las cuales, pese al cumplimiento de lo establecido en su instrumento de gestión ambiental, la actividad del administrado esté generando graves daños ambientales o afectando severamente la salud de las personas, pues una cosa es efectuar un estudio documental o de gabinete (ex ante) y otra muy diferente lo que la realidad evidencia con el transcurso del tiempo (ex post).

Para terminar, corresponde señalar que la facultad de dictar medidas preventivas ha sido reconocida en la Ley N° 30011, la cual ha incorporado el Artículo 22°-A de la Ley del SINEFA, estableciendo que el OEFA puede dictar medidas preventivas cuando evidencie un inminente peligro o riesgo de producirse un daño ambiental. Resulta importante señalar que el incumplimiento de las medidas preventivas constituye infracción administrativa²⁷.

4.3 Subsanación voluntaria de hallazgos de menor trascendencia

Para evitar sobrecostos al administrado y a la Administración Pública, se descarta la tramitación de un procedimiento sancionador cuando el administrado subsana voluntaria y oportunamente los incumplimientos de menor trascendencia.

25 Artículo 22° del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA.

26 Como refiere la doctrina, el ejercicio de la potestad inspectora implica la facultad de dictar medidas que confronten tanto posibles infracciones como situaciones que, si bien no configuran infracciones, sí generan una vulneración al ambiente o la salud de las personas. En atención a ello, se habilita a la Administración Pública a adoptar medidas que confronten estas circunstancias. Cf. GARCÍA, Agustín. *La potestad inspectora de las administraciones públicas*. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 144-145.

27 Artículo 17° de la Ley del SINEFA, incorporado por Ley N° 30011.

En este sentido, el Literal b) del Numeral 11.1 del Artículo 11° de la Ley del SINEFA²⁸ establece que la función de supervisión del OEFA tiene como objetivo la promoción de la subsanación voluntaria de los hallazgos de menor trascendencia, la cual no implica que la autoridad renuncie a su rol fiscalizador. Por el contrario, lo que se busca es contar con una herramienta legal que permita una intervención más flexible y razonable en función de la gravedad de los incumplimientos en los que puedan incurrir los administrados.

Con la finalidad de regular los alcances de la disposición antes mencionada, se ha emitido el “Reglamento para la subsanación voluntaria de incumplimientos de menor trascendencia”²⁹. Este reglamento señala que los hallazgos de menor trascendencia constituyen hechos relacionados con presuntos incumplimientos de obligaciones ambientales que no generan daño potencial o real al ambiente o la salud de las personas, pueden ser subsanados y no afectan la eficacia de la función de supervisión directa ejercida por el OEFA.

Asimismo, el Reglamento contiene un listado enunciativo de las conductas que califican como hallazgos de menor trascendencia, entre los cuales se encuentran obligaciones referidas a la entrega de información, así como conductas relacionadas a la gestión y manejo de residuos sólidos y materiales no peligrosos. Ejemplo de esto último es no señalar los sitios de almacenamiento de tales residuos o no taponar los contenedores respectivos.

El administrado que realice una conducta que califica como hallazgo de menor trascendencia puede subsanarla voluntariamente durante o después de la supervisión de campo que efectúa el OEFA. En caso la subsanación se efectúe durante el desarrollo de la supervisión, no se emitirá una recomendación ni se elaborará el Informe Técnico Acusatorio. En cambio, si la subsanación no se realiza durante la supervisión de campo, la Autoridad de Supervisión Directa podrá emitir una recomendación al administrado otorgándole un plazo razonable para que subsane dicho incumplimiento, conforme a lo establecido en el Reglamento de Supervisión Directa³⁰. En ambos casos, si el administrado subsana debidamente el hallazgo detectado, la Autoridad de Supervisión Directa le remitirá una carta informándole sobre la conformidad de la subsanación efectuada.

28 Según el texto modificado por la Ley N° 30011.

29 Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD, publicada el 28 de noviembre de 2013.

30 Numeral 12.2 del Artículo 12° del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA.

Asimismo, el administrado puede subsanar los hallazgos de menor trascendencia que no hayan sido detectados por la Autoridad de Supervisión Directa. En este caso, dicha conducta se tomará en cuenta para el otorgamiento de incentivos.

Las reglas antes mencionadas no resultan aplicables en los siguientes supuestos: (i) si la conducta susceptible de ser calificada como un hallazgo de menor trascendencia obstaculiza el ejercicio de la función de supervisión directa del OEFA; (ii) cuando el administrado haya realizado anteriormente una conducta similar al hallazgo de menor trascendencia detectado; o (iii) cuando la conducta esté referida a los Reportes de Emergencias Ambientales.

Resulta importante mencionar que la subsanación voluntaria genera beneficios tanto para el administrado como para la Administración Pública. En efecto, para el administrado, resulta más conveniente subsanar el hallazgo de menor trascendencia que asumir los costos que demandaría su defensa en un procedimiento administrativo sancionador. Igualmente, para la Administración Pública, es más eficiente en términos de tutela del interés público que el administrado subsane dicho incumplimiento que iniciar un procedimiento administrativo sancionador.

4.4 El Informe Técnico Acusatorio

Según lo establecido en el Reglamento de Supervisión Directa³¹, mediante el Informe Técnico Acusatorio (ITA) la Dirección de Supervisión somete a consideración de la Autoridad Instructora (que es la Subdirección de Instrucción de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA) la presunta existencia de infracciones administrativas, y adjunta los medios probatorios que sustentan sus conclusiones. El ITA es resultado de la supervisión de campo, que es aquella que la Dirección de Supervisión realiza en las áreas de influencia de la actividad económica que desarrolla el administrado. El ITA contiene lo siguiente³²:

- (i) La exposición de las actuaciones u omisiones que constituyen indicios de la existencia de presuntas infracciones administrativas sancionables, identificando a los presuntos responsables, los medios probatorios, las normas o compromisos supuestamente infringidos o incumplidos u otras obligaciones ambientales fiscalizables;

31 Numeral 15.1 del Artículo 15° del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA y Numeral 7.1 del Artículo 7° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA.

32 Numeral 15.2 del Artículo 15° del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA y Artículo 8° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA.

- (ii) La identificación de las medidas preventivas impuestas, de ser el caso; y
- (iii) La solicitud de apersonamiento al procedimiento administrativo sancionador, de considerarse pertinente.

Por su parte, el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador dispone que la imputación de cargos está conformada por el Informe Técnico Acusatorio y las imputaciones que pudiera agregar la Autoridad Instructora. Asimismo, que tanto los cargos contenidos en el Informe Técnico Acusatorio como los que agregue la Autoridad Instructora, de ser el caso, deberán consignarse en la resolución de imputación de cargos. Con la notificación de la resolución de imputación de cargos se inicia el procedimiento administrativo sancionador³³.

Como puede apreciarse, una vez culminada la supervisión de campo, los técnicos de la Dirección de Supervisión proceden a identificar rápidamente todo aquello que califica como indicio de una presunta infracción administrativa (que no sea de menor trascendencia) y con ello elaboran el ITA. Dado que este documento identifica a los presuntos responsables, los medios probatorios y las obligaciones ambientales presuntamente incumplidas, el contenido del ITA forma parte de la resolución de imputación de cargos mediante la cual la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos inicia el procedimiento sancionador respectivo.

El ITA permite que entre la supervisión de campo y el inicio del procedimiento sancionador haya el menor tiempo posible. Para el administrado, es más fácil defenderse si los hechos que le imputan a título de cargo ocurrieron hace dos o tres meses y no hace dos o tres años. Y esta celeridad es posible debido a que el ITA puede ser elaborado incluso antes de que se concluya el Informe de Supervisión³⁴.

33 Artículo 9º del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA.

34 En efecto, el Numeral 15.3 del Artículo 15º del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA establece que la emisión de un Informe Técnico Acusatorio no necesariamente requiere la previa emisión del Informe de Supervisión.

El que el Informe de Supervisión requiera un mayor tiempo para su elaboración se explica por revestir más complejidad y un mayor contenido. En dicho informe no solo aparece lo que ya se ha mencionado respecto del ITA, sino también los objetivos de la supervisión; la matriz de verificación ambiental (en el que aparecen todos los aspectos supervisados, tanto si configuran indicios de infracción administrativa como de cumplimiento de las obligaciones fiscalizables); la propuesta de recomendaciones para hallazgos de presuntas infracciones de menor trascendencia; el detalle del seguimiento de recomendaciones, mandatos de carácter particular, medidas correctivas, medidas preventivas y medidas cautelares anteriores, en caso corresponda; entre otros.

Conforme a la normativa emitida por el OEFA, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos ya no tiene que estudiar, analizar y procesar un extenso Informe de Supervisión, sino que hace suyo el ITA, que es un documento más breve, cuyo contenido se incorpora sin más trámite en la imputación de cargos.

V. PREDICTIBILIDAD Y RAZONABILIDAD EN LA IMPOSICIÓN DE MULTAS Y MEDIDAS CORRECTIVAS

Si en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos verifica la comisión de una infracción administrativa, impondrá la sanción correspondiente y dictará la medida correctiva pertinente. La sanción tiene como finalidad castigar o reprimir la realización de la conducta ilícita^{35,36}; busca disuadir al infractor de cometer la misma conducta en el futuro (prevención especial) y al resto de administrados de incurrir en una conducta similar (prevención general). En términos generales, la sanción pretende desincentivar la puesta en peligro del ambiente, así como su afectación concreta³⁷. La medida correctiva, en cambio, tiene por objeto reponer las cosas al estado o situación existente con anterioridad a la comisión de la infracción; es decir, reparar, restaurar o rehabilitar los daños que la conducta infractora ha ocasionado al ambiente o la salud de las personas³⁸.

35 En este sentido, la jurisprudencia sostiene que la función represiva o retributiva es lo que distingue a la sanción administrativa de otras resoluciones administrativas que restringen derechos individuales (como las medidas correctivas). Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional Español 276/2000 del 16 de noviembre. En NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Cuarta edición, Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 197.

36 Por su parte, la doctrina refiere que el carácter punitivo es condición necesaria y suficiente para detectar la existencia de una sanción. Y es al mismo tiempo criterio bastante para diferenciar las sanciones del resto de las medidas administrativas. Cf. REBOLLO, Manuel. “El concepto de sanción administrativa”. En GARCÍA, María del Pilar y Óscar Darío AMAYA (compiladores), *Derecho Sancionatorio Ambiental*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 125.

37 Cf. GÓMEZ, Hugo, ISLA, Susan y Gianfranco MEJÍA. “Apuntes sobre la Graduación de Sanciones por Infracciones a las Normas de Protección al Consumidor”. *Derecho & Sociedad*. Lima: 2010, número 34, p. 136.

38 Sobre el particular, puede revisarse a: CONESA, Vicente, *Guía Metodológica para la Evaluación del Impacto Ambiental*. Madrid: Mundi-Prensa, 2010, pp. 295-312.

Con la finalidad de lograr que el dictado de las sanciones y las medidas correctivas sean predecibles y razonables, en marzo de 2013 se publicaron la “Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones”³⁹ (en adelante, la **Metodología**) y los “Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas previstas en el Literal d) del Numeral 22.2 del Artículo 22° de la Ley N° 29325”⁴⁰ (en lo sucesivo, los **Lineamientos**). Estos instrumentos jurídicos se complementan mutuamente y tienen cinco objetivos centrales: (i) generar una mayor predictibilidad respecto de la actuación de los órganos resolutivos del OEFA; (ii) reducir su discrecionalidad; (iii) garantizar un mejor ejercicio del derecho de defensa de los administrados; (iv) aplicar el principio de razonabilidad, evitando generar sobrecostos a los administrados; y (v) promover la remediación ambiental. Veamos cada uno.

5.1 Mayor predictibilidad

La referida Metodología contiene las fórmulas y las tablas de valores que deben emplearse para calcular las multas, las cuales han sido determinadas teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad⁴¹. De esta forma, con el empleo de la Metodología, los administrados conocen de antemano cuál será el razonamiento que utilizará la autoridad administrativa para calcular la multa base, así como los criterios que calificarán como agravantes o atenuantes, y el peso de cada uno de estos.

A modo de ejemplo, la Metodología precisa que para calcular la multa base se tiene en cuenta la valorización del daño ambiental (concreto), el beneficio

39 Aprobada por Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD, publicada el 12 de marzo de 2013.

40 Aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD, publicada el 23 de marzo de 2013.

41 La doctrina señala que en el Derecho Administrativo Sancionador, el principio de proporcionalidad exige que exista un equilibrio entre los medios utilizados y la finalidad perseguida, una correspondencia entre la gravedad de una conducta y la consecuencia punitiva que se le atribuye. Cf. DE FUENTES, Joaquín et ál. *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005, p. 245.

ilícito⁴² y la probabilidad de detección⁴³. Asimismo, se consideran como factores agravantes el impacto sobre recursos naturales, áreas naturales protegidas o zonas de amortiguamiento; la afectación a comunidades nativas o campesinas; la incidencia sobre la salud de las personas; el perjuicio económico causado; la reincidencia⁴⁴; la intencionalidad, entre otros; y como factores atenuantes la subsanación voluntaria de la conducta infractora, la adopción de medidas de remediación, etc.

La Metodología menciona en qué porcentaje la multa base irá aumentando o disminuyendo en función de la aplicación de los factores agravantes o atenuantes. Se sabe de antemano qué peso porcentual tienen los factores agravantes o atenuantes.

42 El beneficio ilícito consiste en el beneficio real o potencial que se genera por la comisión de la infracción administrativa. En otras palabras, es el beneficio obtenido o que espera obtener el infractor al no cumplir una obligación fiscalizable. En términos económicos, se entiende que el infractor se encuentra en una mejor situación (se ha procurado un beneficio) infringiendo el ordenamiento jurídico. Por tal motivo, el beneficio ilícito que se considera para calcular las multas debe incluir necesariamente todos los conceptos que puedan representar un beneficio o ventaja para el infractor (v. gr. ahorro obtenido o ingresos ilícitos), pues, de lo contrario, el infractor tendría siempre incentivos para incurrir en la conducta tipificada. Cf. Manual Explicativo de la Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, párrafos 18 a 20 (aprobado por el Artículo 3º de la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD).

43 La probabilidad de detección es la posibilidad –medida en términos porcentuales– de que la comisión de una infracción sea detectada por la autoridad administrativa. La necesidad de relacionar el beneficio ilícitamente obtenido derivado de la infracción con la probabilidad de detección de la conducta responde al objetivo de eliminar un posible comportamiento oportunista por parte de los infractores. En este sentido, mientras más probable sea detectar un incumplimiento, las sanciones asociadas no se incrementarán; por el contrario, cuando exista una baja probabilidad de detección, las sanciones se incrementarán. Cf. Manual Explicativo de la Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, párrafos 21-23.

44 La doctrina refiere que el fundamento para considerar a la reincidencia se encuentra en el mayor reproche a quien ya conoce por propia experiencia el sentido de las prohibiciones jurídicas, así como en razones de prevención especial, pues el sujeto ha demostrado peligrosa predisposición para trasgredir el ordenamiento jurídico. Cf. SÁNCHEZ TERÁN, Juan Manuel. *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*. Valladolid: Lex Nova, 2007, pp. 323-324.

Asimismo, cabe señalar que el OEFA ha emitido “Lineamientos que establecen criterios para calificar como reincidentes a los infractores ambientales bajo el ámbito de competencia del OEFA”, los cuales han sido aprobados por Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 020-2013-OEFA/PCD, publicada el 22 de febrero de 2013. En el citado documento se establece que la reincidencia se configura si existe una sanción consentida o que agote la vía administrativa por el mismo tipo infractor sancionado en los últimos cuatro (4) años.

Considerando lo expuesto podemos afirmar que la Metodología está diseñada para que el administrado pueda saber, antes de cometer una infracción, el monto aproximado de la multa que se le impondría si cometiera la infracción.

5.2 Reducción de la discrecionalidad administrativa

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

Así, se explica cómo se calculará el beneficio ilícito, el cual comprende los ingresos ilícitos⁴⁵ y los costos evitados⁴⁶. Respecto de la probabilidad de detección, la Metodología reduce a cinco los niveles de probabilidad (100%, 75%, 50%, 25% y 10%)⁴⁷, y menciona los criterios⁴⁸ que permitirán a la autoridad escoger el nivel de probabilidad, en el caso concreto.

En cuanto a los factores agravantes, la Metodología señala, por ejemplo, que el factor agravante relativo al perjuicio económico causado será calculado teniendo en

45 Son los “ingresos económicos ilegalmente relacionados al incumplimiento de la normativa ambiental”. Cf. Manual Explicativo de la Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, párrafo 20.

46 Es el “ahorro obtenido al incumplir las obligaciones ambientales fiscalizables, mediante la no realización o postergación de las inversiones o gastos destinados a prevenir la ocurrencia de daños ambientales durante el lapso de incumplimiento de la normativa ambiental”. *Ibidem*.

47 “Una infracción será difícil de detectar si, por ejemplo, de cada diez de ellas, solo una sería de conocimiento de la autoridad. En este caso, la probabilidad de detección es del 10%. Una probabilidad mayor será de 25% (de cada cuatro infracciones, una sería detectada por la autoridad). Si de cada dos casos uno sería detectado, la probabilidad de detección se eleva al 50%. Infracciones de alta detección serán del 75% (tres de cada cuatro infracciones serían detectadas). Finalmente, si todas las infracciones serían detectadas estamos ante una probabilidad de detección del 100%”. *Ibidem*, párrafo 24.

48 Entre los criterios mencionados tenemos los siguientes: si la empresa reportó la infracción administrativa; si existe población localizada cerca al lugar de la infracción; si la infracción se detectó en una supervisión especial o regular; si la actividad realizada es ilegal (esto es, sin autorización administrativa); y si el administrado presentó información falsa, incompleta o simplemente no presentó la información a la que estaba obligado con el objetivo de no ser detectado por la autoridad. *Ibidem*, párrafo 26.

cuenta la incidencia de pobreza de la comunidad afectada. Para tal efecto, se establece una escala, la cual ha sido elaborada observando el principio de proporcionalidad y de acuerdo con la información proporcionada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI. La escala impone una mayor gravedad cuanto mayor sea la incidencia de pobreza de la población en la zona de la infracción. Así, se señala que el factor agravante tendrá un peso de +4% si el impacto ocurre en una zona con incidencia de pobreza hasta 19,6%; en cambio, tendrá un peso de +20% si ocurre en una zona con incidencia de pobreza mayor a 78,2%.

5.3 La optimización del ejercicio del derecho de defensa

Se garantiza de mejor manera el derecho de defensa debido a que, al conocerse de antemano la Metodología para el cálculo de las multas, los administrados, en la presentación de sus descargos o recursos administrativos (reconsideración o apelación), no solo podrán cuestionar la presunta existencia de la infracción administrativa imputada, sino que también podrán ofrecer pruebas o alegatos respecto de los criterios de graduación, a efectos de que la multa a imponer, de ser el caso, sea la menor posible. Por tanto, en su escrito de descargos o en su recurso administrativo el administrado podrá sostener que el impacto ambiental es reversible en el corto plazo, que no se ha dañado un área natural protegida, que no se han afectado a las comunidades nativas o campesinas, que no se ha perjudicado la salud de las personas, etc.

A modo de ejemplo, la Metodología contempla como factor agravante la “gravedad del daño”, estableciendo que uno de los criterios para determinar el valor de dicho factor lo constituye la reversibilidad o irreversibilidad del daño ambiental. En este sentido, y una vez probado un daño real o concreto al ambiente, se ha establecido que el mencionado factor agravante tendrá un peso de +18% si el daño es reversible de modo natural en el corto plazo, un peso de +36% si es recuperable por el hombre en el corto plazo, un peso de +54% si es recuperable por el hombre en el mediano plazo y un peso de +72% si es recuperable en el largo plazo o irrecuperable.

Pues bien, puede suceder que, en un caso concreto, la autoridad administrativa haya considerado que el daño real es recuperable en el mediano plazo, por lo que incrementó la multa base en 54%. No obstante, el administrado, en su escrito de apelación, podría sostener que no le correspondía una multa tan elevada, pues el daño era recuperable de modo natural en el corto plazo, por lo debía emplearse el valor de +18, lo que arrojaría una multa menor.

5.4 La disminución de sobrecostos a los administrados

La Metodología y los Lineamientos se complementan para evitar sobrecostos a los administrados. Para empezar, para el cálculo de la multa base se utilizará el daño real solo si hay información que permita valorizarlo. En el supuesto de que exista esta información y, por tanto, el valor aproximado del daño real se incorpore en la ecuación que sirve para calcular la multa base, no se utilizará el daño, sea potencial o real, como factor agravante. Esto evita una doble imposición sobre el administrado.

Adicionalmente, en el supuesto de que se utilice el daño real en la fórmula de la multa base y se decida dictar una medida correctiva de restauración o compensación ambiental, no se utilizará el monto total del daño real en la fórmula de la multa base, sino solo la cuarta parte, es decir, 25%. La lógica que subyace es que las otras tres cuartas partes, esto es, el 75% restante, será cubierto por el administrado al asumir el costo de la medida correctiva dictada. Como se aprecia, en todo momento se evita generar sobrecostos a los administrados.

5.5 La promoción de la remediación ambiental

Se promueve la remediación ambiental debido a que esta circunstancia incide en una disminución de la cuantía de la multa y el costo de la medida correctiva de restauración ambiental. Nos explicamos, si el administrado, luego de cometer la infracción (*v. gr.* un derrame o vertimiento sobre suelos o cuerpos de agua), procede a implementar acciones de remediación (*v. gr.* limpiar lo contaminado) que disminuyen el daño ocasionado, dicha acción será tomada en cuenta para el cálculo de la multa y la medida correctiva a imponérsele. En efecto, primero, se incorporará en el cálculo de la multa base un monto menor por concepto de daño; segundo, dicha remediación será considerada como un factor atenuante; y tercero, lo remediado disminuirá el costo que debería asumir el administrado si se dictara una medida correctiva de restauración ambiental, pues lo que habría que reparar sería menor.

VI. PROMOCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL PROCESO DE APROBACIÓN DE NORMAS EN EL OEFA

De conformidad con lo establecido en el Artículo 21° del Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en asuntos ambientales⁴⁹, la participación ciudadana en materia ambiental es el proceso mediante el cual los ciudadanos participan responsablemente,

49 Aprobado por Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM, publicado el 17 de enero de 2009.

de buena fe y con transparencia y veracidad, en forma individual o colectiva, en la definición y aplicación de las políticas relativas al ambiente y sus componentes.

Los Artículos 35° y 39° del mencionado Reglamento contemplan como un mecanismo de participación ciudadana la publicación de los proyectos de normas. En particular, disponen que los proyectos de normas que regulen asuntos ambientales generales o que tengan efectos ambientales deban ser puestos en conocimiento del público para recibir opiniones y sugerencias de los interesados. El aviso de publicación del proyecto se debe publicar en el diario oficial El Peruano y el cuerpo completo del proyecto en el portal de transparencia de la entidad, por un período mínimo de diez (10) días hábiles.

En cumplimiento de las normas antes mencionadas, el OEFA viene publicando los proyectos de normas que regulan sus actividades de fiscalización ambiental. Más aún, aunque las citadas normas no lo exijan, el OEFA lleva a cabo reuniones con los comentaristas y, además, elabora y publica una matriz de comentarios, en la cual detalla las razones por las cuales se acogieron o se desestimaron las sugerencias recibidas. En consecuencia, el proceso de aprobación de normas en el OEFA empieza con la publicación de la propuesta normativa, luego se realiza una reunión con las personas que remitieron sus comentarios y al final se publica la norma aprobada y la matriz de comentarios. De esta forma se garantiza que los administrados y la ciudadanía en general tengan una participación efectiva en la gestión ambiental, esto es, que sus opiniones sean consideradas en la aprobación de las propuestas normativas, lo que incide positivamente en la eficacia de las políticas de fiscalización ambiental que adopte el OEFA.

Según lo establece el “Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia ambiental”, aprobado por la Comunidad Europea⁵⁰ “(...) *una mayor participación del público en la toma de decisiones permite tomar mejores decisiones y aplicarlas más eficazmente, contribuye a sensibilizar al público respecto de los problemas medioambientales, le da la posibilidad de expresar sus preocupaciones y ayuda a las autoridades públicas a tenerlas debidamente en cuenta*”.

Es importante que en el proceso de elaboración de normas ambientales se tome en cuenta no solo las opiniones de las empresas destinatarias de la fiscalización

50 El Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (denominado “Convenio Aarhus”) fue aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 17 de febrero de 2005.

ambiental, sino también de las organizaciones no gubernamentales y agrupaciones civiles defensoras del ambiente (comunidades nativas, campesinas, pueblos indígenas), a efectos de realizar una adecuada ponderación entre los intereses involucrados⁵¹.

VII. CONCLUSIONES

La eficacia de la fiscalización ambiental requiere un marco jurídico adecuado que facilite el control de las actividades de los particulares y a la vez garantice el ejercicio de sus libertades económicas. Bajo esta lógica, en el OEFA se viene consolidando un nuevo enfoque de fiscalización ambiental que busca armonizar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa con la protección ambiental.

Para lograr ese equilibrio, el OEFA ha implementado una serie de mecanismos dirigidos a garantizar la celeridad de la fiscalización ambiental y una protección ambiental efectiva. Entre tales medidas tenemos al Informe Técnico Acusatorio, las medidas preventivas y los mandatos de carácter particular. Adicionalmente, para evitar sobrecostos innecesarios al administrado y al propio Estado, se descarta la tramitación de un procedimiento sancionador cuando el administrado subsana voluntaria y oportunamente los incumplimientos de menor trascendencia.

Asimismo, se han implementado mecanismos destinados a fortalecer la transparencia, el acceso a la información y la participación ciudadana en la fiscalización ambiental. Así, se brinda a cualquier ciudadano el Reporte Público del Informe de Supervisión Directa y los Resúmenes Públicos de los procedimientos sancionadores. Adicionalmente, se promueve la participación ciudadana en el proceso de aprobación de normas relacionadas con la fiscalización ambiental.

El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental no busca ser un obstáculo para la inversión privada. Todo lo contrario, procura que la inversión se dé, pero de manera responsable, para que la explotación de los recursos naturales garantice el mayor bienestar de las generaciones presentes y futuras. Este es el concepto de desarrollo sostenible que caracteriza el nuevo enfoque de la fiscalización ambiental, una fiscalización para el cambio.

51 Cf. LOZANO, Blanca. *Derecho Ambiental Administrativo*. Décima edición. Madrid: Editorial Dykinson, 2009, p. 252.

BIBLIOGRAFÍA:

CASADO, Lucía

2013 “El acceso a la información ambiental en España: luces y sombras”. *Derecho PUCP*. Lima, número 70, pp. 241-278.

CONESA, Vicente

2010 *Guía Metodológica para la Evaluación del Impacto Ambiental*. Madrid: Mundi-Prensa.

DE FUENTES, Joaquín et ál.

2005 *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. Navarra: Editorial Aranzadi.

GARCÍA, Agustín

2006 *La potestad inspectora de las administraciones públicas*. Madrid: Marcial Pons.

GHERSI, Carlos, Graciela LOVECE y Celia WEINGARTEN

2004 *Daños al ecosistema y al medio ambiente*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

GÓMEZ, Hugo, Susan ISLA y Gianfranco MEJÍA

2010 “Apuntes sobre la Graduación de Sanciones por Infracciones a las Normas de Protección al Consumidor”. *Derecho & Sociedad*. Lima, Año 21, número 34, pp. 134-150.

LOZANO, Blanca

2009 *Derecho Ambiental Administrativo*. Décima edición. Madrid: Editorial Dykinson, p. 252.

NEGRETE, Rodrigo

2005 “Régimen sancionatorio en materia ambiental”. *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

NIETO, Alejandro

2005 *Derecho Administrativo Sancionador*. Cuarta edición. Madrid: Editorial Tecnos.

REBOLLO, Manuel

2013 “El concepto de sanción administrativa”. En GARCÍA, María del Pilar y Óscar AMAYA (compiladores). *Derecho Sancionatorio Ambiental*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SÁNCHEZ-TERÁN, Juan Manuel

2007 *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*. Valladolid: Lex Nova.

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DEL SECTOR EXTERIOR DE ESPAÑA

2002 “Desarrollo Sostenible”, *Boletín Económico de ICE*. España, número 2747.

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DISPOSICIONES ORIENTADAS A FORTALECER LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL CONTENIDAS EN LA LEY N° 30011

MILAGROS GRANADOS MANDUJANO
FRANCISCO VILLA SOTOMAYOR

Sumario

Mediante el presente artículo, se analiza la constitucionalidad de la Ley N° 30011, que implementa una serie de medidas para fortalecer la fiscalización ambiental. Entre ellas, al OEFA se le ha concedido la facultad de tipificar infracciones y establecer la escala de sanciones por la vía reglamentaria. Asimismo, se ha dispuesto el incremento de la multa tope, teniendo en cuenta la gravedad de la conducta infractora y la capacidad económica de los administrados fiscalizados por el OEFA.

I. Introducción. II. Sobre la facultad de tipificación atribuida al OEFA. III. Sobre el incremento del tope máximo de las multas. IV. Sobre el régimen especial de ejecución de los actos administrativos. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú reconoce el derecho de las personas a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. Con el objeto de garantizar la protección y el uso sostenible del medio ambiente, se han emitido una serie de normas que establecen límites o prohibiciones al uso de determinados recursos naturales o la realización de actividades especialmente nocivas para el medio ambiente.

No obstante, resulta evidente que para lograr un nivel elevado de protección de nuestro medio ambiente es absolutamente necesario potenciar una adecuada legislación que favorezca el control y vigilancia en el cumplimiento de la norma jurídica. De poco sirve que se emitan normas que gozan de un técnica jurídica encomiable si no se cuentan con instrumentos jurídicos adecuados para conseguir su eficaz cumplimiento.

Con dicha finalidad, se ha emitido la Ley N° 30011 a través de la cual se han efectuado una serie de modificaciones en el ordenamiento jurídico a efectos de fortalecer la fiscalización ambiental. Entre estas, se ha modificado la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, incrementándose el monto tope de la multa que puede imponer el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.

Asimismo, a través de la Ley N° 30011 se ha modificado la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, concediéndose al OEFA la facultad de tipificar infracciones y establecer la escala de sanciones correspondiente. Adicionalmente, se ha establecido un régimen especial para la ejecución de los actos administrativos emitidos por esta Entidad. Estas modificaciones han sido cuestionadas por cierto sector de los administrados en los últimos meses.

En este contexto, el presente artículo tiene por objeto explicar la razón que subyace en las modificaciones antes mencionadas, así como evidenciar la constitucionalidad y necesidad de dichas medidas.

II. SOBRE LA FACULTAD DE TIPIFICACIÓN ATRIBUIDA AL OEFA

En este acápite, con la finalidad de demostrar la constitucionalidad de la facultad de tipificación atribuida al OEFA, se desarrolla a continuación los alcances de la reserva de ley en el ámbito administrativo y los requisitos de la tipificación vía reglamentaria.

2.1. La reserva de ley en el ámbito administrativo

Mediante la reserva de ley se asegura que la regulación de ciertas materias se realice mediante el procedimiento legislativo, es decir, a través de una discusión pública con participación de la oposición y de conocimiento accesible a los ciudadanos, con lo cual se gana un plus de legitimidad democrática¹.

Una de las materias sujeta a reserva de ley es la regulación de todo mandato que limita la libertad de los ciudadanos. Entre estos, el establecimiento de las

¹ Cf. NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Quinta edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2012, p. 219.

infracciones y sanciones administrativas. De esta forma, se pretende “asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes”².

En esta línea, el Numeral 24 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú establece que en aplicación del **principio de legalidad** “[n]adie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente **calificado en la ley**, de manera expresa e inequívoca, como **infracción punible**; ni sancionado con **pena** no prevista en la ley”.

Cabe indicar que el principio de legalidad tiene diversas manifestaciones o concreciones. Una de estas manifestaciones viene a ser el **principio de tipicidad**, a través del cual se imponen límites al legislador, a efectos de que las prohibiciones que generan la imposición de una sanción administrativa estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo en una determinada disposición legal³.

Tal como señala el Tribunal Constitucional “no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero (...) se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, define la conducta que la ley considera como falta. **Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, (...) no está sujeto a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementado a través de los reglamentos respectivos**”⁴.

En efecto, y conforme lo establece la doctrina, en el ámbito administrativo la reserva de ley puede funcionar de dos maneras distintas: mediante la primera —o en sentido estricto— la Ley regula por sí misma toda la materia reservada. Esta es la variedad conceptualmente más lógica, pero apenas si es usada por la dificultad y rigidez que supone la regulación exclusiva en ley. Por ello, cabe también una segunda variante, que es la habitual: en estos casos, la ley (que es siempre inexcusable) no regula exhaustivamente la materia, sino que se limita a lo esencial y, para el resto, se

2 Cf. Tribunal Constitucional de España, STC 83/1984 de 24 de julio de 1984, citado por NIETO, Óp. Cit., p. 218.

3 Cf. Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia del 24 de agosto de 2010, recaída en el Expediente N° 00197-2010-PA/TC, fundamento jurídico 6.

4 Cf. Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia de 24 de agosto de 2010, recaída en el Expediente N° 00197-2010-PA/TC, fundamento jurídico 5.

remite al reglamento, al que invita (u ordena) a colaborar en la tarea normativa⁵. En estos casos, resulta claro que cuanto más detallada sea la Ley menos margen habrá para el desarrollo reglamentario; lo contrario sucederá si la Ley es sumaria⁶.

En esta línea, el Numeral 4 del Artículo 230° de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General señala lo siguiente:

*“Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida
adicionalmente por los siguientes principios especiales:*

(...)

4. Tipicidad.- *Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones **previstas expresamente en normas con rango de ley** mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las **disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar** aquellas dirigidas a identificar las conductas sancionables a las previstas legalmente, **salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.***

(...)”.

(Negrilla agregada)

Conforme se desprende de la norma citada, en el ámbito administrativo la reserva de ley no es absoluta. La precisión de lo que se considera como infracción puede efectuarse en la Ley o en un Reglamento. En el primer supuesto, se configura una **tipificación exhaustiva**, por la cual solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley. En el segundo supuesto, la ley solicita al Reglamento colaborar en la tipificación de las infracciones y sanciones. En ocasiones, la **colaboración reglamentaria** se limitará a precisar la conducta infractora (v. gr. delimitar un concepto jurídico indeterminado) o graduar la sanción a imponer. En otras circunstancias, se efectuará una auténtica **tipificación vía reglamentaria**, esto es, el Reglamento desarrollará la conducta antijurídica, teniendo en cuenta los parámetros establecidos por la Ley.

2.2. Alcances de la tipificación vía reglamentaria

Como se ha señalado en el acápite precedente, la propia ley puede convocar la concurrencia o el apoyo de la Administración Pública para concluir la labor de

⁵ Cf. NIETO, Alejandro. Óp. Cit., p. 223.

⁶ *Ibidem*, p. 233.

tipificación. En estos casos, el “Reglamento desarrolla una tipificación por remisión de la ley. Se trata de una suerte de delegación de tareas que el legislador hace en la Administración por considerar que se abordan aspectos técnicos o muy dinámicos que no justifica mantenerlos dentro de la reserva legal”⁷.

La participación de una norma reglamentaria en el proceso de tipificación de los ilícitos administrativos se justifica en argumentos fácticos, tales como la complejidad técnica de algunas materias, la necesidad de atender el dinamismo de una actividad, la inviabilidad de hacer casuística en una norma con rango legal, entre otros⁸.

En esta línea, la jurisprudencia comparada sostiene que la potestad reglamentaria se fundamenta en la agilización de medios, la experiencia, la habitualidad, la rapidez y la continuidad de la labor de la Administración Pública, tal como se aprecia de la siguiente cita:

*“(...) mientras los Parlamentos se mueven con solemnidades, lentitudes e intermitencias, con poca aptitud de las asambleas legislativas para llegar en su conjunto al conocimiento de los detalles y de las reglas técnicas que han de regular sutilmente las múltiples cuestiones que a diario tiene que afrontar la Administración, por el contrario ésta cuenta a su favor con una **agilización de medios, con una experiencia, con una habitualidad, con una rapidez y con una continuidad**, que es lo que explica la desproporción existente en todos los países entre el volumen de la obra legislativa y el de la obra reglamentaria”*⁹.

(Negrilla agregada)

Según refiere la doctrina¹⁰, la tipificación vía reglamentaria está sometida a condiciones muy rigurosas:

- La tipificación reglamentaria precisa de una habilitación expresa de la ley.
- La ley de remisión debe establecer **parámetros (instrucciones y límites)** dentro de los cuales se ha de elaborar el Reglamento.
- El Reglamento únicamente puede regular lo que le ha encomendado la ley y dentro de las instrucciones y límites establecidos.

7 Cf. MORÓN, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Novena edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 712.

8 *Ibidem*, p. 713.

9 Sentencias concatenadas del 10 y 20 de marzo de 1985 y 28 de enero y 12 de febrero de 1986, citadas por NIETO, Alejandro, *Óp. Cit.*, p. 263.

10 Cf. NIETO, Alejandro. *Óp. Cit.*, pp. 229 y 269.

En relación a los parámetros, el Tribunal Constitucional de España establece que la tipificación reglamentaria solo resulta constitucionalmente lícita “*cuando en la ley que le ha de servir de cobertura queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer*”¹¹.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional peruano refiere que es perfectamente posible y constitucionalmente legítimo el establecimiento de infracciones y sanciones a través de reglamentos, siempre y cuando estos **no desnaturalicen la finalidad y la razón de ser de la ley** que pretenden regular, en estricta observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad¹².

En consecuencia, se vulneraría el principio de reserva de ley si el legislador se contenta con abrir el paso a la regulación reglamentaria sin añadir precisión alguna¹³. En estos casos, se produciría lo que el Tribunal Constitucional español denomina “deslegalización de la materia reservada”, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad de tipificar infracciones y sanciones administrativas. Esto resultaría inadmisibles porque así se hace posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que implicaría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de ley entraña (asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes)¹⁴.

De igual manera, la doctrina refiere que la remisión legal será considerada inconstitucional si implica la “*habilitación o remisión al reglamento para la configuración ex novo de obligaciones o prohibiciones cuya contravención de origen a una infracción sancionable*”¹⁵.

11 Cf. STC 3/1988, fundamento jurídico 9, citado por NIETO, Alejandro, *Óp. Cit.*, p. 223. STC 101/1988 de 8 de junio (RTC 1988,101), fundamento jurídico 3, citado por GOMEZ, Manuel e Iñigo SANZ. *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. Segunda edición. Lima: Editorial Aranzadi S.A., 2010, p. 164.

12 Cf. Sentencia del 29 de marzo de 2007, recaída en el Expediente N° 05262-2006-PA/TC, fundamento jurídico 6.

13 Cf. NIETO, Alejandro. *Óp. Cit.*, p. 229.

14 Cf. STC 83/1984 de 24 de julio, citado por NIETO, Alejandro. *Óp. cit.*, p. 230. STC 101/1988 de 8 de junio (RTC 1988,101), fundamento jurídico 3, citado por GOMEZ, Manuel e Iñigo SANZ. *Óp. Cit.*, p. 134.

15 Cf. NIETO, Alejandro. *Óp. Cit.*, p. 244.

Por lo expuesto, la tipificación vía reglamentaria se justifica en la complejidad técnica y el dinamismo de la materia a regular, así como en la experiencia y rapidez de la Administración Pública. Para que este mecanismo resulte válido se requiere: (i) que sea establecido de forma expresa por una norma con rango de ley, (ii) que la ley de remisión contenga los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones que se pueden imponer; y, (iii) que el reglamento no desnaturalice la finalidad y la razón de ser de la ley, esto es, que regule solo lo encomendado dentro de los parámetros establecidos.

2.3. Sobre la constitucionalidad de la delegación reglamentaria establecida por la Ley N° 30011

Como se ha indicado anteriormente, mediante la Ley N° 30011 se han modificado los Artículos 11° y 17° de la Ley N° 29325, delegándose al OEFA la labor de tipificar infracciones y aprobar la escala de sanciones respectiva, tal como se advierte de las siguientes citas:

“Artículo 11°.- Funciones generales

(...)

11.2 El OEFA, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), ejerce las siguientes funciones:

- a) Función normativa:** (...) *En ejercicio de la función normativa, el OEFA es competente, entre otros, para **tipificar infracciones administrativas y aprobar la escala de sanciones correspondientes, así como los criterios de graduación** de estas y los alcances de las medidas preventivas, cautelares y correctivas a ser emitidas por las instancias competentes respectivas.*

(...).”

(Negrilla agregada)

“Artículo 17°.- Infracciones administrativas y potestad sancionadora

(...)

Mediante resolución de Consejo Directivo del OEFA se tipifican las conductas y se aprueba la escala de sanciones aplicables. La tipificación de infracciones y sanciones generales y transversales será de aplicación supletoria a la tipificación de infracciones y sanciones que utilicen las EFA.”

La delegación reglamentaria se justifica en la complejidad técnica y en el dinamismo de la materia regulada, así como en la experiencia y pericia con la que cuenta el OEFA. En efecto, según refiere Maraví Sumar, el OEFA, al ser un organismo técnico especializado encargado de la fiscalización ambiental y, además,

ente rector del SINEFA, es la entidad pública con mayor capacidad para tipificar las conductas sancionables en base a sus conocimientos y experiencia en la materia¹⁶.

En cuanto a la validez de la delegación reglamentaria, debe indicarse que mediante la modificación del Artículo 17° de la Ley N° 29325, efectuado por la Ley N° 30011, se ha cumplido con el **primer requisito** de validez. Esto es, se cuenta con una **habilitación expresa de la ley** para tipificar las infracciones y sanciones a través de un Reglamento.

Con relación al **segundo requisito** de validez, cabe indicar que en los Artículos 17° y 19° de la Ley N° 29325 y en el Artículo 136° de la Ley N° 28611 (modificados por la Ley N° 30011) se han previsto **las instrucciones y los límites** dentro de las cuales se ha de elaborar el Reglamento.

En primer lugar, en el Artículo 17° de la Ley N° 29325, modificada por Ley N° 30011 (la ley de remisión) se han contemplado los **elementos esenciales de la conducta antijurídica**, estableciéndose lo siguiente:

“Artículo 17.- Infracciones administrativas y potestad sancionadora Constituyen infracciones administrativas bajo el ámbito de competencias del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) las siguientes conductas:

- a) *El incumplimiento de las obligaciones contenidas en la **normativa ambiental**.*
- b) *El incumplimiento de las obligaciones a cargo de los administrados establecidas en los **instrumentos de gestión ambiental** señalados en la normativa ambiental vigente.*
- c) *El incumplimiento de los compromisos ambientales asumidos en **contratos de concesión**.*
- d) *El incumplimiento de las medidas cautelares, preventivas o correctivas, así como de las disposiciones o mandatos **emitidos por las instancias competentes del OEFA**.*
- e) *Otras que correspondan al ámbito de su competencia.*

(...)”.

(Negrilla agregada)

¹⁶ Cf. MARAVÍ, Milagros. Informe presentado ante el OEFA el 4 de junio de 2013. párrafo 4.13.

De esta manera, el OEFA solo podrá tipificar como infracciones las acciones u omisiones subsumibles en los parámetros antes establecidos. Esto es, solo constituirá infracción administrativa el incumplimiento de las obligaciones previstas en la ley¹⁷, los instrumentos de gestión ambiental, los contratos de concesión o las medidas administrativas emitidas por el OEFA.

Como se puede advertir, la tipificación de infracciones efectuada por el OEFA no implicará la creación de nuevas obligaciones para los administrados. Por el contrario, la labor de tipificación del OEFA se limitará a compilar y consolidar todas las obligaciones ya previstas (en el ordenamiento jurídico, en los instrumentos de gestión ambiental, etc.) y a graduar la sanción que se puede imponer ante el incumplimiento de las mismas.

Lo anterior ha sido consignado expresamente en el Artículo 4° de las Reglas Generales sobre el ejercicio de la Potestad Sancionadora del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 038-2013-OEFA/CD, el cual establece lo siguiente:

“CUARTA.- Sobre el contenido del supuesto hecho del tipo infractor

4.1 Se tipifican como supuestos de hecho de infracciones administrativas aquellas conductas de acción u omisión que signifiquen o expresen el incumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables, incluyendo las vinculadas a la fiscalización ambiental.

4.2 Sin perjuicio de tipificar como infracción administrativa el incumplimiento de las medidas cautelares, preventivas o correctivas, así como de las disposiciones y mandatos emitidos por las instancias competentes del OEFA, mediante la tipificación de infracciones realizada por el Consejo Directivo del OEFA no se podrá crear obligaciones ambientales nuevas para los administrados.”

(Negrilla agregada)

17 Sobre el particular, la jurisprudencia comparada señala que no se vulnera la exigencia de *lex certa* si “la remisión que el precepto que tipifica las infracciones realice a otras normas que impongan **deberes u obligaciones concretas** de ineludible cumplimiento, de forma que su conculcación se asuma como elemento definidor de la infracción sancionable misma, siempre que sea asimismo previsible con suficiente grado de certeza, la consecuencia punitiva derivada de aquel incumplimiento o transgresión”. Cf. Tribunal Constitución de España, STC 219/1989 de 21 de diciembre, fundamento jurídico 5, citado por GOMEZ Manuel e Iñigo SANZ. Óp. Cit., p. 164.

En esta misma línea, Maraví Sumar sostiene que *“la tipificación a ser realizada por el OEFA debe emitirse en concordancia con el contenido esencial de aquello que se considera indebido en la citada ley [Ley N° 30011]. Con lo cual, el OEFA no deberá tipificar conductas sancionables más allá de las causales generales [antes] citadas (...) La función de tipificación del OEFA debe ser entendida como la facultad de desglosar y regular el contenido específico de las mencionadas infracciones, delimitando y concretizando las conductas sancionadas dentro del marco legal establecido”*¹⁸.

De esta forma, la Ley de remisión ha cumplido con establecer parámetros específicos para determinar las conductas cuyo incumplimiento puede ser sancionado.

En segundo lugar, en el Artículo 136° de la Ley N° 28611, modificado por la Ley N° 30011, se prevé **la naturaleza y los límites máximos de las sanciones** que pueden contemplarse en la tipificación reglamentaria, a saber:

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

(...)

136.2 Son sanciones coercitivas:

- a. Amonestación.***
- b. Multa no mayor de 30,000 Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha en que se cumpla el pago.***

(...)”.

Como se puede apreciar de la norma citada, en la tipificación reglamentaria efectuada por el OEFA solo se puede contemplar como sanción: la amonestación o la multa. En cuanto a la multa, el monto máximo que puede imponerse asciende a 30 000 Unidades Impositivas Tributarias. De esta forma, la Ley de remisión ha cumplido con establecer límites claros para el ejercicio de la potestad reglamentaria del OEFA.

De conformidad con la doctrina y la jurisprudencia detallada en el acápite 2.2 precedente, la delegación reglamentaria dispuesta por la Ley N° 30011 resultaría plenamente válida al cumplir con los dos requisitos antes mencionados (habilitación legal expresa y el establecimiento de parámetros en la Ley de remisión). No obstante, para garantizar que la tipificación reglamentaria sea aún más razonable, la Ley de remisión ha contemplado criterios para establecer la escala de sanciones. En este sentido, el Artículo 19° de la Ley N° 29325, modificado por la Ley N° 30011, establece lo siguiente:

¹⁸ Cf. MARAVÍ, Milagros. Informe presentado el 4 de junio de 2013, párrafo 3.12.

“Artículo 19°.- Clasificación y criterios para la clasificación de sanciones

19.1 Las infracciones y sanciones se clasifican como leves, graves y muy graves. Su determinación debe fundamentarse en la **afectación a la salud y al ambiente, en su potencialidad o certeza de daño, en la extensión de sus efectos y en otros criterios que puedan ser definidos de acuerdo a la normativa vigente.**

19.2 El Consejo Directivo del OEFA aprueba la escala de sanciones donde se establecen las sanciones aplicables para cada tipo de infracción, tomando como base las establecidas en el artículo 136 de la Ley 28611, Ley General del Ambiente.”

(Negrilla agregada)

Tal como refiere Maraví Sumar “la aprobación de la escala de multas, que finalmente es la graduación de las infracciones tipificadas, cuenta con respaldo legal y es acorde al principio de tipicidad”¹⁹. En efecto, la ley de remisión ha sido muy precisa al establecer la naturaleza y los límites de la sanción, así como los criterios para su graduación. Por ende, la delegación reglamentaria resulta plenamente constitucional.

Por lo expuesto, la delegación reglamentaria contemplada en la Ley N° 30011 cumple los dos requisitos de validez. En primer lugar, cuenta con una habilitación legal expresa prevista en el Artículo 17° de la Ley N° 29325. En segundo lugar, la ley de remisión cumple con precisar los criterios que se deben tener en cuenta para establecer las infracciones y graduar las sanciones. De esta forma, la delegación reglamentaria concedida al OEFA ha observado los principios de legalidad y tipicidad, por lo que resulta plenamente constitucional.

Adicionalmente, debe indicarse que los Organismos Reguladores también cuentan con la facultad de tipificar infracciones y establecer la escala de sanciones, bajo los mismos parámetros establecidos para el OEFA. En efecto, de conformidad con el Artículo 3° de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, estas entidades, en ejercicio de sus funciones normativas, pueden tipificar infracciones por **incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos**. Dicha norma goza de plena validez jurídica.

19 Ibidem, párrafo 3.14.

III. SOBRE EL INCREMENTO DEL TOPE MÁXIMO DE LAS MULTAS

Mediante la Ley N° 30011 se ha modificado el Literal b) del Numeral 136.2 del Artículo 136° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, incrementándose el monto de la multa tope de 10 000 a 30 000 Unidades Impositivas Tributarias.

Con la finalidad de demostrar que dicho incremento resulta plenamente constitucional, a continuación se desarrollan los alcances del principio de proporcionalidad.

3.1. La aplicación del principio de proporcionalidad en el establecimiento de sanciones

El Tribunal Constitucional sostiene que el principio de proporcionalidad se encuentra reconocido en el Artículo 200° de la Constitución Política del Perú²⁰ y se emplea para analizar la validez de cualquier acto que limite o restrinja los derechos de las personas, como las sanciones²¹.

En el Derecho Administrativo Sancionador, el principio de proporcionalidad exige que exista un equilibrio entre los medios utilizados y la finalidad perseguida; una correspondencia entre la gravedad de una conducta infractora y la consecuencia punitiva que se le atribuye²². En consecuencia, el legislador debe tener prudencia al momento de tipificar las conductas infractoras y de asignarles una sanción, que habrá de ser necesariamente ajustada a la gravedad o trascendencia de la infracción²³.

20 Constitución Política del Perú

“Artículo 200°.- Son garantías constitucionales:

El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución.

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.”

(Negrilla agregada)

21 Cf. Sentencia del 3 de enero de 2003, recaída en el Expediente N° 010-2002-AI/TC, fundamento jurídico 195.

22 Cf. DE FUENTES, Joaquín et ál. *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005, p. 245.

23 *Ibidem*.

En este sentido, el Numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 prescribe que las decisiones de la autoridad administrativa que impongan sanciones 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.

Por su parte, el Numeral 3 del Artículo 230° de la Ley N° 27444 señala que en aplicación del principio de proporcionalidad, las autoridades administrativas deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

Por lo expuesto, en aplicación del principio de proporcionalidad, el legislador debe procurar que la sanción establecida guarde correspondencia con la gravedad de la conducta infractora. Asimismo, debe prever que sea lo suficientemente gravosa como para evitar que el infractor obtenga un beneficio de su actuación ilícita. Pero, a su vez, que no llegue a ser demasiado onerosa para el infractor, situación que podría causar un efecto de sobre-desincentivo que tampoco es deseable, debido a que puede conducir a que las actividades económicas se desarrollen en niveles por debajo de lo socialmente eficiente.

3.2. Sobre la constitucionalidad del incremento del monto tope de las multas

En aplicación del principio de proporcionalidad, para establecer el monto de la sanción se debe tener en cuenta principalmente dos criterios: **la gravedad de la conducta infractora y la capacidad económica del administrado.**

En relación al primer criterio, el Literal a) del Numeral 3 del Artículo 230° de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General precisa que las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiéndose observar en primer lugar la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido.

En esta línea, debe tenerse en cuenta que las conductas tipificadas como infracciones ambientales pueden generar impactos significativos en los bienes jurídicos tutelados (*v. gr.* ambiente, recursos naturales, salud de las personas, entre otros). El daño ambiental de tales conductas puede ser valorizado en decenas de millones de nuevos soles.

Así, por ejemplo, en España el buque petrolero “Prestige” se accidentó el 13 de noviembre de 2002 en el noroeste de Galicia, con una carga de 77 000 toneladas métricas de petróleo. La marea negra provocada por el vertimiento causó una de las catástrofes medioambientales más grandes de la historia, debido a la cantidad de contaminantes liberados y por la extensión del área afectada (zona comprendida desde el norte de Portugal hasta las Landas de Francia).

Las investigaciones efectuadas señalaron que el daño ambiental se valorizaba en 574,72 millones de euros, aproximadamente 2 870 millones de nuevos soles²⁴.

Otro caso trascendente ocurrió en Alaska (Estados Unidos) el 24 de marzo de 1989. El buque petrolero Exxon Valdez impactó con un arrecife de coral y derramó cerca de 10,8 millones de galones de petróleo crudo. Dicho derrame se expandió sobre más de 2 000 kilómetros de costa. El daño al medio ambiente se estimó en 2,8 mil millones dólares americanos, aproximadamente 3 951 millones de nuevos soles²⁵.

Por lo tanto, si se tiene en cuenta la gravedad de las conductas infractoras de carácter ambiental y los impactos que pueden generar sobre los bienes jurídicos protegidos, la multa establecida por el legislador (30 000 UIT) resulta plenamente razonable. Evidentemente, una multa con esa cuantía solo se aplicaría en aquellos casos en los que el administrado ha cometido una infracción muy grave, su conducta ha causado severos daños al ambiente o a la vida o salud de las personas y en los que están presentes los factores agravantes más significativos (v. gr. reincidencia, intencionalidad, impacto en áreas naturales protegidas, afectación a poblaciones indígenas, entre otros).

En relación al segundo criterio, debe señalarse que las sanciones deben ser proporcionales a los ingresos de los administrados (capacidad económica). En este sentido, la sanción no debe ser demasiado onerosa, pero sí lo suficientemente gravosa como para desincentivar eficazmente la puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados.

En esta línea, para fijar la multa máxima a imponer se debe tener en cuenta los ingresos de las empresas (especialmente, empresas con mayores ingresos), con la finalidad de establecer un porcentaje que resulte ser lo suficientemente disuasivo para los administrados. De lo contrario, los administrados no tendrían ningún incentivo para cumplir la legislación ambiental.

Según la publicación “Perú: The Top 10 000 Companies”, en el año 2011 el ingreso máximo que percibió un administrado fiscalizado por el OEFA ascendió a S/. 13 576 653 000 nuevos soles. Para las veinte primeras empresas la multa tope anterior ascendente a 10 000 UIT solo representaba en promedio el 1,7% de sus ingresos, tal como se advierte de la siguiente tabla:

24 Cf. LOUREIRO M. et al. *Economic valuation of environmental damages due to the Prestige Oil Spill in Spain*. Springer Science+Bussines Media B.V., 2009, pp. 537-553.

25 Cf. CARSON, Richard, MITCHELL, Robert, HANEMANN, Michael, KOPP, Raymond, PRESEER, Stanley y RUUD, Paul. “Contingent Valuation and Lost Passive Use: Damages from the Exxon Valdez Oil Spill”. *Environmental and Resource Economics*, Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2003, pp. 257-286.

**PORCENTAJE DE LA MULTA RESPECTO DE LOS INGRESOS DE LAS
20 PRIMERAS EMPRESAS DE LOS SECTORES FISCALIZADOS POR
EL OEFA DURANTE EL AÑO 2011
(En nuevos soles)**

Razón Social	Ingresos 2011	Multa Tope (10 000 UIT - Año 2011)	Porcentaje de los ingresos
Petróleos del Perú - PETROPERÚ S.A.	13 576 653 000	36 000 000	0,3%
Refinería La Pampilla S.A.A.	11 951 401 000	36 000 000	0,3%
Southern Peru Copper Corporation Suc. del Perú	8 743 971 500	36 000 000	0,4%
Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A.	6 930 137 500	36 000 000	0,5%
Minera Barrick Misquichilca S.A.	4 021 151 750	36 000 000	0,9%
Perú LNG S.R.L.	3 537 943 094	36 000 000	1,0%
Cía. de Minas Buenaventura S.A.A.	3 281 258 792	36 000 000	1,1%
Shougang Hierro Perú S.A.A.	3 065 579 000	36 000 000	1,2%
MINSUR S.A.	2 256 179 000	36 000 000	1,6%
Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A.	1 879 762 000	36 000 000	1,9%
Volcán Cía. Minera S.A.A.	1 855 062 000	36 000 000	1,9%
Luz del Sur S.A.A.	1 813 673 000	36 000 000	2,0%
Xstrata Tintaya S.A.	1 776 152 000	36 000 000	2,0%
Gold Fields La Cima S.A.A.	1 571 266 000	36 000 000	2,3%
Cía. Minera Milpo S.A.A.	1 362 036 500	36 000 000	2,6%
Pluspetrol Lote 56 S.A.	1 279 049 750	36 000 000	2,8%
Savia Perú S.A.	1 270 642 000	36 000 000	2,8%
EDEGEL S.A.A.	1 224 652 000	36 000 000	2,9%
Pluspetrol Camisea S.A.	1 220 903 750	36 000 000	2,9%
ENERSUR S.A.	1 145 949 750	36 000 000	3,1%
Promedio			1,7%

Fuente: "Perú: The Top 10000 Companies", Edición 2012, pp. 374 - 385

Elaboración propia

En cambio, el monto vigente de la multa tope ascendente a 30 000 UIT representa para las veinte primeras empresas en promedio el 5,2% de sus ingresos, tal como se aprecia de la siguiente tabla:

**PORCENTAJE DE LA MULTA RESPECTO DE LOS INGRESOS DE LAS
20 PRIMERAS EMPRESAS DE LOS SECTORES FISCALIZADOS POR
EL OEFA DURANTE EL AÑO 2011
(En nuevos soles)**

Razon Social	Ingresos 2011	Multa Tope (30 000 UIT - Año 2011)	Porcentaje de los Ingresos
Petroleos del Perú -PETROPERÚ S.A.	13 576 653 000	108 000 000	0,8%
Refinería La Pampilla S.A.A.	11 951 401 000	108 000 000	0,9%
Southern Peru Copper Corporation Suc. del Perú	8 743 971 500	108 000 000	1,2%
Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A.	6 930 137 500	108 000 000	1,6%
Minera Barrick Misquichilca S.A.	4 021 151 750	108 000 000	2,7%
Perú LNG S.R.L.	3 537 943 094	108 000 000	3,1%
Cía. de Minas Buenaventura S.A.A.	3 281 258 792	108 000 000	3,3%
Shougang Hierro Perú S.A.A.	3 065 579 000	108 000 000	3,5%
MINSUR S.A.	2 256 179 000	108 000 000	4,8%
Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A.	1 879 762 000	108 000 000	5,7%
Volcan Cía. Minera S.A.A.	1 855 062 000	108 000 000	5,8%
Luz del Sur S.A.A.	1 813 673 000	108 000 000	6,0%
Xstrata Tintaya S.A.	1 776 152 000	108 000 000	6,1%
Gold Fields La Cima S.A.A.	1 571 266 000	108 000 000	6,9%
Cia. Minera Milpo S.A.A.	1 362 036 500	108 000 000	7,9%
Pluspetrol Lote 56 S.A.	1 279 049 750	108 000 000	8,4%
Savia Perú S.A.	1 270 642 000	108 000 000	8,5%
EDEGEL S.A.A.	1 224 652 000	108 000 000	8,8%
Pluspetrol Camisea S.A.	1 220 903 750	108 000 000	8,8%
ENERSUR S.A.	1 145 949 750	108 000 000	9,4%
Promedio			5,2%

Fuente: "Perú: The Top 10000 Companies", Edición 2012, pp. 374 - 385
Elaboración propia

Como se puede advertir, el incremento de la multa tope resultaba necesario, pues solo de esta forma se ha logrado que la sanción resulte disuasiva para este grupo de administrados con mayores ingresos. En efecto, resulta evidente que la multa tope anterior no resultaba disuasiva, pues solo ascendía en promedio al 1,7% de los ingresos de estos administrados; por ende, para estos realizar la conducta infractora podría resultar rentable. En este contexto, el incremento de la multa tope ha permitido cumplir con la finalidad retributiva y preventiva de las sanciones.

De lo anterior se desprende que la multa tope establecida por la Ley N° 30011 no resulta excesiva ni confiscatoria si se tiene en cuenta la capacidad económica de las empresas con mayores ingresos fiscalizadas por el OEFA.

Debe quedar claro que para imponer la multa máxima se va a tener en cuenta la gravedad de la conducta infractora y la capacidad económica del administrado, en aplicación de los principios de proporcionalidad y no confiscatoriedad. De esta forma, la Administración Pública solo impondrá la sanción máxima a un administrado con importantes ingresos que cometa la infracción más grave con los factores agravantes más significativos.

Más aún, debe tenerse en cuenta que en las “Reglas Generales sobre el ejercicio de la Potestad Sancionadora del OEFA”, aprobadas por Resolución de Consejo Directivo N° 038-2013-OEFA/CD, publicada el 18 de setiembre de 2013, se ha establecido que la sanción a imponer no podrá superar el 10% del ingreso bruto anual percibido por el infractor, tal como se advierte de la siguiente cita:

“DÉCIMA.- Del monto de las multas

10.1 En aplicación del principio de no confiscatoriedad, la multa a ser aplicada no será mayor al diez por ciento (10%) del ingreso bruto anual percibido por el infractor el año anterior a la fecha en que cometió la infracción.

10.2 En caso el administrado esté realizando actividades en un plazo menor al establecido en el párrafo anterior, se estimará el ingreso bruto anual multiplicando por doce (12) el promedio de ingreso bruto mensual registrado desde la fecha de inicio de tales actividades.

En caso el administrado no esté percibiendo ingresos, se efectuará la estimación de los ingresos que proyecta percibir.

10.3 La regla prevista en el Numeral 10.1 precedente no será aplicada en aquellos casos en que el infractor:

- a) *Ha desarrollado sus actividades en áreas o zonas prohibidas;*
 - b) *No ha acreditado sus ingresos brutos, o no ha efectuado la estimación de los ingresos que proyecta percibir; o,*
 - c) *Sea reincidente.”*
- (...).”

Cabe indicar que esta disposición también ha sido contemplada en las recientes tipificaciones aprobadas por el OEFA. Esto es, en la “Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones vinculadas con la Eficacia de la Fiscalización Ambiental”, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 042-2013-OEFA/CD, publicada el 16 de octubre de 2013, en la “Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones relacionados al incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles”, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD, publicada el 13 de noviembre de 2013, y en la “Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones relacionadas con los Instrumentos de Gestión Ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas”, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD, publicada el 20 de diciembre de 2013.

El principio de no confiscatoriedad, en los términos implementados por el OEFA, va a evitar que a través del ejercicio de su potestad sancionadora se afecte a las empresas medianas o pequeñas, pues en ningún caso la multa a imponer superará el 10% de los ingresos percibidos por el infractor el año anterior al de la comisión de la infracción.

Adicionalmente, se cuenta con una “Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones”, aprobada por Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD, publicada el 12 de marzo de 2013. En la referida metodología se han contemplado criterios objetivos para graduar la sanción a imponer. De esta forma, se logra que el dictado de las sanciones resulte razonable y predecible.

Por lo expuesto, el incremento de la multa tope dispuesto por la Ley N° 30011 se justifica en la gravedad de la conducta infractora y en la capacidad económica de los administrados fiscalizados por el OEFA. La multa máxima solo se va imponer a los administrados que perciben ingresos significativos y que cometen las infracciones más graves con los factores agravantes más severos.

En este sentido, puede afirmarse que la multa máxima resulta proporcional y no confiscatoria. Aún más, según lo dispuesto por las “Reglas Generales sobre el ejercicio de la potestad sancionadora del OEFA” no se impondrá una sanción mayor al 10% de los ingresos brutos percibidos por el infractor, por lo que, se encuentra

plenamente garantizada la vigencia del principio de no confiscatoriedad. Además, se cuenta con una “Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones”, mediante la cual se garantiza que las sanciones sean razonables y predecibles.

Finalmente, debe señalarse que en el ordenamiento jurídico nacional se han previsto multas tope mayores a las contempladas en la Ley N° 30011. En efecto, en la Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN N° 271-2012-OS/CD²⁶, mediante la cual se aprueba la “Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos” se ha establecido que la multa tope puede ascender hasta 44 000 UIT, tal como se aprecia del siguiente cuadro:

INFRACCIÓN (Supuesto de hecho del tipo infractor)		SANCIÓN MONETARIA
1	No contar con el Estudio de Riesgo, tenerlo incompleto, desactualizado o no reformulado, no presentarlo o presentarlo fuera de plazo	Hasta 44 000 UIT
2	Incumplir con las obligaciones contenidas en los Estudios de Riesgos	Hasta 44 000 UIT

Como se puede advertir, la multa tope impuesta por OSINERGMIN es significativamente superior a la establecida para el OEFA. No obstante, dicha norma continua vigente hasta la fecha, pues resulta proporcional a la capacidad económica de los administrados.

IV. SOBRE EL RÉGIMEN ESPECIAL DE EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Como se ha indicado precedentemente, mediante la Ley N° 30011 se ha establecido un régimen especial para la ejecución de los actos administrativos emitidos por el OEFA.

Con la finalidad de demostrar la necesidad y constitucionalidad de dicho régimen, a continuación se desarrollan los alcances del derecho a la tutela cautelar y de la contracautela.

²⁶ Publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de enero de 2013.

4.1. Derecho a la tutela cautelar en el contencioso administrativo

El Tribunal Constitucional sostiene que la tutela cautelar constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso consagrado en el Numeral 3 del Artículo 139° de la Constitución Política del Perú. En este sentido, afirma que “*no existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por ésta*”²⁷.

La tutela cautelar tiene como función constitucional el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, a la par que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva²⁸.

Las medidas cautelares se conceden solo si la pretensión principal tiene apariencia de encontrarse protegida por el Derecho (*fumus boni iuris*), y a través de una providencia que resulte idónea (*adecuación*) para evitar el peligro que puede significar la demora en la tramitación del proceso (*periculum in mora*)²⁹.

En los procesos contencioso administrativos, la concesión de una medida cautelar implica la relativización del privilegio de la ejecutividad y la ejecutoriedad de los actos administrativos, esto es, de su presunción de validez³⁰, y con ello, la posible afectación de los bienes jurídicos que a través de dichos actos se intentaba proteger.

Por tal motivo, el Tribunal Constitucional refiere que el legislador al momento de **configurar el procedimiento cautelar** “*no puede crear cauces y requisitos que permitan afectar otros bienes constitucionales, sino, por el contrario, debe establecer mecanismos que posibiliten una efectiva actuación no sólo de la medida cautelar y, consecuentemente, una efectiva prestación del debido proceso, sino también de los derechos fundamentales que prevalecen sobre los procesales*”³¹.

27 Cf. Sentencia de 27 de noviembre de 2005, recaída en el Expediente N° 0023-2005-PI/TC, fundamento jurídico 49.

28 Cf. Sentencia del 10 de agosto de 2012, recaída en el Expediente N° 00295-2011-Q/TC, Voto de los magistrados Mesía Ramírez y Eto Cruz, fundamento jurídico 7.

29 Cf. Sentencia de 27 de noviembre de 2005, recaída en el Expediente N° 0023-2005-PI/TC, fundamento jurídico 50.

30 Cf. DE LA SIERRA, Susana. *Tutela cautelar Contencioso - Administrativa y Derecho Europea*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2004, p. 126.

31 Cf. Sentencia de 27 de noviembre de 2005, recaída en el Expediente N° 0023-2005-PI/TC, fundamento jurídico 44.

Asimismo, el supremo intérprete de la Constitución señala que el juez, al momento de otorgar o mantener una medida cautelar, debe proceder con absoluta prudencia. Debe concederla compensando y equilibrando los intereses que le pudieran corresponder a la parte que solicita una medida cautelar, y a la parte demandada. Si bien mediante una medida cautelar se intenta proteger el resultado de un proceso que se ha iniciado para dilucidar si un demandante goza o no de un determinado derecho, esta medida no puede ser otorgada sacrificando la protección de los derechos y bienes constitucionales tutelados por las entidades públicas (v. gr. protección de niños y adolescentes, salud pública, **protección del medio ambiente**, seguridad pública, educación, vivienda, saneamiento, transporte colectivo, circulación y tránsito, entre otros)³².

4.2. Alcances sobre la contracautela

Mediante la contracautela se pretende equilibrar el riesgo que conlleva la adopción de la medida cautelar para los intereses en juego. De esta manera, se permite al juez dictar resoluciones razonables, garantizando una cierta reparación a *posteriori* del interés que haya resultado afectado por su decisión. En este contexto, al juez le está permitido exigir las garantías (contracautela) que estime oportunas para tal efecto³³.

La doctrina ha vinculado la exigencia de la contracautela con la aplicación del principio de proporcionalidad. En este sentido, señala que en aplicación del principio de proporcionalidad, el juez al momento de conceder una medida cautelar ha de realizar una ponderación entre las necesidades de la ejecución del acto administrativo y de la suspensión del mismo, admitiendo la contracautela como un mecanismo de modulación del interés que haya salido perdedor en dicha ponderación³⁴.

Como se puede apreciar, con el establecimiento de la contracautela, el legislador garantiza un adecuado equilibrio entre el interés del demandante y el interés público tutelado por la Administración Pública. De ahí que la contracautela deba ser establecida teniendo en cuenta la importancia del interés público afectado.

32 *Ibídem*.

33 Cf. DE LA SIERRA, Susana. *Óp. Cit.*, p. 214.

34 *Ibídem*, p. 217.

4.3. Constitucionalidad del régimen especial de ejecución de los actos administrativos establecido por la Ley N° 30011

Como se ha indicado precedentemente, mediante Ley N° 30011 se ha incorporado el Artículo 20°-A de la Ley N° 29325 estableciéndose un régimen especial para la ejecución de los actos administrativos emitidos por el OEFA a fin de garantizar la eficacia de la fiscalización ambiental.

El referido Artículo 20°-A de la Ley N° 29325 establece mayores requisitos para solicitar la suspensión de los efectos de las resoluciones administrativas emitidas por el OEFA, en comparación con el régimen ordinario regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26979 - Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva.

En efecto, de conformidad con lo establecido en el régimen ordinario la sola presentación de una demanda contencioso administrativa o una demanda de revisión judicial suspende el procedimiento de ejecución coactiva. En cambio, según lo establece el Artículo 20°-A antes mencionado, para suspender la eficacia de un acto administrativo emitido por el OEFA se requiere obtener necesariamente una medida cautelar, previo ofrecimiento de una contracautela personal o real, tal como se constata de la siguiente cita:

“Artículo 20-A.- Ejecutoriedad de las resoluciones del OEFA

(...)

*Sin perjuicio de los requisitos y demás regulaciones establecidas en el Código Procesal Civil en materia de medidas cautelares, cuando el administrado, en cualquier tipo de proceso judicial, solicite una medida cautelar que tenga por objeto suspender o dejar sin efecto las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa referidas a la imposición de sanciones administrativas, incluso aquellas dictadas dentro del procedimiento de ejecución coactiva o que tengan por objeto **limitar cualquiera de las facultades del OEFA** previstas en la presente Ley y normas complementarias, son de aplicación las siguientes reglas:*

- a) *Para admitir a trámite las medidas cautelares, los administrados deben cumplir con presentar una **contracautela de naturaleza personal o real. En ningún caso el juez puede aceptar como contracautela la caución juratoria.***

(...)”.

(Negrilla agregada)

El establecimiento de un régimen especial se justifica en la trascendencia de los derechos fundamentales (v. gr. derecho a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado, derecho a la salud y vida de las personas, entre otros) que se pretenden proteger con la ejecución oportuna de los actos administrativos emitidos por el OEFA.

Para resguardar la vigencia de dichos bienes jurídicos resultaba necesario que la suspensión de los actos administrativos emitidos por el OEFA solo se efectuara si el administrado obtenía una medida cautelar (y no con la simple presentación de la demanda). En otras palabras, resultaba necesario que la suspensión solo proceda en aquellos casos en los que a criterio de un juez exista verosimilitud de que la ejecución del acto administrativo pueda generar un perjuicio al demandante y, que teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto resulta necesario y razonable la imposición de una medida cautelar.

Asimismo, teniendo en cuenta la trascendencia de los bienes jurídicos en juego resultaba necesario que el legislador exigiera para el otorgamiento de una medida cautelar la presentación de una contracautela de naturaleza personal y real, pues resulta evidente que la simple caución juratoria no es idónea para resarcir los daños –en algunos casos, irreparables– que pudiera generar la suspensión del acto administrativo.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que existe un vínculo estrecho entre el interés ambiental y el derecho a la salud y vida de las personas. La afectación del medio ambiente genera un impacto negativo en el bienestar del ser humano. Los daños causados al medio ambiente, a la esfera vital del individuo, serán, en buena parte de los casos, irreversibles³⁵. Por tal motivo, se debe conceder con prudencia la suspensión del acto administrativo destinado a garantizar la eficacia de esos bienes jurídicos. En el caso de que se advierta la necesidad de conceder la medida cautelar, debe exigirse el otorgamiento de una contracautela lo suficientemente idónea para asegurar la reparación de los daños ocasionados, la cual no puede ser otra que la contracautela de naturaleza real o personal.

Como puede apreciarse, el establecimiento del régimen especial de ejecución de los actos administrativos del OEFA resultaba necesario para garantizar el cumplimiento oportuno de las resoluciones y, con ello, una protección efectiva del medio ambiente. Mediante este régimen se equilibra adecuadamente el derecho de los administrados con el interés público tutelado por el OEFA.

35 Cf. DE LA SIERRA, Susana. Óp. Cit. p. 248.

V. CONCLUSIONES

Mediante la Ley N° 30011 se han implementado una serie de medidas para fortalecer la fiscalización ambiental. En primer lugar, se ha concedido al OEFA la facultad de tipificar infracciones y establecer la escala de sanciones por la vía reglamentaria. Al respecto, debe indicarse que la referida delegación reglamentaria cumple los dos requisitos de validez. En efecto, cuenta con una habilitación legal expresa y en la ley de remisión se cumple con precisar los criterios que se deben tener en cuenta para establecer las infracciones y graduar las sanciones. De esta forma, la delegación reglamentaria concedida al OEFA ha observado los principios de legalidad y tipicidad, por lo que resulta plenamente constitucional.

Asimismo, debe indicarse que el incremento de la multa tope dispuesto por la Ley N° 30011 se justifica en la gravedad de la conducta infractora y en la capacidad económica de los administrados fiscalizados por el OEFA. Por ende, dicha disposición resulta acorde con el principio de proporcionalidad y no confiscatoriedad.

Finalmente, respecto del régimen especial de ejecución de los actos administrativos, cabe indicar que este se fundamenta en la trascendencia de los bienes jurídicos tutelados por el OEFA. En efecto, teniendo en cuenta dicho criterio resultaba necesario que el legislador exigiera para la suspensión del acto administrativo la concesión de una medida cautelar, previo ofrecimiento de una contracautela de naturaleza personal o real. Pues resulta evidente que la simple caución juratoria no es idónea para resarcir los daños—en algunos casos, irreparables—que pudiera generar la suspensión del acto administrativo. Por ende, dicho régimen resulta plenamente constitucional al equilibrar adecuadamente el derecho de los administrados con el interés público tutelado por el OEFA.

BIBLIOGRAFÍA

CARSON, Richard et ál.

2003 “Contingent Valuation and Lost Passive Use: Damages from the Exxon Valdez Oil Spill”. *Environmental and Resource Economics*. Holanda: Kluwer Academic Publishers, 2003, pp. 257-286.

DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín et ál.

2005 *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. Navarra: Editorial Aranzadi.

DE LA SIERRA, Susana

2004 *Tutela cautelar Contencioso - Administrativa y Derecho Europea*. Navarra: Thomson Aranzadi, pp. 126.

GÓMEZ, Manuel e Iñigo SANZ

2010 *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. Segunda edición. Lima: Editorial Aranzadi, pp. 164.

MORÓN, Juan Carlos

2011 *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena edición. Lima: Gaceta Jurídica.

NIETO, Alejandro.

2012 *Derecho Administrativo Sancionador*. Quinta edición. Madrid: Editorial Tecnos.

LOUREIRO, Maria et ál.

2009 *Economic valuation of environmental damages due to the Prestige Oil Spill in Spain*. New York: Springer Science+Bussines Media, pp. 537-553.

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA AMBIENTAL

LUZ ORELLANA BAUTISTA

Sumario

Mediante este artículo, la autora destaca la importancia del derecho de acceso a la información –entendido como derecho fundamental– precisando que el acceso a la información ambiental oportuna y veraz, garantiza la transparencia en la gestión ambiental, la toma de decisiones bien informadas, la participación de la ciudadanía, así como la prevención de daños e impactos que, de no ser detectados de manera oportuna, podrían provocar consecuencias graves e irreversibles.

I. Introducción. II. El acceso a la información pública como derecho fundamental. III. Marco legal del derecho de acceso a la información pública en el Perú. IV. El acceso a la información pública ambiental y su desarrollo legal en el derecho comparado. V. Los avances en materia de acceso a la información pública ambiental en el Perú. VI. El OEFA como promotor de una mayor transparencia en las actividades de fiscalización ambiental. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La información es un componente imprescindible en el desarrollo de la sociedad, ya que aporta elementos para que las personas puedan orientar responsable y oportunamente su acción. En el ámbito público, el derecho de acceso a la información que las instituciones del Estado mantienen en su poder es uno de los pilares de la buena gobernanza, en tanto que posibilita la participación informada de la población en los asuntos públicos y favorece el control ciudadano del ejercicio del poder.

Es por ello que el derecho de acceso a la información pública ha sido elevado a nivel de derecho fundamental en los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos, encontrándose así en la Constitución Política del Perú, que lo define como el derecho que tiene toda persona para, sin expresión de causa, solicitar

y acceder a la información que se encuentra en poder de las entidades estatales. Así, las únicas limitaciones en cuanto al acceso a la información se refiere, es que esta afecte la intimidad personal y la que expresamente se excluya por ley o por razones de seguridad nacional.

En materia ambiental, el acceso a la información pública cobra especial relevancia debido a que es esencial para lograr una participación más activa y consciente de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones públicas que inciden sobre el medio ambiente, además de ofrecer al ciudadano las herramientas para el escrutinio activo de las actividades de entes estatales o privados a quienes el Estado otorga permisos y/o concesiones para el aprovechamiento de los recursos naturales, reduciendo la discrecionalidad en la administración de bienes públicos.

Si bien en esta materia nuestro país ha generado una serie de instrumentos legales con la finalidad de fomentar la participación de la sociedad civil en la gestión ambiental y fortalecer la capacidad que tiene la ciudadanía para demandar y obtener información oportuna y confiable en posesión de instituciones y/o autoridades públicas, este objetivo no se venía cumpliendo de manera efectiva, debido principalmente a la existencia de prácticas que, sin proponérselo, venían vulnerando sistemáticamente el derecho al acceso a la información pública.

En ese contexto, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA); el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) asume un rol activo en la promoción de una mayor transparencia en la administración de la información que posee, ya sea porque la ha generado u obtenido de terceros, definiendo de manera clara la información que es considerada confidencial, en concordancia con el principio de máxima publicidad.

Por ello, el objetivo del presente trabajo es presentar las medidas implementadas por el OEFA orientadas a lograr que los ciudadanos estén mejor informados, condición que constituye el elemento clave para el ejercicio de las acciones de tutela administrativa o judicial en materia ambiental.

II. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El derecho de acceso a la información pública se encuentra estrechamente relacionado con el principio de transparencia de la administración y el carácter público de las actividades del Estado¹. En ese contexto, este derecho posibilita

1 CASTRO, Karin. *Acceso a la Información Pública: Apuntes sobre su desarrollo en el Perú a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Cuaderno de Trabajo N° 6 del Departamento Académico de Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Setiembre, 2008, p. 7.

la participación informada de la población en los asuntos públicos y favorece el control ciudadano del ejercicio del poder y la rendición de cuentas por parte de los funcionarios públicos, requisitos indispensables para el fortalecimiento de la gobernabilidad y la democracia.

A nivel supranacional, este derecho encuentra su correlato en el derecho a la libertad de expresión, recogido en los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Artículo 19°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 19°) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 13°).

En el Perú, el derecho de acceso a la información pública ha sido reconocido como un derecho fundamental en la Constitución Política del Perú de 1993², que lo define como la facultad que tiene toda persona para, sin expresión de causa, solicitar y acceder a la información que se encuentra en poder, principalmente, de las entidades estatales, excluyéndose aquella cuyo acceso público se encuentra prohibido por la Constitución, es decir, la información que afecte la intimidad personal y la que expresamente se excluya por ley o por razones de seguridad nacional.

A su vez, este derecho puede ser protegido a través del proceso de *hábeas data*, recogido en el Numeral 1 del Artículo 61° del Código Procesal Constitucional. Este prescribe que, mediante el proceso de *hábeas data* cualquier persona puede solicitar el acceso a información que se encuentre en poder de cualquier entidad pública, pudiendo tratarse de información que estas:

“(...) generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la Administración Pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, sea esta gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material”.

2 Constitución Política del Perú

“Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

(...)”.

De los fallos que ha venido emitiendo el Tribunal Constitucional sobre el acceso a la información pública³, es posible identificar como elementos básicos para su configuración los siguientes: (a) la titularidad que le corresponde a toda persona sin ninguna otra exigencia o calificación subjetiva adicional; (b) el ejercicio no está condicionado a la expresión de causa, motivo ni destino o uso de la información solicitada; (c) la persona solicitante, únicamente, debe asumir el costo de reproducción de la información; y, (d) es exigible a todas las entidades públicas de los distintos niveles de gobierno, las empresas del Estado y empresas privadas que prestan servicios públicos o ejerzan funciones administrativas bajo cualquier modalidad.

Debe precisarse que, tratándose de un derecho fundamental, cualquier limitación de los poderes públicos al acceso a la información debe fundamentarse en la necesidad apremiante de protección de un bien jurídico constitucional, de lo contrario, la limitación resultaría inconstitucional. En ese sentido, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que “(...) *aplicando el criterio de proporcionalidad en el balance de los derechos afectados, el acceso a la información de interés público debe regirse bajo el principio de presunción de publicidad, aplicando las mínimas restricciones y solo en casos excepcionales*”⁴.

Este principio guarda estrecha relación con otro principio rector en materia de acceso a la información pública: el de la máxima publicidad, que implica el deber del Estado de procurar la más extensa aplicación posible de este derecho e involucra (a) el establecimiento del derecho de acceso a la información como regla general, (b) la preeminencia del derecho a la información en caso de conflictos de normas o de falta de regulación, (c) la relevancia de contar con registros públicos que sistemática y permanentemente den un adecuado tratamiento a la información pública y (d) el deber que tienen los funcionarios públicos de actuar en el marco de la buena fe.

III. MARCO LEGAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ

Previamente a su consagración expresa como derecho fundamental en la Constitución Política del Perú de 1993, el acceso a la información pública fue regulado

3 Como ejemplo, ver Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 01133-2012-PHD/TC del 11 de mayo de 2012.

4 CASTRO, Karin. Óp. Cit., p. 7.

como un mecanismo para facilitar el desarrollo de las actividades económicas y la libre iniciativa privada, a través de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, aprobada por Decreto Legislativo N° 757⁵.

Esta norma incluyó un capítulo denominado “De la Transparencia en la Tramitación de Procedimientos Administrativos”, en el que se recogió la obligación de las entidades del sector público de proporcionar a los particulares la documentación que tengan en su poder y que sea solicitada por estos, exceptuando aquella información que pueda afectar la seguridad nacional y las relaciones exteriores, la que tenga alcance y circulación meramente interna en la administración pública, y la correspondiente a los particulares que tengan carácter reservado o que se refieran a secretos comerciales o tecnológicos.

Posteriormente, y desde su consagración en la norma constitucional, el derecho de acceso a la información pública ha sido regulado de manera dispersa, evidenciándose una “cultura del secreto” en las administraciones públicas amparadas en un concepto amplio de seguridad nacional que se manejaba en varias normas y documentos oficiales, tal como lo reveló la Defensoría del Pueblo en sendos informes emitidos en los años 2000⁶ y 2001⁷⁻⁸.

Atendiendo las recomendaciones formuladas en el primero de los informes, el gobierno de transición de Valentín Paniagua Corazao aprobó el Decreto Supremo N° 018-2001-PCM⁹, en el cual se diseñó un procedimiento especial de

5 Publicada en el diario oficial El Peruano el 13 de noviembre de 1991.

6 Informe Defensorial N° 48 - *Situación de la libertad de expresión en el Perú*. Setiembre 1996 - Setiembre 2000. En: <http://www.defensoria.gob.pe/informes-publicaciones.php>. (Consultado el 29 de noviembre de 2013)

7 Informe Defensorial N° 60 - *El acceso a la información pública y la “cultura del secreto”*. Setiembre 2001. En: <http://www.defensoria.gob.pe/informes-publicaciones.php>. (Consultado el 29 de noviembre de 2013)

8 En los referidos informes, la Defensoría del Pueblo cita como ejemplo el documento denominado “*Política de Defensa Nacional del Estado Peruano*”, elaborado por el Ministerio de Defensa, el cual considera como parte de los objetivos de la defensa nacional una serie de aspectos que no se agotan en el mantenimiento de la soberanía, independencia e integridad del territorio, sino que incluyen además el mantenimiento del sistema democrático y del orden interno, la erradicación del tráfico ilícito de drogas, la participación en el proceso de desarrollo nacional, el fortalecimiento de la identidad nacional, la conservación del medio ambiente, la consolidación de la integración nacional y regional, la erradicación de la pobreza y de la delincuencia común organizada, entre otros aspectos. (MINISTERIO DE DEFENSA. *Política de Defensa Nacional del Estado Peruano*, Lima, 1998, pp. 29-30.)

9 Publicado en el diario oficial El Peruano el 27 de febrero de 2001.

acceso a la información a ser implementado en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de las entidades del Sector Público.

Sin embargo, fue con la entrada en vigencia de la Ley N° 27806 - Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, modificada por Ley N° 27927, así como su Texto Único Ordenado, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, que se consolidó el marco legal reglamentario del derecho fundamental de acceso a la información, así como la promoción de la transparencia de los actos del Estado.

Así, la referida norma recoge el principio de publicidad de las actividades y disposiciones de las entidades públicas y establece de manera expresa los supuestos de excepción relacionados con información expresamente clasificada como secreta, reservada o confidencial. Cabe señalar que la referida norma prevé que dichos supuestos son los únicos que pueden limitar el derecho de acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

En efecto, si bien el derecho de acceso a la información pública no es un derecho absoluto sino que está sujeto a limitaciones, estas deberían estar claramente consagradas en la ley y recoger solamente aquellas que restrinjan en menor grado este derecho, además de ser compatibles con el fin que persiguen y proporcionales al interés que las justifica.

En ese orden de ideas, los Artículos 15°, 16° y 17° del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, establece los supuestos de excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Asimismo, el Artículo 18° de la referida norma establece que los supuestos de excepción previstos son los únicos con los que se puede limitar el derecho de acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva al tratarse de una limitación a un derecho fundamental, precisando que no se puede establecer por una norma de menor jerarquía ninguna excepción a la Ley.

IV. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA AMBIENTAL Y SU DESARROLLO LEGAL EN EL DERECHO COMPARADO

El acceso oportuno a la información ambiental precisa y veraz garantiza la transparencia en la gestión ambiental, la toma de decisiones bien informadas, así como la prevención de daños e impactos que, de no ser detectados de manera oportuna, podrían provocar consecuencias graves e irreversibles. Asimismo, el ejercicio del derecho de participación ciudadana en materia ambiental exige la

existencia de ciudadanos informados, con acceso a los documentos, resoluciones, estudios y antecedentes en poder de las autoridades que tienen competencia en la fiscalización y evaluación de estudios o declaraciones de impacto ambiental¹⁰.

Es por ello que el derecho de acceso de la información ambiental constituye uno de los tres pilares del derecho de cada persona a vivir en un medio ambiente adecuado para su salud y su bienestar, conjuntamente con el derecho de participación pública en asuntos de carácter ambiental y el acceso a la justicia y a la tutela administrativa en dicha materia.

La Comunidad Europea, en el *Convenio de Aarhus* sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente, firmado en junio de 1998 por los Estados miembros, y vigente desde el 30 de octubre de 2001, recoge este enfoque, partiendo de la idea de que una mayor implicación y sensibilización de los ciudadanos con relación a los problemas medio ambientales conduce a una mejor protección del medio ambiente¹¹.

En España, a través de la Ley N° 27/2006 del 18 de julio de 2006, se regularon los derechos de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Esta norma establece de manera detallada la información ambiental que es considerada pública, entre la que se encuentra aquella relacionada al estado de los elementos del medio ambiente; los factores que afectan el medio ambiente; las medidas estatales adoptadas (políticas, normas, planes, programas, acuerdos y actividades); los informes sobre ejecución de la legislación medio ambiental; los análisis económicos utilizados en la toma de decisiones; y, el estado de la salud y seguridad de las personas afectadas.

Cabe resaltar que esta norma no solo regula los derechos que le asisten al ciudadano en el ejercicio del derecho general de acceso a la información ambiental,

10 RAMÍREZ, Felipe. "Acceso a la Información Ambiental". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 38. N° 2, Santiago de Chile, agosto 2011, pp. 311-339.

11 La Comunidad Europea se comprometió a adoptar las medidas necesarias para garantizar una aplicación eficaz del Convenio de Aarhus. En ese sentido, el primer pilar del citado Convenio, que hace referencia al acceso del público a la información, fue aplicado a escala comunitaria mediante la Directiva 2003/4/CE relativa al acceso del público a la información medio ambiental. El segundo pilar, relativo a la participación del público en los procedimientos medio ambientales, fue transpuesto mediante la Directiva 2003/35/CE. Una propuesta de Directiva publicada en octubre de 2003 tiene por finalidad transponer el tercer pilar, tendente a garantizar el acceso del público a la justicia en materia de medio ambiente.

sino también los deberes y obligaciones de la Administración Pública para garantizar y facilitar su ejercicio efectivo, tanto desde el punto de vista general como desde la difusión pasiva y activa de la información ambiental¹².

A nivel de los países latinoamericanos, se puede resaltar el caso de los Estados Unidos Mexicanos y su Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente que, en el año 1996, introduce un capítulo sobre el “Derecho a la Información Ambiental”. Así, se regulan las obligaciones de transparencia por parte de la autoridad ambiental –que requiere contar con un Sistema Nacional de Información Ambiental y de Recursos Naturales con el objeto de difundir los registros y las bases de datos existentes–; así como el derecho concreto de las personas a tener acceso a la información ambiental existente. Esta norma se complementa con la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, que eliminó diversas exigencias tales como la necesidad de justificar los motivos por los que requiere la información, así como el cambio del criterio legal ante el silencio de la autoridad administrativa sobre una solicitud de acceso a la información, presumiéndose la existencia y el otorgamiento de la información, con cargo para el sujeto obligado de pagar los costos de reproducción de la misma.

Igualmente, en el caso de República Argentina, se puede encontrar la Ley N° 25.831 “Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental”, promulgada en enero de 2004, que establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para garantizar el derecho de acceso a la información ambiental que se encuentra en poder del Estado. Esta norma define de manera general lo que se entiende por información ambiental y establece a su vez excepciones relacionadas a la defensa nacional, secreto comercial o industrial, confidencialidad de datos personales, entre otros.

Finalmente, en el caso de Chile, la principal regulación sobre esta materia la establece la Ley N° 19.300 “Bases Generales del Medio Ambiente”, modificada por la Ley N° 20.173 del año 2007 y la Ley N° 20.417 del año 2010. Esta norma reconoce la importancia del acceso a la información para promover la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones en materia ambiental y obliga al Estado a mantener un Sistema Nacional de Información Ambiental (SINIA) de carácter público¹³.

12 De acuerdo a la norma referida, se entiende por difusión pasiva a aquella que responde a una solicitud previa por parte de la ciudadanía; mientras que para la difusión activa no es necesario la presentación de una solicitud, sino que la Administración la realiza *motu proprio*. En ese contexto, lo que se espera es que conforme mayor sea la información difundida de modo proactivo, habrá menos necesidad de que los ciudadanos soliciten la información.

13 CORPORACIÓN PARTICIPA et ál. *Situación del Acceso a la Información, la participación y la Justicia Ambiental en Chile*. Marzo, 2005. <www.accessinitiative.org>. (Consultado el 13 de noviembre de 2013).

V. LOS AVANCES EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA AMBIENTAL EN EL PERÚ

Con el Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales, aprobado por Decreto Legislativo N° 613¹⁴, se regula en el Perú el derecho constitucional a gozar de un medio ambiente saludable y equilibrado. Dicha norma ya recogía el carácter público de algunos instrumentos de gestión, como los Estudios de Impacto Ambiental, con excepción de aquella información cuya publicidad pueda afectar derechos de propiedad industrial o comercial de carácter reservado o seguridad personal.

Con la finalidad de promover un mayor acceso a la información ambiental, en diciembre de 1994, se aprueba la Ley N° 26410 - Ley del Consejo Nacional del Ambiente¹⁵, que encarga a dicha entidad la función de administrar el Sistema Nacional de Información Ambiental (SINIA), como un instrumento de desarrollo y consolidación de la información que generan los sectores público y privado, de manera que esta se registre, organice, actualice y difunda.

Posteriormente, en junio de 2004, se aprueba la Ley N° 28245 - Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental¹⁶, que establece como uno de los principios de dicho sistema la garantía al derecho de información ambiental. En esta norma, además, ya se vislumbra el acceso a la información ambiental como uno de los mecanismos de participación ciudadana en la gestión ambiental, así como se explicita el derecho de toda persona a solicitar y recibir información sobre el estado y la gestión del ambiente y de los recursos naturales, en concordancia con lo establecido en la Constitución y la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Resulta importante destacar que la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental define como información ambiental a cualquier información escrita, visual o en forma de base de datos que se encuentre en poder de las autoridades en materia de agua, aire, suelo, flora, fauna y recursos naturales, en general, así como las actividades o medidas que les afectan o puedan afectarlos. Asimismo, recoge como obligación de las entidades públicas el facilitar el acceso directo y personal a la información ambiental que se les requiera y que se encuentre en el campo de su competencia y/o tramitación.

14 Publicado en el diario oficial El Peruano el 8 de agosto de 1990.

15 Publicada en el diario oficial El Peruano el 22 de diciembre de 1994.

16 Publicada en el diario oficial El Peruano el 8 de junio de 2004.

En la misma línea, la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente¹⁷ recoge en su Título Preliminar, el derecho que tiene toda persona a acceder adecuada y oportunamente a la información pública sobre las políticas, normas, medidas, obras y actividades que pudieran afectar, directa o indirectamente, el ambiente, sin necesidad de invocar justificación o interés que motive tal requerimiento. Cabe precisar que en esta norma ya se evidencia este derecho, junto al derecho a la participación ciudadana en la gestión ambiental y al derecho de acceso a la justicia ambiental¹⁸, como los pilares para garantizar el derecho irrenunciable de toda persona a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida.

17 Publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre de 2005.

18 **Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente**

TÍTULO PRELIMINAR

DERECHOS Y PRINCIPIOS

“Artículo I.- Del derecho y deber fundamental

Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país”.

“Artículo II.- Del derecho de acceso a la información

Toda persona tiene el derecho a acceder adecuada y oportunamente a la información pública sobre las políticas, normas, medidas, obras y actividades que pudieran afectar, directa o indirectamente, el ambiente, sin necesidad de invocar justificación o interés que motive tal requerimiento.

Toda persona está obligada a proporcionar adecuada y oportunamente a las autoridades la información que éstas requieran para una efectiva gestión ambiental, conforme a Ley”.

“Artículo III.- Del derecho a la participación en la gestión ambiental

Toda persona tiene el derecho a participar responsablemente en los procesos de toma de decisiones, así como en la definición y aplicación de las políticas y medidas relativas al ambiente y sus componentes, que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno. El Estado concerta con la sociedad civil las decisiones y acciones de la gestión ambiental”.

“Artículo IV.- Del derecho de acceso a la justicia ambiental

Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos.

Se puede interponer acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia”.

En efecto, la Ley General del Ambiente contiene un capítulo referido al acceso a la información ambiental y participación ciudadana, en el que se prevé una serie de obligaciones para las entidades públicas con competencias ambientales y las personas jurídicas que presten servicios públicos en materia de acceso a la información ambiental¹⁹.

19 Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente

CAPÍTULO 4

ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

“Artículo 41°.- Del acceso a la información ambiental

Conforme al derecho de acceder adecuada y oportunamente a la información pública sobre el ambiente, sus componentes y sus implicancias en la salud, toda entidad pública, así como las personas jurídicas sujetas al régimen privado que presten servicios públicos, facilitan el acceso a dicha información, a quien lo solicite, sin distinción de ninguna índole, con sujeción exclusivamente a lo dispuesto en la legislación vigente”.

“Artículo 42°.- De la Obligación de Informar

Las entidades públicas con competencias ambientales y las personas jurídicas que presten servicios públicos, conforme a lo señalado en el artículo precedente, tiene las siguientes obligaciones en materia de acceso a la información ambiental:

- a. *Establecer mecanismos para la generación, organización y sistematización de la información ambiental relativa a los sectores, áreas o actividades a su cargo.*
- b. *Facilitar el acceso directo a la información ambiental que se les requiera y que se encuentre en el ámbito de su competencia, sin perjuicio de adoptar las medidas necesarias para cautelar el normal desarrollo de sus actividades y siempre que no se esté incurso en excepciones legales al acceso de la información.*
- c. *Establecer criterios o medidas para validar o asegurar la calidad e idoneidad de la información ambiental que poseen.*
- d. *Difundir la información gratuita sobre las actividades del Estado y en particular, la relativa a su organización, funciones, fines, competencias, organigrama, dependencias, horarios de atención y procedimientos administrativos a su cargo, entre otros.*
- e. *Eliminar las exigencias, cobros indebidos y requisitos de forma que obstaculicen, limiten o impidan el eficaz acceso a la información ambiental.*
- f. *Rendir cuenta acerca de las solicitudes de acceso a la información recibidas y de la atención brindada.*
- g. *Entregar al Ministerio del Ambiente-MINAM la información ambiental que ésta genere, por considerarla necesaria para la gestión ambiental, la cual deberá ser suministrada al Ministerio en el plazo que éste determine, bajo responsabilidad del máximo representante del organismo encargado de suministrar la información. Sin perjuicio de ello, el incumplimiento del funcionario o servidor público encargado de remitir la información mencionada, será considerado como falta grave.*
- h. *El MINAM solicitará la información a las entidades generadoras de información con la finalidad de elaborar los informes nacionales sobre el estado del ambiente. Dicha información deberá ser entregada en el plazo que determine el Ministerio, pudiendo ser éste ampliado a solicitud de parte, bajo responsabilidad del máximo representante del organismo encargado de suministrar la información. Sin perjuicio de ello, el funcionario o servidor público encargado de remitir la información mencionada, será considerado como falta grave”.*

En mayo de 2008, a propósito de la suscripción y ratificación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos (TLC) y su Protocolo de Enmienda, se aprobó el Decreto Legislativo N° 1013 - Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente (MINAM), como ente rector en materia ambiental, encargado de la administración del SINIA como componente del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, junto al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado.

Específicamente, con relación a la materia que nos ocupa, mediante Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM, se aprobó el Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales²⁰ que tiene por finalidad establecer las disposiciones sobre acceso a la información pública con contenido ambiental para facilitar el acceso ciudadano a la misma, así como para regular los mecanismos y procesos de participación y consulta ciudadana en esos temas.

Esta norma, en concordancia con la Constitución Política del Perú y el Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, recoge el derecho de toda persona de acceder a la información relacionada con el ambiente, sus componentes y sus implicaciones en la salud, que poseen el MINAM, sus organismos adscritos y demás entidades y órganos que forman parte del Sistema Nacional de Gestión Ambiental o desempeñan funciones ambientales en todos sus niveles (nacional, regional y local).

En ese contexto, se recoge el principio de presunción de publicidad de la información ambiental que administran las entidades señaladas anteriormente como resultado del ejercicio de sus funciones. Es decir, se señala que es pública toda información generada u obtenida referente al ambiente o a actividades o medidas que lo afecten o que pudieran afectarlo y que se encuentre en poder o control por una entidad del Sistema Nacional de Gestión Ambiental.

Cabe precisar que si bien la referida norma no establece de manera explícita la documentación ambiental que tiene carácter público, ni aquella que se encuentra comprendida en los supuestos de excepción²¹, sí recoge una relación detallada de las obligaciones que las entidades públicas tienen en materia de acceso a la información ambiental, en concordancia con lo establecido en la Ley General del Ambiente, así como el deber de estas de contar con instrumentos de difusión de la información ambiental.

20 Publicada en el diario oficial El Peruano el 17 de enero de 2009.

21 Respecto de los supuestos de excepción, la norma hace referencia de manera general a los Artículos 15°, 15°-A, 15°-B, 16° y 17° del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Finalmente, en la Ley N° 30011, norma que modifica e incorpora artículos a la Ley N° 29325, se agrega el Artículo 13°-A, que establece que el OEFA y las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA) deben poner a disposición y libre acceso del público la información técnica y objetiva resultante de la toma de muestras, análisis y monitoreo que realiza en el ejercicio de sus funciones, dejando expresa constancia de que dicha información no constituye adelanto de juicio respecto de las competencias en materia de fiscalización ambiental que les son propias.

VI. EL OEFA COMO PROMOTOR DE UNA MAYOR TRANSPARENCIA EN LAS ACTIVIDADES DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

6.1. Antecedentes

El acceso a la información ambiental no solo es esencial para lograr una participación más activa y consciente de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones públicas que inciden sobre el ambiente sino también constituye un elemento clave para el ejercicio de las acciones de tutela administrativa o judicial en materia ambiental²². En efecto, la información ambiental ofrece al ciudadano las herramientas para el escrutinio activo de las actividades de entes estatales y privados a quienes el Estado otorga permisos y/o concesiones para aprovechar los recursos naturales, reduciendo la discrecionalidad en la administración de bienes cuya naturaleza es eminentemente pública.

Pese a ello, y como consecuencia de una interpretación literal del Numeral 3 del Artículo 17° del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública²³, se entendió que la información que administraba el OEFA calificaría íntegramente como confidencial, al tratarse de procedimientos sancionadores e investigaciones preliminares a dichos procedimientos (actividades

22 GÓMEZ, Hugo y Milagros GRANADOS. “El fortalecimiento de la fiscalización ambiental”. *Revista de Economía y Derecho*, Lima, número 39, 2013, p. 45.

23 **Decreto Supremo N° 043-2003-PCM. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806 - Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública**

“Artículo 17°.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente: (...)

3. La información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, en cuyo caso la exclusión del acceso termina cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida o cuando transcurren más de seis (6) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final”.

de evaluación y supervisión). En ese sentido, se denegaba el acceso a la información solicitada por los ciudadanos, restringiendo el derecho de estos de acceder a la información relativa a las acciones que realiza el OEFA para proteger el medio ambiente.

En efecto, el referido numeral regula uno de los supuestos de excepción y establece que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de la información vinculada a investigaciones en trámite relacionadas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública. Bajo dicho marco, no solo los procedimientos sancionadores, sino también las investigaciones preliminares a dichos procedimientos (actividades de evaluación y supervisión), calificarían íntegramente como confidenciales.

Al respecto, debe tenerse presente que las excepciones al acceso a la información reguladas en los Artículos 15°, 16°, 17° y 18° del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, tienen un régimen jurídico especial para su interpretación y aplicación. En efecto, dichas excepciones están sometidas al principio de legalidad, es decir, solo pueden estar previstas en una ley; deben ser expresas y taxativas; y deben ser interpretadas de manera restrictiva y nunca extensivamente o de manera analógica. Asimismo, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional, toda norma o acto que importe la limitación de este derecho debe presumirse inconstitucional, salvo que el agente de la restricción demuestre la existencia de un apremiante interés público que solo de ese modo es posible salvaguardar.

Sin perjuicio de lo señalado, tampoco es posible publicitar toda la información vinculada a los procedimientos sancionadores, pues ello iría contra la naturaleza confidencial de dicha información y podría afectar, potencialmente, la imagen de las empresas investigadas. Por lo que surge la necesidad de encontrar un adecuado equilibrio entre el derecho que tienen los ciudadanos de conocer las actividades del OEFA y el derecho de las empresas investigadas de que se mantenga en reserva información sensible.

Es por ello que, inicialmente, se generó, internamente, en el OEFA una práctica que, sin desconocer la naturaleza confidencial de la información administrada –en el sentido de que podría afectar la imagen de las empresas investigadas–, garantizara el derecho de los ciudadanos a conocer las acciones que se realizan para proteger el ambiente, sobre todo cuando existía una creciente demanda de información por parte de la población. En ese sentido, se empezó a trabajar resúmenes de la información contenida en los Informes de Supervisión y aquella relativa a los procedimientos sancionadores, con la finalidad inicial de poder atender las solicitudes de información que diariamente presentaba la ciudadanía.

A fin de institucionalizar esta práctica, mediante Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 127-2012-OEFA/PCD del 30 de noviembre de 2012, se dispuso la publicación en el portal institucional del OEFA de un proyecto de directiva destinada a promover una mayor transparencia respecto de la información que administra la entidad. Esto con el objetivo de recibir los respectivos comentarios, sugerencias y observaciones de la ciudadanía en general por un período de diez días hábiles, contado a partir de la publicación de la citada Resolución en el diario oficial El Peruano, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 39° del Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales.

Tras la absolución y análisis de cada uno de los aportes recibidos durante el período de prepublicación del proyecto normativo, mediante Acuerdo N° 026-2012 adoptado en Sesión Ordinaria N° 024-2012 del 21 de diciembre de 2012, el Consejo Directivo del OEFA aprobó la Directiva N° 001-2012-OEFA/CD, denominada “Directiva que promueve mayor transparencia respecto de la información que administra el OEFA” (en adelante, Directiva de Acceso a la Información Ambiental). Este acuerdo fue formalizado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 015-2012-OEFA/CD del 21 de diciembre de 2012, publicada en el diario oficial El Peruano el 28 de diciembre de 2012.

6.2. Las principales reformas implementadas por el OEFA

La Directiva de Acceso a la Información Ambiental fue concebida con la finalidad de promover una mayor transparencia en la gestión de la información que administra el OEFA en el ejercicio de sus funciones de evaluación, supervisión, fiscalización y sanción. Para ello, como punto de partida, se precisan diversos criterios para calificar la información contenida en un determinado documento como pública o confidencial.

De ese modo, se prevé, como regla general, que la información ambiental que el OEFA posee, produce o tiene disponible como resultado del ejercicio de sus funciones de fiscalización ambiental tiene carácter público, por lo que toda persona tiene derecho a acceder a dicha información de acuerdo con el procedimiento de acceso a la información regulado en el Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales.

Asimismo, se establece como única excepción al carácter público de dicha información, aquella considerada como secreta, reservada y confidencial, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su Reglamento, es decir, la información vinculada a

investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora del OEFA y la información declarada como confidencial a pedido de parte²⁴.

Cabe resaltar que la Directiva prevé que los supuestos de excepción deben ser interpretados de manera restrictiva, al tratarse de la limitación a un derecho fundamental, en concordancia con el marco constitucional analizado en párrafos precedentes. En ese sentido, se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al señalar que “(...) *lo dispuesto en el (...) artículo 14 [de la Directiva 91/414] debe interpretarse en el sentido de que sólo resulta aplicable en la medida en que no afecte negativamente al cumplimiento de las obligaciones dimanantes del [artículo 4.2] de la Directiva 2003/4/CE*”²⁵.

En efecto, en la Directiva 2003/4/CE de la Unión Europea, que regula las excepciones a la obligación de las autoridades públicas a poner a disposición de cualquier solicitante la información medio ambiental, se prevé que el interés en la protección de la confidencialidad de los datos de carácter comercial e industrial no puede justificar en ningún caso la denegación de solicitudes relativas a información sobre emisiones en el medio ambiente.

Finalmente, y en el mismo orden de brindar predictibilidad respecto de la información que, por su naturaleza, debe ser calificada como pública o confidencial, la Directiva enumera de manera detallada los actos administrativos, de administración

24 Directiva N° 001-2012-OEFA/CD - Directiva que promueve mayor transparencia respecto de la información que administra el OEFA

“VIII. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

8.1. DECLARACIÓN DE CONFIDENCIALIDAD

Se declarará confidencial, a pedido de parte, aquella información obtenida en el ejercicio de las funciones del OEFA, que se refiera a los supuestos de secreto comercial, secreto industrial y tecnológico, secreto bancario, tributario y bursátil, que no estén a disposición de otros medios de información pública, así como la información que afecte la intimidad personal y familiar de las personas involucradas en un procedimiento e información proveniente de terceras personas ajenas al procedimiento de investigación, cuya divulgación sin previa autorización podría ocasionarles graves perjuicios económicos o morales. El tratamiento de la información confidencial se regirá por el Artículo 6° del Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales, aprobado por Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM.

La información vinculada a la intimidad personal y familiar podrá ser declarada confidencial de oficio.

(...)”.

25 CARDESA, Antonio. “Jurisprudencia Ambiental de la Unión Europea”. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, volumen 2, número 1, 2011, p. 10.

y los documentos que contienen información administrada por el OEFA, indicando de manera expresa la naturaleza pública o confidencial de esta. Esto, siguiendo la tendencia de las legislaciones modernas de evitar la utilización de fórmulas generales que otorguen excesiva discrecionalidad a la autoridad pública y que, por ello, pongan en riesgo la finalidad del derecho de acceso a la información pública.

6.2.1 Información ambiental generada por el OEFA

La información ambiental generada por el OEFA es aquella elaborada por los órganos de la entidad en el ejercicio de las funciones de evaluación, supervisión y fiscalización ambiental. Se refiere básicamente a los informes, las actas y las resoluciones que emiten las Direcciones de Evaluación, Supervisión, así como la de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos²⁶.

Si bien de acuerdo a la regla general descrita precedentemente, la referida información ambiental tendría carácter público, dicha regla puede ser aplicada únicamente en el caso de la información producida por la Dirección de Evaluación, esto es, el Informe de Monitoreo Ambiental y el Informe de Evaluación Ambiental. Ello, debido a que tanto la Dirección de Supervisión como la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos producen información que se encuentra vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora del OEFA, por lo que dicha información constituiría el supuesto de excepción previsto en el marco legal y, por ende, debería ser calificada como confidencial.

26 Directiva N° 001-2012-OEFA/CD - Directiva que promueve mayor transparencia respecto de la información que administra el OEFA

“VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

7.1. DE LA INFORMACIÓN ADMINISTRADA POR EL OEFA

7.1.1. Información generada por el OEFA:

(...)

a) Actividades de Evaluación Ambiental

(i) Informe de Monitoreo Ambiental (...)

(ii) Informe de Evaluación Ambiental (...)

b) Actividades de Supervisión Ambiental

(i) Acta de Supervisión Directa (...)

(ii) Informe de Supervisión Directa (...)

(iii) Reporte Público del Informe de Supervisión (...)

(iv) Reporte del Informe de Supervisión Directa para el Administrado Supervisado (...)

(v) Informe Técnico Acusatorio (...)

(vi) Informe de Supervisión a Entidades de Fiscalización Ambiental Nacional, Regional o Local (EFA) (...)

(i) Informe Técnico Fundamentado (...)

(ii) Resolución de Adopción de Medida Preventiva (...)

(ix) Resolución que dispone un Mandato de Carácter Particular (...)

c) Procedimientos de Investigación y Sanción Ambiental

Los actos administrativos y demás actuaciones procedimentales acaecidos en los procedimientos administrativos sancionadores, en primera o segunda instancia. (...)”.

No obstante, la Directiva introduce un mecanismo que, sin vulnerar el carácter confidencial de la información calificada como tal, permite a la vez garantizar el ejercicio efectivo del derecho fundamental de acceso a la información del ciudadano en caso de aquella producida por las Direcciones de Supervisión y la de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.

6.2.1.1. Información relacionada a acciones de supervisión ambiental

Con anterioridad a la emisión de la Directiva de Acceso a la Información Ambiental, la Dirección de Supervisión en el ejercicio de sus facultades de supervisión directa emitía, entre otros²⁷, los siguientes documentos: (i) Acta de Supervisión Directa, (ii) Informe de Supervisión Directa, (iii) Reporte del Informe de Supervisión Directa para el Administrado Supervisado, (iv) Informe Técnico Acusatorio, e (v) Informe Técnico Fundamentado.

Dichos documentos eran calificados como confidenciales, a pesar de contener información técnica y objetiva resultante de las acciones de seguimiento y verificación del cumplimiento de las normas ambientales fiscalizables que realiza el OEFA en ejecución de su función de supervisión, y que resulta relevante para los pobladores de las zonas de influencia en particular y para la ciudadanía en general.

Es por ello que la Directiva bajo análisis incluye, como parte de los documentos que debe elaborar la Dirección de Supervisión, el **Reporte Público del Informe de Supervisión Directa**, que debe contener información técnica y objetiva resultante de la toma de muestras, análisis y monitoreo, así como otros hechos objetivos relevantes relacionados con la supervisión. Este reporte no contiene calificación alguna respecto de posibles presuntas infracciones administrativas, indicando expresamente que los resultados de laboratorio allí contenidos no implican prejuzgamiento alguno ni adelanto de opinión, ni siquiera indicios de infracción, de tal manera que no se vulnera el carácter confidencial del Informe de Supervisión Directa que sí contiene estas condiciones.

Al respecto, una experiencia similar a nivel de la Comunidad Europea la encontramos en el Artículo 14° de la Directiva 91/414/CEE, que establece el procedimiento en virtud del cual la Comisión o los Estados miembros deberán

27 La Dirección de Supervisión, en ejercicio de sus funciones de supervisión directa e indirecta, emite además los siguientes documentos:

- Informe de Supervisión a Entidades de Fiscalización Ambiental Nacional, Regional o Local (EFA);
- Resolución de Adopción de Medida Preventiva; y,
- Resolución que dispone un Mandato de Carácter Particular.

proteger la confidencialidad de la información que constituya secreto industrial o comercial y que haya sido entregada en el marco del procedimiento de autorización de un producto fitosanitario. Dicha Directiva señala que esta protección no podrá aplicarse *“al resumen de los resultados de las pruebas para determinar la eficacia del producto y su inocuidad para el hombre, los animales, los vegetales y el medio ambiente”*²⁸.

Asimismo, con relación al Acta de Supervisión Directa, calificada tradicionalmente como documento de carácter confidencial, la Directiva restringe dicha calificación únicamente al supuesto que dicha acta contenga referencias a presuntas infracciones administrativas. De esta forma se materializa el principio de presunción de publicidad que rige en materia de acceso a la información pública, explicado en párrafos precedentes.

6.2.1.2. Información relacionada a procedimientos sancionadores

La información que genera el OEFA, en el ámbito de los procedimientos de investigación y sanción ambiental, se refiere a los actos administrativos y demás actuaciones procedimentales ocurridos en los procedimientos administrativos sancionadores, en primera o segunda instancia. Esta información tiene carácter confidencial, al encontrarse dentro del supuesto de excepción previsto en el marco legal analizado, esto es, se trata de información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora del OEFA.

No obstante, siguiendo el principio de presunción de publicidad, la Directiva prevé que la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos elabore un **Resumen Público del Procedimiento Sancionador**, el cual debe consignar el número del expediente; el nombre, denominación o razón social del administrado investigado; el estado del procedimiento; la unidad supervisada; la fecha de la supervisión; y la mención de si se aplicó o no sanción y de si se formuló o no medio impugnativo, de ser el caso.

Adicionalmente, la Directiva precisa que tiene carácter público la resolución firme en la vía administrativa, ya sea por ser resolución de primera instancia que ha quedado consentida, o de segunda que agota la vía administrativa, así como todas las resoluciones emitidas luego de transcurridos seis meses de iniciado el procedimiento sancionador, siempre que no se haya expedido resolución final, es decir, resolución de segunda instancia que agota la vía administrativa.

28 CARDESA, Antonio. Óp. Cit., p. 9.

6.2.2 Información ambiental no generada por el OEFA

El OEFA administra, además, información que es proporcionada por las entidades públicas o los administrados, en el marco de actividades de evaluación, supervisión y fiscalización ambiental²⁹. Al respecto, en relación con la información proporcionada por las entidades públicas, la Directiva precisa que esta tiene carácter público, al tratarse de instrumentos de gestión ambiental, reportes de monitoreo ambiental e instrumentos de gestión en materia de residuos sólidos, entre otros.

De otro lado, se considera confidencial la información proporcionada por los administrados en el marco de actividades de evaluación, supervisión y fiscalización ambiental, tales como las absoluciones a las observaciones efectuadas por la Autoridad de Supervisión Directa, así como los descargos, escritos complementarios, medios probatorios, recursos, alegatos y demás actuaciones presentadas por el administrado en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, ya sea en primera o segunda instancia administrativa.

VII. CONCLUSIONES

El derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental reconocido en la Constitución Política del Perú de 1993 y en los principales

29 **Directiva N° 001-2012-OEFA/CD. Directiva que promueve mayor transparencia respecto de la información que administra el OEFA**

VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

(...)

7.1. DE LA INFORMACIÓN ADMINISTRADA POR EL OEFA

7.1.2. Información no generada por el OEFA: (...)

- a) **Instrumentos de Gestión Ambiental.** Entre esta información se encuentran las *Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA), Estudios de Impacto Ambiental Semi Detallado (EIA-sd), Estudios de Impacto Ambiental Detallados (EIA-d), Planes de Manejo Ambiental (PMA), Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA), Planes Ambientales Complementarios (PAC), Planes de Cierre o Planes de Abandono, entre otros.*
- b) **Información de carácter ambiental proporcionada por los administrados.** Entre esta información se encuentra:
 - b.1 *Información relacionada con la función de evaluación y supervisión: reportes de monitoreo ambiental, las absoluciones a las observaciones realizadas por la Autoridad de Supervisión Directa, los instrumentos de gestión en materia de residuos sólidos, entre otros.*
 - b.2 *Información relacionada con el trámite de un procedimiento administrativo sancionador: descargos, escritos complementarios, medios probatorios, recursos, alegatos y demás actuaciones presentadas por el administrado en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, ya sea en primera o segunda instancia administrativa”.*

instrumentos internacionales de derechos humanos. En tanto derecho fundamental, el ejercicio del mismo se rige por el principio de presunción de publicidad, aplicando las mínimas restricciones y solo en casos excepcionales, así como el principio de máxima publicidad, que implica el deber del Estado de procurar la más extensa aplicación posible de este derecho. En este contexto, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública consolida el marco legal reglamentario del derecho fundamental de acceso a la información, así como la promoción de la transparencia de los actos del Estado.

En materia ambiental, a nivel internacional, se reconoce la importancia del derecho de acceso a la información pública ambiental como uno de los tres pilares del derecho de cada persona a vivir en un medio ambiente adecuado para su salud y su bienestar, conjuntamente con el derecho de participación pública en asuntos de carácter ambiental y el acceso a la justicia y a la tutela administrativa en dicha materia.

En el Perú, la regulación sobre el acceso a la información pública ambiental se empezó a implementar en los noventa, con la dación del Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales y la Ley del Consejo Nacional del Ambiente. Posteriormente, con la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental y la Ley General del Ambiente se establece el marco legal que, actualmente, regula este derecho. Este fue complementado mediante el Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales, aprobada por el Ministerio del Ambiente en el 2009.

En el marco de estos esfuerzos por garantizar el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información ambiental, el OEFA, como ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobó la Directiva N° 001-2012-OEFA/CD, denominada “Directiva que promueve mayor transparencia respecto de la información que administra el OEFA”, formalizada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 015-2012-OEFA/CD del 21 de diciembre de 2012, y publicada en el diario oficial El Peruano el 28 de diciembre de 2012.

Esta Directiva, concebida con la finalidad de promover una mayor transparencia en la administración de la información que posee el OEFA, prevé como regla general que la información ambiental tiene carácter público, por lo que toda persona tiene derecho a acceder a dicha información. Asimismo, establece como única excepción al carácter público de dicha información, aquella considerada como secreta, reservada y confidencial, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su Reglamento, la misma que debe ser interpretada de manera restrictiva, al tratarse de la limitación a un derecho fundamental.

Asimismo, dentro de las principales medidas implementadas por la Directiva para lograr una mayor difusión de la información ambiental que administra el OEFA, se prevé la elaboración de dos nuevos instrumentos: a) **Reporte Público del Informe de Supervisión Directa**, en el caso de las actividades de supervisión; y, b) **Resumen Público del Procedimiento Sancionador**, en el caso de las actividades de fiscalización y sanción. Cabe precisar que, con anterioridad a la dación de la Directiva, los documentos que se generaban como resultado de las funciones referidas eran calificados como confidenciales, al interpretarse equivocadamente que se encontraban dentro del supuesto de excepción recogido en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

No obstante, aplicando los principios de presunción de publicidad y máxima publicidad que rigen el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, la Directiva logra un adecuado equilibrio entre el derecho que tienen los ciudadanos de acceder libremente a la información técnica y objetiva resultante de la toma de muestras, análisis y monitoreo que administra el OEFA, y el derecho de las empresas investigadas de mantener en reserva información sensible cuya difusión potencialmente podría causarles perjuicio.

BIBLIOGRAFÍA:

CARDESA, Antonio

2011 “Jurisprudencia Ambiental de la Unión Europea”. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Cataluña, volumen 2, número 1, pp. 10.

CASTRO, Karin

2008 *Acceso a la Información Pública: Apuntes sobre su desarrollo en el Perú a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Cuaderno de Trabajo N° 6*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

CORPORACIÓN PARTICIPA et ál.

2005 *Situación del Acceso a la Información, la participación y la Justicia Ambiental en Chile*. Consulta: 13 de noviembre de 2013
<www.accessinitiative.org>

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

2000 *Informe Defensorial N° 48 - Situación de la libertad de expresión en el Perú*. Consulta: 03 de enero de 2014.
<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe_48.pdf>

2001 *Informe Defensorial N° 60 - El acceso a la información pública y la "cultura del secreto"*. Consulta: 03 de enero de 2014.
<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe_60.pdf>

GÓMEZ, Hugo y Milagros GRANADOS

2013 "El fortalecimiento de la fiscalización ambiental". *Revista de Economía y Derecho*. Lima, número 39, pp. 43-64.

MINISTERIO DE DEFENSA

1998 *Política de Defensa Nacional del Estado Peruano*. Lima, pp. 29-30.

RAMÍREZ, Felipe

2011 "Acceso a la Información Ambiental". *Revista Chilena de Derecho*. Santiago de Chile, volumen 38, número 2, pp. 311-339.

PROMOCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

MILAGROS GRANADOS MANDUJANO

Sumario

En este artículo, la autora, entendiendo que la participación ciudadana constituye uno de los pilares del buen gobierno para orientar la actuación de todas las entidades públicas, destaca que en la política de protección del medio ambiente, la participación ciudadana desempeña un papel fundamental, en la medida en que contribuye a garantizar una aplicación efectiva de las normas ambientales.

I. Introducción. II. La participación ciudadana como mecanismo de protección del ambiente. III. Mecanismos de participación ciudadana implementados por el OEFA. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La participación ciudadana constituye uno de los pilares del buen gobierno que debe orientar la actuación de todas las entidades públicas, con la finalidad de superar el actual sentimiento de alejamiento de los ciudadanos hacia los órganos políticos. La implementación de este mecanismo implica que los ciudadanos participen activamente en los procesos de toma de decisiones que incidirán significativamente en su calidad de vida. De esta forma, mediante la participación ciudadana se pretende fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado.

En la política de protección del ambiente, la participación ciudadana desempeña un papel fundamental, pues contribuye a garantizar una aplicación efectiva de las normas ambientales. La eficacia de las políticas ambientales requiere de una participación de los ciudadanos en todas y cada una de sus distintas fases, desde la concepción hasta la aplicación de las políticas. En este sentido, debe promoverse la participación del ciudadano tanto en el proceso de elaboración de una norma ambiental como en la fiscalización de su cumplimiento.

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA está comprometido con la consolidación de un gobierno abierto, en el cual se promueva el diálogo y el intercambio entre la Entidad, los organizadores de la sociedad civil y el sector privado. En este sentido, se vienen implementando una serie de medidas destinadas a fomentar la participación ciudadana en la fiscalización ambiental.

Así, este artículo busca explicar y analizar los principales mecanismos de participación ciudadana implementados por el OEFA durante el presente año para fortalecer la fiscalización ambiental.

II. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DEL AMBIENTE

2.1 La participación ciudadana en los asuntos públicos

El Artículo 31° de la Constitución Política del Perú reconoce que “[l]os ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos (...)”. En concordancia con ello, el Numeral 17 del Artículo 2° de la Carta Magna precisa que el derecho a participar se ejerce en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación.

La participación ciudadana se manifiesta como la oportunidad que tienen las personas de expresar sus intereses y demandas, con la finalidad de influir en la formulación y toma de decisiones gubernamentales en los diferentes niveles (nacional, regional o local), contribuyendo de esa manera a mejorar la gestión pública y la calidad de vida de los ciudadanos¹.

Este derecho implica involucrarse de manera activa y consciente en la labor de garantizar la plena vigencia y protección de los derechos humanos y la vida en democracia, así como en la construcción de una igualdad real para todas las personas que integran la sociedad. La reivindicación del derecho a una ciudadanía activa y su ejercicio por parte de estos sectores, es una necesidad y una exigencia de la democracia en la actualidad².

Mediante la promoción de la participación ciudadana se logra incrementar el interés de la ciudadanía por los problemas colectivos, contribuir a la formación

1 Cf. JURADO NACIONAL DE ELECCIONES. *Guía de Participación Ciudadana del Perú*. Lima, 2008, p. 8.

2 Cf. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: *Participación Ciudadana*. Segunda edición. San José de Costa Rica: Visión Mundial, 1997, p. 13.

de ciudadanos capaces de interesarse de manera sostenida en los procesos gubernamentales y, adicionalmente, se hace más viable la realización del ideal de que cada ciudadano tenga iguales oportunidades para lograr el desarrollo personal al cual aspira y tiene derecho³.

Como se puede apreciar, la participación ciudadana implica fortalecer el rol de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos. Esto es, permitirles manifestar sus ideas para influir en la toma de decisiones. Con dicho mecanismo se pretende mejorar la gestión pública y garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

2.2 Derecho - deber de participar activamente en la protección del medio ambiente

El Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. Por su parte, el Artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente⁴ precisa que las personas no solo tienen el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida; sino, además, el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente.

Como se aprecia, la Constitución ha reconocido al ambiente como un bien o interés colectivo, configurando el disfrute de un ambiente adecuado como un derecho de la comunidad en su conjunto. La realización de este derecho no solo recae en los poderes públicos sino también en todos los integrantes de la comunidad, que tienen, como expresamente señala la Ley N° 28611, “el deber” de proteger el medio ambiente⁵.

En este sentido, el Artículo III del Título Preliminar y el Artículo 47° de la norma antes mencionada refieren que toda persona tiene el **derecho - deber** de participar responsablemente en los procesos de toma de decisiones, así como en la definición y aplicación de las políticas y medidas relativas al ambiente y sus componentes que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno. Los ciudadanos deben actuar con

3 Cf. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° C-180/94 del 14 de abril de 1994, recaída en el Expediente N° P.E. - 005.

4 Publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre de 2005.

5 Cf. LOZANO, Blanca. *Derecho Ambiental Administrativo*. Décima edición. Madrid: Editorial Dykinson, 2009, p. 216.

buena fe, transparencia y veracidad conforme a las reglas y procedimientos de los mecanismos formales de participación establecidos.

La participación ciudadana en materia ambiental implica que los ciudadanos sean informados y puedan participar en la toma de decisiones sobre los asuntos que afectan su calidad de vida y la calidad ambiental. Estas decisiones gubernamentales incluyen aquellas que pueden influir en la calidad del aire que respiran, la calidad del agua que toman y la calidad de los recursos naturales de los que dependen⁶. En este sentido, y tal como lo establece el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, toda persona tiene el derecho de acceder a la información sobre el ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligros en sus comunidades, así como el derecho de participar en los procesos de adopción de decisiones⁷.

Una participación activa y consciente de los ciudadanos garantiza la toma de mejores decisiones públicas que inciden sobre el ambiente. Esto se consigue al permitir que los ciudadanos (posiblemente afectados) hagan contrapeso a los intereses económicos que se postulan a favor de la implementación de una medida que pueda afectarlos⁸. De esta forma, se brinda a la autoridad pública una visión completa de los intereses en juego y, con ello, se logra una decisión que armonice el interés económico y el derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado.

En efecto, según lo establece el “Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales” (en adelante, el Convenio de Aarhus)⁹, suscrito por la Comunidad

6 Cf. SALADIN, Claudia. “Public Participation in the era of Globalization”. En PICOLOTTI, Romina y Jorge Daniel TAILLANT (editores). *Linking Human Rights and the Environment*. Estados Unidos de América: The University of Arizona Press, 2010, p. 57.

7 La Declaración fue suscrita en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo realizada el 14 de junio de 1992, en Río de Janeiro.

8 Cf. BALLESTEROS-PINILLA, Gabriel. “La Participación en Asuntos Ambientales y su tutela en el Convenio de Aarhus”. *Vniversitas*. N° 121, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2010, p. 24.

9 La Convención fue adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para Europa (UNECE) en la Conferencia Ministerial “Medio ambiente para Europa” celebrada en Aarhus, Dinamarca, el 25 de junio de 1998.

Europea¹⁰ “(...) en la esfera, del medio ambiente, un mejor acceso a la información y **una mayor participación del público en la toma de decisiones permiten tomar mejores decisiones y aplicarlas más eficazmente**, contribuyen a sensibilizar al público respecto de los problemas ambientales, le dan la posibilidad de expresar sus preocupaciones y ayudan a las autoridades públicas a tenerlas en cuenta”.

Como puede apreciarse, la Constitución contempla el goce de un medio ambiente sano y equilibrado como un derecho colectivo y, mediante ley, se ha garantizado la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar dicho bien jurídico. En este contexto, se ha establecido que los ciudadanos tienen el derecho - deber de participar en el proceso de toma de decisiones públicas sobre materias ambientales, así como en su ejecución y fiscalización. Su participación garantiza la toma de mejores decisiones públicas y, con ello, una efectiva protección del medio ambiente.

2.3 Promoción de la participación ciudadana en materia ambiental

La participación ciudadana en los asuntos públicos no solo constituye una práctica deseable dentro del comportamiento político, sino un principio fundante del Estado y un fin esencial de su actividad, lo cual implica para las autoridades públicas el deber de facilitarla y promoverla en las distintas esferas de la vida y el de fomentar la participación de la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones que conciernen al destino colectivo¹¹.

En este sentido, el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo establece que el Estado tiene el deber de facilitar y fomentar la sensibilización y la participación ciudadana, pues este constituye el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales.

En concordancia con la disposición anterior, el Artículo 50° de la Ley N° 28611 precisa que las entidades públicas tienen las siguientes obligaciones en materia de participación ciudadana:

10 Si bien dicho Convenio no resulta vinculante para el Estado peruano, en el presente artículo se ha considerado conveniente citar algunas de sus disposiciones debido a que estas contienen notables avances en la realización del derecho a la participación ciudadana.

11 Cf. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° C-180/94 del 14 de abril de 1994, recaída en el Expediente N° P.E. - 005.

- Promover el acceso oportuno a la información relacionada con las materias objeto de la participación ciudadana.
- Capacitar, facilitar asesoramiento y promover la activa participación de las entidades dedicadas a la defensa y protección del ambiente y la población organizada, en la gestión ambiental.
- Establecer mecanismos de participación ciudadana para cada proceso de involucramiento de las personas naturales y jurídicas en la gestión ambiental.
- Eliminar las exigencias y requisitos de forma que obstaculicen, limiten o impidan la eficaz participación de las personas naturales o jurídicas en la gestión ambiental.
- Velar porque cualquier persona natural o jurídica, sin discriminación de ninguna índole, pueda acceder a los mecanismos de participación ciudadana.
- Rendir cuenta acerca de los mecanismos, procesos y solicitudes de participación ciudadana, en las materias a su cargo.

Como se aprecia, el Estado tiene la obligación de fomentar la participación ciudadana, esto es, de implementar mecanismos que permitan un incremento cuantitativo y cualitativo de las oportunidades de los ciudadanos de tomar parte en los asuntos que comprometen los intereses generales¹². En otras palabras, el Estado debe crear espacios de diálogo en los cuales todas las personas participen activamente en la definición y solución de los problemas que las afectan.

2.4 Condiciones de la participación ciudadana en materia ambiental

Una participación ciudadana efectiva requiere que los ciudadanos sean informados oportunamente de la decisión que se va a tomar y de que tienen el derecho de participar en la toma de dicha decisión. Se debe otorgar a los ciudadanos un plazo adecuado para que puedan revisar la documentación pertinente y exponer sus opiniones. La población más interesada y perjudicada con la decisión a tomar, debe recibir información en términos sencillos y en su idioma. La autoridad debe tomarse un tiempo oportuno para evaluar las opiniones del público y debe valorarlas en la toma de su decisión¹³.

La doctrina¹⁴ reconoce una serie de condiciones básicas para garantizar una participación ciudadana efectiva, a saber:

12 Cf. Tribunal Constitucional, Sentencia del 3 de setiembre de 2010, recaída en el Expediente N° 05777-2008-PHD/TC, fundamento jurídico 4.

13 Cf. SALADIN, Claudia. Óp. Cit., p. 64.

14 Cf. LOZANO, Blanca. Óp. Cit. p. 253.

- El acceso a la información, para lograr que la intervención sea informada y eficaz.
- La participación debe producirse en una fase temprana, desde el inicio del procedimiento, de manera que su influencia en la decisión o norma que se adopte pueda ser real.
- Los plazos para la participación han de ser suficientes, para posibilitar que sea efectiva.
- La resolución o aprobación final que se adopte debe tener en cuenta los resultados de la participación.

Las condiciones antes mencionadas han sido recogidas y desarrolladas en nuestra legislación nacional. En este sentido, el Artículo 51° de la Ley N° 28611 señala que en todo proceso de participación ciudadana se deben seguir los siguientes criterios:

- La autoridad competente debe poner a disposición del público interesado, principalmente en los lugares de mayor afectación por las decisiones a tomarse, la información y documentos pertinentes, con una anticipación razonable, en formato sencillo y claro, y en medios adecuados.
- La autoridad competente debe convocar públicamente a los procesos de participación ciudadana, a través de medios que faciliten el conocimiento de dicha convocatoria, principalmente, a la población probablemente interesada.
- Cuando la decisión a adoptarse se sustente en la revisión o aprobación de documentos o estudios de cualquier tipo y si su complejidad lo justifica, la autoridad competente debe facilitar, por cuenta del promotor de la decisión o proyecto, versiones simplificadas a los interesados.
- La autoridad competente debe promover la participación de todos los sectores sociales, probablemente, interesados en las materias objeto del proceso de participación ciudadana, así como la participación de los servidores públicos con funciones, atribuciones o responsabilidades relacionadas con dichas materias.
- Cuando en las zonas involucradas con las materias objeto de la consulta habitan poblaciones que practican mayoritariamente idiomas distintos al castellano, la autoridad competente debe garantizar que se provean los medios que faciliten su comprensión y participación.
- Cuando las observaciones o recomendaciones que sean formuladas como consecuencia de los mecanismos de participación ciudadana no sean tomados en cuenta, se debe informar y fundamentar la razón de ello, por escrito, a quienes las hayan formulado.

En consecuencia, para garantizar una eficaz participación ciudadana, el Estado debe desarrollar dicho procedimiento bajo una serie de condiciones. En concreto, debe brindar información oportuna y accesible a los ciudadanos, concederles un plazo razonable para que puedan emitir sus opiniones, y evaluar dichas opiniones en su decisión final.

2.5 Mecanismos de participación ciudadana en la fiscalización ambiental

Las autoridades públicas deben implementar mecanismos para facilitar la efectiva participación ciudadana en la protección ambiental y promover su uso por las personas naturales o jurídicas interesadas o involucradas en un proceso particular de toma de decisiones en materia ambiental o en su ejecución, seguimiento y control.

Son diversos los mecanismos de participación ciudadana que se pueden emplear en la fiscalización ambiental. En efecto, el Artículo 134° de la Ley N° 28611 refiere que la participación ciudadana puede adoptar las siguientes formas:

- Fiscalización y control visual de procesos de contaminación.
- Fiscalización y control por medio de mediciones, muestreo o monitoreo ambiental.
- Fiscalización y control vía la interpretación o aplicación de estudios o evaluaciones ambientales efectuadas por otras instituciones.

Asimismo, el Artículo 35° del Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en asuntos ambientales, aprobado por Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM¹⁵, sostiene que la participación en la fiscalización ambiental se lleva a cabo a través de los siguientes mecanismos:

- Comités de Vigilancia Ciudadana, debidamente registrados ante la autoridad competente.
- Seguimiento de los indicadores de cumplimiento de la normativa ambiental.
- Denuncia de infracciones o de amenazas de infracciones a la normativa ambiental.
- Publicación de Proyectos de Normas.
- Participación en otras actividades de gestión a cargo de las autoridades competentes que estas definan, incluyendo opinión sobre documentos o instrumentos.
- Otros mecanismos debidamente sustentados.

¹⁵ Publicado en el diario oficial El Peruano el 17 de enero de 2009.

A continuación se desarrollan los principales mecanismos de participación ciudadana implementados por el OEFA durante el presente año para fortalecer la fiscalización ambiental.

III. MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA IMPLEMENTADOS POR EL OEFA

3.1 Red Universitaria de Capacitación y Educación en Fiscalización Ambiental - RUCEFA

La promoción de la participación ciudadana –como medio para mejorar la protección ambiental– parte del supuesto de un elevado grado de concienciación de los ciudadanos, pues se espera que estos empleen dichos medios como un instrumento de presión en aras de tutelar su entorno. No obstante, si los ciudadanos no tienen un comportamiento cívico comprometido con el medio ambiente de nada sirve arbitrar cauces de participación pública. Esto ocurre en nuestro país, donde la conciencia ecológica de los ciudadanos aún es limitada, por lo que interesa potenciarla a través de la educación y de campañas de información¹⁶.

Para tal efecto, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 024-2013-OEFA/CD del 28 de mayo de 2013, se ha creado la Red Universitaria de Capacitación y Educación en Fiscalización Ambiental - RUCEFA. Dicha red tiene como propósito capacitar a estudiantes universitarios para que estos contribuyan a difundir la normativa que regula la fiscalización ambiental y las competencias de la Entidad, con énfasis en aquellas que norman las funciones del Servicio de Información Nacional de Denuncias Ambientales - SINADA, entre los sectores de la población en situación de vulnerabilidad social.

En este sentido, el Artículo 4° de la Resolución antes mencionada precisa lo siguiente:

“Artículo 4°.- Público objetivo de la RUCEFA

4.1. Los estudiantes universitarios vinculados a la RUCEFA cumplirán la labor de capacitar, prioritariamente, a escolares, comunidades campesinas o nativas, pueblos indígenas, integrantes de organizaciones sociales de base, y otros grupos poblacionales asentados en zonas de alta conflictividad socioambiental o ubicados en áreas con alta incidencia de pobreza

(...)”

16 Cf. LOZANO, Blanca. Óp. Cit., p. 231.

Como puede apreciarse, el objetivo de la RUCFEA es brindar a los grupos poblacionales antes mencionados mayor conocimiento sobre el proceso de fiscalización ambiental y, de esta forma, promover su participación informada. En concreto, se busca fomentar la vigilancia ciudadana para prevenir y denunciar hechos contrarios a la normativa ambiental y, de esta manera, fortalecer la fiscalización ambiental.

Adicionalmente, mediante la implementación de la RUCFEA se promueve la responsabilidad social de los estudiantes universitarios, así como se propicia el interés de la comunidad universitaria en la incorporación de los temas vinculados a la fiscalización ambiental en sus respectivos currículos universitarios. De esta forma, se pretende involucrar a todos los grupos sociales en el proceso de fiscalización ambiental.

3.2 Servicio de Información Nacional de Denuncias Ambientales - SINADA

El Artículo 38° del Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en asuntos ambientales señala que “[c]ualquier persona puede denunciar ante las instancias correspondientes el incumplimiento de alguna norma ambiental, acompañando los elementos probatorios del caso”.

En observancia del dispositivo legal antes mencionado, en el OEFA se ha implementado el Servicio de Información Nacional de Denuncias Ambientales - SINADA, a través del cual se permite a cualquier ciudadano informar sobre los posibles impactos negativos que se generen en el ambiente. De esta forma, se pretende que los ciudadanos participen en la protección de su entorno.

Como se puede apreciar, el SINADA tiene como objetivo principal promover la vigilancia ciudadana para denunciar hechos contrarios a la legislación ambiental y, de esta forma, consolidar una cultura de responsabilidad social con el ambiente.

En la actualidad, el SINADA no solo se limita a recibir y tramitar denuncias ambientales sino, además, brinda capacitación a los ciudadanos sobre la normativa ambiental y los mecanismos con los que cuenta para presentar una denuncia. Ello en atención a que durante el 2013 se ha venido ejecutando el proyecto “Mejoramiento del Servicio de Información Nacional de Denuncias Ambientales - SINADA”, a través del cual se han realizado talleres a nivel nacional para capacitar y sensibilizar a la sociedad civil.

3.3 Monitoreo ambiental participativo

El Artículo 133° de la Ley N° 28611 señala que “[l]a vigilancia y el monitoreo ambiental tienen como fin generar la información que permita orientar la adopción de medidas que aseguren el cumplimiento de los objetivos de la política y normativa ambiental (...)”.

Los monitoreos ambientales participativos constituyen mecanismos que permiten a la ciudadanía participar en las labores de monitoreo ambiental que desarrolla el OEFA, en ejercicio de su función evaluadora. Estas labores se realizan a efectos de medir la presencia y concentración de contaminantes en el ambiente. También puede comprender acciones en materia de conservación de los recursos naturales.

El OEFA programa la realización de monitoreos ambientales participativos teniendo en cuenta criterios de sensibilidad ambiental, conflictividad socioambiental y otros similares. Para llevar a cabo el monitoreo, el OEFA elabora un Plan de Monitoreo Ambiental Participativo, en el cual se detallan las actividades a realizar.

En términos generales, el Plan de Monitoreo Ambiental Participativo tiene el siguiente contenido:

- Objetivo del monitoreo.
- Ubicación del lugar donde se realizará el monitoreo.
- Metodología a usar durante el monitoreo.
- Identificación de los puntos de monitoreo (coordenadas UTM WGS- 84).
- Ubicación geográfica de los puntos en un mapa.
- Recuento fotográfico u otros medios digitales.
- Condiciones climáticas.
- Componentes ambientales a monitorear.
- Determinación de los parámetros a evaluar.
- Cronograma tentativo de actividades.
- Número máximo de personas que podrán acompañar en las labores de monitoreo, así como las acciones que podrán realizar, considerando las particularidades de cada caso.
- Identificación de otras instituciones que pudieran participar en el monitoreo.

Durante el año 2012 se realizaron diecisiete (17) monitoreos participativos (5 monitoreos de agua, 5 de suelo y 7 de aire). En cambio, durante el año 2013, se han llevado a cabo treinta y siete (37) monitoreos participativos (12 monitoreos de agua, 16 de suelo y 9 de aire). Esta tendencia creciente refleja el impacto positivo de dicha práctica, y la necesidad de que la misma continúe siendo implementada.

3.4 Participación ciudadana en el proceso de elaboración de normas jurídicas

En el ámbito internacional, la Comunidad Europea ha reconocido en el Artículo 8° del Convenio de Aarhus que los Estados deben esforzarse por promover una participación efectiva del público en una fase apropiada, y cuando las opciones están aún abiertas, durante la fase de elaboración por autoridades públicas de disposiciones reglamentarias o de otras normas jurídicamente obligatorias de aplicación general que puedan tener un efecto importante sobre el medio ambiente. Para tal efecto, deben adoptar las siguientes disposiciones:

- Fijar un plazo suficiente para permitir una participación efectiva;
- Publicar un proyecto de reglas o poner este a disposición del público por otros medios; y
- Dar al público la posibilidad de formular observaciones, ya sea directamente o por mediación de órganos consultivos representativos.

Los resultados de la participación del público deben ser tomados en consideración en todo lo posible.

En el ámbito nacional, el Artículo 39° del Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en asuntos ambientales establece que “[l]os proyectos de normas que regulen asuntos ambientales generales o que tengan efectos ambientales, serán puestos en conocimiento del público para recibir opiniones y sugerencias de los interesados. El aviso de publicación del proyecto deberá publicarse en el Diario Oficial El Peruano y el cuerpo completo del proyecto en el portal de transparencia de la entidad, por un período mínimo de diez (10) días útiles”.

En observancia del dispositivo legal antes mencionado, el OEFA viene publicando los proyectos normativos a efectos de que la ciudadanía pueda emitir sus opiniones y sugerencias. Más aún, aunque la ley no lo exige, en la elaboración de los últimos proyectos normativos, se ha considerado conveniente llevar a cabo reuniones con los comentaristas para enriquecer el debate y lograr normas mejor sustentadas. Finalmente, se viene elaborando y publicando una matriz de comentarios, en la cual se detallan las razones por las cuales se acogieron o se desestimaron las sugerencias recibidas.

En este sentido, actualmente, al interior del OEFA, el proceso de aprobación de normas empieza con la publicación de la propuesta normativa, luego se reciben los comentarios del público, y se llevan a cabo una serie de reuniones con los comentaristas, a efectos de escuchar y absolver sus cuestionamientos. Por último, tras haber valorado las sugerencias recibidas, se publica la norma aprobada y la

matriz de comentarios, en la que se absuelve por escrito todas las sugerencias y comentarios recibidos durante este proceso.

En el proceso de elaboración de normas ambientales, se viene promoviendo la participación de las empresas destinatarias de la fiscalización ambiental, así como de las organizaciones no gubernamentales y agrupaciones civiles defensoras del ambiente (comunidades nativas y campesinas, y pueblos indígenas), a efectos de realizar una adecuada ponderación entre los intereses involucrados.

De esta forma, se garantiza que los administrados y la ciudadanía en general tengan una participación efectiva en la gestión ambiental, esto es, que sus opiniones sean consideradas en la aprobación de las propuestas normativas, lo que incide positivamente en la eficacia de las políticas de fiscalización ambiental adoptadas por el OEFA.

Cabe indicar que, este mecanismo de participación ciudadana se ha venido implementando gradualmente desde fines del año 2012. Las últimas normas jurídicas aprobadas conforme a esta metodología son las siguientes:

- Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, publicada el 13 de diciembre de 2012.
- Directiva N° 001-2012-OEFA/CD - Directiva que promueve mayor transparencia respecto de la información que administra el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 015-2012-OEFA/CD, publicada el 28 de diciembre de 2012.
- Reglamento de Supervisión Directiva del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA/CD, publicada el 28 de febrero de 2013.
- Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, aprobada por Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD, publicada el 12 de marzo de 2013.
- Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas previstas en el Literal d) del Numeral 22.2 del Artículo 22° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD, publicada el 23 de marzo de 2013.

- Reglas Generales sobre el ejercicio de la Potestad Sancionadora del OEFA, aprobadas por Resolución de Consejo Directivo N° 038-2013-OEFA/CD, publicada el 18 de setiembre de 2013.
- Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones vinculadas con la Eficacia de la Fiscalización Ambiental, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 042-2013-OEFA/CD, publicada el 16 de octubre de 2013.
- Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones relacionadas al incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD, publicada el 13 de noviembre de 2013.
- Reglamento para la Subsanación Voluntaria de incumplimientos de menor trascendencia, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD, publicada el 28 de noviembre de 2013.
- Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones relacionadas con los Instrumentos de Gestión Ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD, publicada el 20 de diciembre de 2013.

Como se puede apreciar, el OEFA ha implementado mecanismos para fortalecer la participación ciudadana en el proceso de elaboración de normas ambientales, más allá de lo exigido por el ordenamiento jurídico. De esta forma, las normas se aprueban luego de escuchar, valorar y ponderar los intereses en juego.

IV. CONCLUSIONES

El OEFA ha implementado una serie de mecanismos para fomentar la participación ciudadana en la fiscalización ambiental. En este sentido, se ha creado la Red Universitaria de Capacitación y Educación en Fiscalización Ambiental - RUCFEA con el objeto de brindar a la ciudadanía (en especial a las poblaciones vulnerables) la información necesaria para que pueda participar en la protección de su entorno. De esta forma, se pretende concientizar a los ciudadanos e involucrarlos en la fiscalización ambiental.

Asimismo, se ha implementado el SINADA con el objeto de promover la vigilancia ciudadana para denunciar los hechos contrarios a la legislación ambiental (posibles infracciones). Además, se han efectuado monitoreos ambientales participativos a efectos de involucrar a los ciudadanos en las labores de evaluación ambiental que realiza el OEFA.

Por último, se ha reforzado la participación ciudadana en el proceso de elaboración de normas ambientales creando un espacio de diálogo entre la Entidad, los administrados y la población civil con la finalidad de atender sus cuestionamientos. Así, en el proceso de aprobación de la norma se logra ponderar adecuadamente los intereses de todas las partes involucradas.

De esta forma, se viene colaborando en la formación de un Estado más eficiente, transparente y participativo, brindando a la ciudadanía información oportuna y adecuada, a fin de que pueda intervenir activamente en la conformación de las políticas públicas en materia ambiental.

BIBLIOGRAFÍA

BALLESTEROS-PINILLA, Gabriel

2010 “La Participación en Asuntos Ambientales y su tutela en el Convenio de Aarhus”. *Vniversitas*. Bogotá, número 121, pp. 19-47.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1997 *Participación Ciudadana*. Segunda edición. San José de Costa Rica: Visión Mundial.

JURADO NACIONAL DE ELECCIONES

2008 *Guía de Participación Ciudadana del Perú*. Lima: Dirección Nacional de Educación y Formación Cívica Ciudadana - JNE.

Consulta: 05 de diciembre de 2013.

<http://aceproject.org/regions-en/countries-and-territories/PE/case-studies/guia-de-participacion-ciudadana-del-peru-jne-2008/at_download/file>

LOZANO, Blanca

2009 *Derecho Ambiental Administrativo*. Décima edición. Madrid: Editorial Dykinson.

SALADIN, Claudia

2010 “Public Participation in the era of Globalization”. En PICOLOTTI, Romina y Jorge Daniel TAILLANT (editores). *Linking Human Rights and the Environment*. Tucson: The University of Arizona Press.

EL REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DIRECTA

DELIA MORALES CUTI

Sumario

En este artículo, la autora explica los alcances del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA en contraste con su norma antecesora, Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras del OSINERGMIN, dado que el desarrollo actual de las actividades económicas requería de un marco normativo adecuado que permita enfrentar de forma efectiva los impactos en el ambiente de tales actividades, a fin de que el componente ambiental o los recursos naturales afectados retornen al estado anterior al inicio de dicha actividad o, en su defecto, que sean restituidos a una situación equivalente. En esa línea, precisa los tipos de supervisión, etapas y garantías de los administrados.

I. Introducción. II. El Reglamento de Supervisión Directa del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA y la norma antecesora. III. Hacia un nuevo enfoque de la supervisión directa. IV. Tipos de supervisión, etapas y garantías de los administrados en las actividades de supervisión directa. V. Etapas de la supervisión y garantías de los administrados. VI. Los Informes de Supervisión y los Informes Técnicos Acusatorios. VII. Medidas preventivas y mandatos de carácter particular. VIII. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las funciones de la fiscalización ambiental es la supervisión directa. Si bien antes de la entrada en vigencia del Reglamento de Supervisión Directa del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA (en adelante, el Reglamento de Supervisión Directa) se contaba con un marco legal que permitía ejercer dicha función, la normativa vigente resultaba inadecuada a las necesidades de la realidad ambiental. Bajo ese contexto, fue aprobado el Reglamento de Supervisión Directa, el cual incorporó un conjunto de herramientas orientadas a que el componente ambiental afectado por la actividad económica retorne al estado anterior al inicio de dicha actividad o, en su defecto, que sea restituido a una situación equivalente.

El presente artículo tiene por finalidad desarrollar las novedades introducidas en el Reglamento de Supervisión Directa, así como las soluciones a los diversos problemas planteados durante la vigencia del anterior marco normativo.

Una de las novedades antes citadas es la adopción de un nuevo enfoque de las acciones de supervisión directa, el cual comprende la verificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables y la verificación del desempeño del proceso productivo, a fin de brindar una solución a la insuficiencia de los compromisos ambientales contenidos en muchos de los instrumentos de gestión ambiental. En ese contexto, el enfoque en cuestión se adelanta al peligro provocado por factores críticos del proceso productivo que, a pesar de no ser considerados como obligaciones ambientales, generan un riesgo para el ambiente. Esta preocupación es recogida por el Reglamento de Supervisión Directa del OEFA cuando se otorga a la Autoridad de Supervisión Directa la potestad de dictar medidas preventivas y mandatos de carácter particular por un potencial o inminente riesgo de daño ambiental.

Cabe destacar además que, bajo el anterior marco normativo, el informe de supervisión era el único documento que contenía y desarrollaba toda clase de hallazgos encontrados durante la supervisión, independientemente de su gravedad, generando congestión, demoras y mayor carga durante la etapa del procedimiento administrativo sancionador, debido a que la Autoridad Instructora debía discriminar qué aspectos del Informe de Supervisión podrían merituar el inicio de un procedimiento administrativo sancionador. Con el Reglamento de Supervisión Directa se continúa contemplando el informe de supervisión como aquel documento que contiene los resultados de las supervisiones, y se incorpora el Informe Técnico Acusatorio como el documento que contiene los hallazgos de presuntas infracciones detectados durante la supervisión con su respectivo fundamento técnico y legal.

II. EL REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DIRECTA DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL - OEFA Y LA NORMA ANTECESORA

El 28 de febrero de 2013 fue publicada la Resolución de Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA/CD que aprueba el Reglamento de Supervisión Directa del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), comprendiendo treinta y un artículos, siete disposiciones complementarias finales y dos disposiciones complementarias transitorias.

El Reglamento de Supervisión Directa es el primer reglamento aprobado por el OEFA, en ese rubro. Anteriormente, la supervisión ambiental directa se rigió

por el Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras del OSINERGMIN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 205-2009-OS-CD¹, siendo este el organismo público antecesor del OEFA en materia de fiscalización ambiental en los subsectores de minería y energía (hidrocarburos y electricidad)².

El Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras del OSINERGMIN regulaba en su Título V el procedimiento de supervisión, previendo la programación anual de las supervisiones, que estaban básicamente a cargo de Empresas supervisoras terceras ajenas al OSINERGMIN, cuyos informes tenían el carácter de recomendaciones para dicho organismo y debían contener los hallazgos y obligaciones verificadas en cada oportunidad. Este Reglamento estaba orientado, principalmente, a regular las relaciones entre la Empresa Supervisora y el OSINERGMIN (la suscripción de contratos de servicios, la inscripción en el registro de empresas supervisoras, las categorías de estas, el régimen de sanciones por incumplimiento de obligaciones, entre otros aspectos). También preveía las modalidades de supervisión (regular y especial) –situación que el Reglamento de Supervisión Directa del OEFA recoge con algunos cambios–; sin embargo, el Reglamento del OSINERGMIN no regulaba los derechos y obligaciones de las empresas supervisadas en el marco de esta función.

En contraste con la norma del OSINERGMIN, el Reglamento de Supervisión Directa del OEFA centra su objeto en las relaciones con los administrados supervisados, precisando las fuentes de obligaciones ambientales, incluyendo las medidas administrativas dispuestas por el OEFA. El Reglamento establece los requisitos y etapas que deben cumplirse para realizar la supervisión directa a las unidades productivas supervisadas, los documentos emitidos en cada caso y las obligaciones de las empresas durante la supervisión, con la finalidad de garantizar intervenciones técnicas imparciales que coadyuven a una verificación correcta de las obligaciones ambientales asumidas.

Asimismo, el Reglamento de Supervisión Directa del OEFA corrige la formalidad que hasta entonces orientaba la función de supervisión y que la hacía recaer únicamente en aquellos administrados que contaban con instrumentos de

1 Publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de noviembre de 2009.

2 La transferencia de funciones de fiscalización ambiental al OEFA y de fiscalización de condiciones ocupacionales al Ministerio de Trabajo y, actualmente, a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - SUNAFIL, dejó en competencia del OSINERGMIN únicamente la fiscalización de aspectos de seguridad.

gestión ambiental. Así, su Artículo 2° establece que el Reglamento de Supervisión Directa es aplicable a todos los administrados que desarrollen las actividades económicas sujetas a la competencia del OEFA, aun cuando no cuenten con los permisos, autorizaciones ni títulos habilitantes para el ejercicio de actividades³. Este tema no es menor, pues permite encausar a quienes desarrollan actividades económicas informales o ilegales.

III. HACIA UN NUEVO ENFOQUE DE LA SUPERVISIÓN DIRECTA

La supervisión directa es una función de fiscalización ambiental orientada a verificar el desempeño de las unidades productivas (plantas industriales, unidades mineras, proyectos de exploración, lotes petroleros, centrales hidroeléctricas, etc.) sujetas a la competencia del OEFA. Para esto, son características de la supervisión directa, las acciones de intervención *in situ* orientadas a apreciar el desenvolvimiento ordinario o cotidiano de las unidades productivas supervisadas. En estas intervenciones (denominadas supervisiones de campo) se toman muestras de efluentes, emisiones, sedimentos, etc. y se evalúan los procesos productivos y componentes operativos de mayor impacto ambiental de la actividad supervisada.

La supervisión ambiental es una función eminentemente técnica, que requiere de un conocimiento cercano del proceso productivo para detectar los aspectos que son críticos ambientalmente. Por ejemplo, en la etapa de construcción de una central hidroeléctrica, las emisiones y el ruido son críticos, al igual que el caudal ecológico que podría afectarse por la desviación de las aguas; en la minería a tajo abierto, constituyen aspectos críticos, el manejo de los depósitos de desmontes y relaves (por ser potenciales generadores de agua ácida que podrían impactar aguas subterráneas y, en general, cuerpos hídricos); en el proceso de concentrados de minerales, constituyen temas críticos, su carguío, y el control de material particulado generado durante este proceso, entre otros.

3 **Reglamento de Supervisión Directa del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA-CD y publicada en el diario oficial El Peruano el 28 de febrero de 2013**

“Artículo 2°.- Del ámbito de aplicación

2.1. El presente Reglamento es aplicable a todos aquellos que ejercen o coadyuvan al ejercicio de la función de supervisión directa a cargo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.

Asimismo, es aplicable a los administrados sujetos a la competencia de supervisión directa del OEFA aun cuando no cuenten con permisos o autorizaciones, ni títulos habilitantes para el ejercicio de sus actividades, de ser el caso.

(...)”

Dentro del esquema de un procedimiento sancionador, la supervisión constituye una etapa de investigación previa o preliminar. Sin embargo, operar como un medio de identificación de presuntas infracciones administrativas es solo una de las finalidades u objetivos de la función de supervisión directa.

Si bien normativamente, la función de supervisión se define como el seguimiento y verificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales, sea cual fuere su origen (instrumentos de gestión, normativa ambiental, o medidas administrativas dispuestas por el OEFA), dicha función trasciende el cumplimiento de las obligaciones ambientales⁴ existentes y el reporte de incumplimientos.

En la práctica, la función de supervisión se orienta también a verificar que el desempeño de las unidades productivas supervisadas se encuentre en armonía con una protección ambiental efectiva; es decir, si durante una supervisión se advierte que existe riesgo de daños ambientales —o daños ambientales— por el proceso productivo llevado a cabo, el OEFA reportará dicha situación, aun cuando esta no contravenga alguna obligación ambiental fiscalizable. Por ello, al ejercicio de la supervisión directa precede, de ser el caso, medidas administrativas como *medidas preventivas* (que, entre otras, comprenden la paralización de las actividades), y *mandatos de carácter particular*. Estas medidas operan en caso de riesgo inminente al ambiente, o que imponen exigencias al administrado para garantizar la eficacia de la fiscalización ambiental, aun cuando no medie incumplimiento alguno de obligaciones ambientales.

En su dimensión positiva, la supervisión también debería permitir apreciar mejoras en los procesos productivos y el cumplimiento por encima de los límites fijados en la legislación ambiental o en los compromisos efectivamente asumidos por un administrado en la etapa de control previo (certificación ambiental)⁵, con la finalidad de sustentar el otorgamiento de incentivos.

4 Exigencias o prohibiciones que deben ser observadas por los administrados para la protección de los componentes ambientales (agua, aire, suelo, espectro) y los recursos naturales.

5 Para una explicación más detallada de la etapa de certificación ambiental: VILLEGAS, José Luis. “Aproximación a la Configuración del Derecho Administrativo Ambiental en Venezuela”. Ponencia presentada en el *XIII Congreso Venezolano de Derecho Ambiental*. Valle de Sartenejas: Universidad Simón Bolívar, p. 9. Consulta: 25 de noviembre de 2013. <<http://www.xiiiderechoambiental.eventos.usb.ve/sites/default/files/Aproximaci%C3%B3n%20al%20Derecho%20Administrativo%20Ambiental.pdf>>.

Dicho esto, puede entenderse que el principio de prevención es el que define la función de supervisión ambiental directa. No se trata de la prevención a través de una proyección de impactos ambientales –que es propia de la certificación ambiental y que se realiza cuando no media actividad económica alguna– sino de la supervisión del desempeño sin que medie un evento de emergencia o gravedad, la cual tiene por finalidad que el administrado adopte medidas oportunas sin esperar que ocurra un evento crítico en el desarrollo de sus actividades.

Si bien, cotidianamente, la fiscalización ambiental es más visible o demandada por las comunidades de manera reactiva cuando, por ejemplo, ocurre un derrame de concentrados de minerales, de hidrocarburos, u otras sustancias peligrosas, la supervisión de estas situaciones constituye un porcentaje mínimo de las acciones de supervisión directa ejecutadas por el OEFA⁶. Diariamente, el OEFA despliega un gran número de acciones de supervisión en todo el país de manera silente, buscando anticiparse a impactos negativos, con la finalidad de introducir correctivos oportunos y hacer visible esta situación a los administrados, dándoles también la oportunidad de adoptar medidas que reduzcan la posibilidad de emergencias ambientales.

El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental entiende a la supervisión directa como la herramienta más potente y versátil para una prevención efectiva de impactos ambientales, en la medida en que puede erigirse más allá de la verificación del cumplimiento de obligaciones, advirtiendo los impactos efectivos de las actividades supervisadas. En este punto, la supervisión ambiental directa permite constatar lo que ocurre en la práctica cuando una actividad económica se desarrolla, siendo el mejor mecanismo para corroborar la proyección de impactos de la certificación ambiental otorgada y para determinar si es necesario adoptar medidas complementarias a ella.

IV. TIPOS DE SUPERVISIÓN, ETAPAS Y GARANTÍAS DE LOS ADMINISTRADOS EN LAS ACTIVIDADES DE SUPERVISIÓN DIRECTA

El Capítulo I del Título II del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA clasifica los tipos de supervisión directa en función a su programación y en función al lugar en que se realice. No obstante, como toda clasificación, esta no sería

6 Respecto al subsector hidrocarburos, de enero a octubre de 2013, el OEFA ha realizado ochocientos setenta (870) supervisiones, de las cuales setenta y uno (71) han sido supervisiones motivadas por reportes de emergencia ambiental de los administrados, denuncias, u otros. En los demás casos, la actuación del OEFA ha sido preventiva y realizada en aplicación del Plan Anual de Evaluación y Fiscalización Ambiental - PLANEFA, instrumento con el que toda entidad de fiscalización ambiental debe contar.

relevante si no existiesen diferencias efectivas entre uno y otro criterio, de cara a los administrados y a la autoridad que las ejecuta.

El Artículo 6º establece que, en función a su programación, las supervisiones pueden ser **regulares o especiales**⁷. Sin embargo, la programación de la supervisión no es lo que define ambos tipos, sino su alcance en un caso u otro, pues con mayor o menor previsión, toda supervisión implica acciones preliminares de programación⁸. En realidad, una supervisión regular tiene una vocación comprensiva orientada a

7 De modo similar a la legislación peruana, la legislación colombiana clasifica sus “visitas de seguimiento ambiental” (acciones de supervisión) en ordinarias (total o parcial) y extraordinarias. MOUTHON, Alberto et ál. *Manual de seguimiento ambiental de proyectos: Criterios y procedimientos*, 1ª ed. Ministerio del Ambiente, 2002, p. 73. <http://www.minambiente.gov.co/documentos/manual_segguimiento.pdf>

Asimismo, la legislación ambiental en España (en particular, la normativa de Madrid) divide a las supervisiones en: rutinarias (realizadas como parte de un programa de inspecciones previsto), y no rutinarias (realizadas, por ejemplo, en respuesta a una reclamación, en relación con la expedición, renovación o modificación de una autorización o permiso, o para investigar accidentes, incidentes o casos de incumplimiento). En: COMUNIDAD DE MADRID. CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO. Dirección General de Evaluación Ambiental, Subdirección General de Disciplina Ambiental. *Programa de Inspección Ambiental*, Madrid, 2013, p. 3. <http://www.madrid.org/es/Satellite?=CM_Actualidad_FA&language=es&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura>

Cf. ESCOBAR, Eva María y Daniel Martín-MONTALVO ÁLVAREZ, “Inspección y seguimiento ambiental de proyectos y actividades en la Comunidad de Madrid”. *Especial Comunidad de Madrid*, N° 52, Madrid, 2013. pp. 114-115. <<http://www.forestales.net/archivos/forestal/especial%20comunidad%20de%20madrid/EA4-Inspeccion-y-seguimiento-ambiental-de-proyectos-y-actividades-en-la-Comunidad-de-Madrid.pdf>>

8 **Reglamento de Supervisión Directa del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA-CD, publicada en el diario oficial El Peruano el 28 de febrero de 2013.**

“Artículo 6º.- De los tipos de supervisión directa

6.1. La supervisión directa se clasifica en función de su programación o la existencia de verificación en campo, y se ejerce a través de muestras respecto del universo de obligaciones a cargo del administrado.

6.2. En función de su programación, la supervisión directa puede ser:

a) Supervisión Regular: Supervisión programada en el Plan Anual de Evaluación y Fiscalización Ambiental - PLANEFA, que comprende la verificación de las obligaciones ambientales fiscalizables del administrado.

verificar la integridad de las obligaciones ambientales asumidas por una empresa para una unidad productiva; mientras que una supervisión especial es focalizada⁹.

La autoridad de supervisión no requiere, en este último caso, planes de supervisión previos. Asimismo, cuando se informa a la comunidad o sociedad civil que se ha realizado una supervisión especial, se puede entender que ésta ha estado focalizada a determinados componentes o etapas del proceso productivo.

El Numeral 6.3 del Artículo 6° clasifica a las supervisiones en supervisiones en campo y supervisiones documentales. La utilidad de esta clasificación es dar amplitud a la función, evitando que la supervisión se restrinja a las acciones *in situ* y, con ello, las evidencias o hallazgos que puedan detectarse. La finalidad es incluir como actividad de supervisión el análisis de documentos que puedan dar cuenta del cumplimiento de obligaciones y, en general, del desempeño de la unidad productiva. Por ejemplo, la infracción de realizar actividades sin contar con instrumentos de gestión ambiental, puede acreditarse si la realización de actividades

b) **Supervisión Especial:** Supervisión no programada orientada a la verificación de obligaciones ambientales específicas debido a circunstancias tales como:

(i) *Actividades informales o ilegales.*

(ii) *Accidentes: incendios, explosiones, derrames, derrumbes, etc.*

(iii) *Denuncias.*

(iv) *Verificación del cumplimiento de instrumentos de gestión ambiental cuya supervisión no haya sido objeto de programación anual o que requieren de mayor seguimiento en función de los resultados de supervisiones regulares previas.*

(v) *Solicitudes de intervención formuladas por organismos públicos, de conformidad con la legislación de la materia.*

El presente listado es enunciativo y no taxativo.

6.3. En función del lugar donde se realiza, la supervisión directa puede ser:

a) **En campo:** *Se realiza dentro o en las áreas de influencia de la actividad a cargo del administrado.* Esta supervisión involucra también una etapa de revisión documental.

b) **Documental:** No se realiza en las instalaciones del administrado, y consiste en el análisis de información documental relevante correspondiente a la actividad desarrollada por el administrado”.

9 Los casos señalados en el Literal b) del Numeral 6.2 del Artículo 6°, como son las denuncias, los reportes de emergencias y los hallazgos de supervisiones anteriores justifican una supervisión especial (restringida a aspectos puntuales) pero pueden ser programadas como ocurre en el último de los casos citados. Así, por ejemplo si se supervisa a una planta de cemento, pueden encontrarse diversos hallazgos, los cuales –de ser de menor trascendencia– podrían motivar recomendaciones cuya implementación podría demandar una supervisión especial para verificar tal implementación. En este caso se programaría una supervisión especial con anticipación, la cual no dejaría de ser focalizada.

efectivas constituye un hecho público, aunando a ello la revisión del registro de instrumentos de gestión comprendida en el portal del sector competente¹⁰.

V. ETAPAS DE LA SUPERVISIÓN Y GARANTÍAS DE LOS ADMINISTRADOS

La supervisión siempre tiene una etapa preliminar o de programación previa, siendo los detalles de esta, de índole interno¹¹. La realización de la supervisión no es informada al administrado, a fin de que en la supervisión puedan apreciarse las condiciones ordinarias en que opera la unidad productiva. Solo en aquellos casos

10 La fiscalización a cargo del OEFA involucra un control posterior, esto es, la fiscalización de actividades efectivas. Sin embargo, estas actividades están sometidas a un control previo a cargo de autoridades sectoriales (etapa de certificación ambiental). Estas autoridades aprueban los instrumentos de gestión ambiental (que comprenden las obligaciones asumidas por los titulares para mitigar los impactos ambientales que pueden generar sus actividades) y llevan el registro de los mismos.

11 En materia comparada, el caso colombiano guarda algunas similitudes y diferencias con la legislación peruana que vale la pena señalar. Así, por ejemplo, las labores de seguimiento ambiental en Colombia cuentan con una serie de pasos que pueden ser resumidos en:

- 1) Reunión preliminar del equipo que realizará la visita de seguimiento: De forma similar al OEFA, antes de la salida a campo, se debe reunir un equipo compuesto por técnicos y abogados con la finalidad de intercambiar información, identificar la documentación que se debe llevar a la visita, y dividirse tareas durante la visita; posteriormente se alistan las herramientas necesarias para llevar a la visita, consistentes en:
 - (i) Diversos formatos de programación de la visita de seguimiento, de verificación del estado de cumplimiento de los programas que conforman el Plan de Manejo Ambiental, de verificación del estado de cumplimiento de los proyectos que hacen parte de los programas del Plan de Manejo Ambiental (si aplica al caso concreto). En el caso del OEFA, este utiliza –principalmente– dos herramientas: la ficha de compromisos ambientales (que está separada en función a los compromisos ambientales del administrado) y la matriz de supervisión (que está separada en función a la fase del proceso productivo a ser supervisado, independientemente de si el administrado posee o no un compromiso ambiental al respecto).
 - (ii) Figuras, planos temáticos y demás información identificada en la reunión. En el caso del OEFA, se cuenta con el Sistema de Información Geográfica - SIG, que otorga mapas detallados de cuencas y bahías con la identificación geográfica de las plantas, unidades o establecimientos que operan en la zona.
 - (iii) Cámaras fotográficas, equipos de monitoreo u otras herramientas que ayuden a recolectar pruebas. Este caso es similar al utilizado por el OEFA.
 - (iv) Planear el reconocimiento de áreas aledañas al sitio del proyecto.
 - (v) Dejar en claro los objetivos generales de la visita de seguimiento.

de difícil acceso (habitualmente, las locaciones en zonas de selva o plataformas en alta mar), los administrados mantienen deberes de colaboración mayores a los ordinarios (facilitación de acceso) y la supervisión puede ser comunicada con la debida antelación. Otras etapas de la supervisión son la ejecución, el manejo de los resultados obtenidos y el empleo de estos en eventuales procedimientos sancionadores.

Para los administrados, más relevante que las etapas de la supervisión, son las garantías a su favor previstas en el Reglamento de Supervisión Directa. Por ejemplo, la obligación del supervisor de colocar las observaciones que tuviese el administrado, así como las subsanaciones de hallazgos, de ser el caso. Si bien este documento ya existía, el Reglamento regula por vez primera su contenido e incluye el derecho de los administrados de formular observaciones al cierre del acta, así como contar con una copia de ella.

Otro aspecto de suma relevancia que plantea el Reglamento de Supervisión Directa es la **restricción a las potestades del personal supervisor en campo**. Anteriormente, los supervisores podían establecer recomendaciones a los hallazgos registrados, es decir, podían valorar tales hallazgos y disponer la realización por parte del administrado de una serie de medidas para subsanarlos, todo en la misma

-
- 2) La ejecución de la visita de seguimiento; esta visita debe realizarse en función a los objetivos específicos de la visita, cumpliendo las actitudes a seguirse (de modo neutral), y utilizando la metodología previamente definida durante la visita. En ese sentido, durante la visita de seguimiento se debe:
 - (i) Verificar si existe coherencia entre la información presentada en el Informe de Cumplimiento Ambiental (equiparable a los Instrumentos de Gestión Ambiental en Perú) y la información suministrada por algunas entidades, autoridades y/o grupos interesados.
 - (ii) Recorrer las áreas aledañas para identificar actividades no reportadas, posibles impactos no previstos y pasivos ambientales. En el caso del OEFA, también se recorren áreas cercanas a la unidad, planta o establecimiento productivo, estas acciones se dan principalmente en el caso de emergencias ambientales para poder determinar la gravedad del impacto ambiental generado.
 - (iii) El estado de cumplimiento de los programas que conforman el Plan de Manejo Ambiental.
 - (iv) El estado de cumplimiento de los requerimientos de los actos administrativos.
 - (v) Revisión de impactos ambientales significativos e impactos no previstos.
 - (vi) Verificar cambios existentes en el ambiente o en el proyecto, que hayan podido ocurrir desde el momento en que se realizó el estudio ambiental hasta la fecha de la visita de seguimiento.
 - (vii) Los permisos, concesiones o autorizaciones ambientales para el uso y/o aprovechamiento de los recursos naturales.
 - (viii) El cumplimiento del Programa de manejo ambiental relacionado.

Para mayor información, véase: MOUTHON, Alberto et ál. (2002). Óp. Cit., p. 70.

acción de supervisión en campo. Esta situación ha variado sustantivamente; así, el Reglamento establece hoy que en las supervisiones en campo, solo corresponde identificar el desempeño de la unidad productiva a través de hallazgos; sin valorarlos, y menos aún disponer acciones frente a ellos.

Una preocupación en torno a este cambio se debió al riesgo de que no se adopten medidas inmediatas frente a situaciones críticas como derrames o colmatación de canales, entre otros que puedan evidenciarse en el momento de la supervisión de campo¹². No obstante, en la actualidad, la existencia de medios de comunicación en tiempo real aminora este riesgo y tales medidas podrían establecerse sobre la base de reportes preliminares, pruebas fotográficas y otras que puedan ser cursadas en línea. Adicionalmente, y sin perjuicio de las medidas que puede ordenar la Autoridad de Supervisión Directa, deben tenerse en cuenta las acciones que un administrado ordinariamente adopta de forma inmediata y de *motu proprio* ante un hallazgo detectado en campo y del cual tiene conocimiento.

Otra garantía otorgada al administrado es la **notificación de los hallazgos** registrados en la supervisión y su valoración por parte de la Autoridad de Supervisión Directa. Este cambio permite diferenciar a los hallazgos registrados según su condición: (i) hallazgos que pueden motivar un procedimiento sancionador, (ii) hallazgos de menor trascendencia (de carácter leve) y (iii) hallazgos no vinculados a obligaciones, pero que pueden generar impactos negativos al ambiente de no corregirse. Cada uno de estos hallazgos, así como sus efectos, son notificados a los administrados.

Actualmente, en mérito del Artículo 12° del Reglamento de Supervisión Directa, un administrado puede conocer que los hallazgos de presuntas infracciones administrativas pueden motivar un procedimiento sancionador y que la defensa que se desee realizar debe ser presentada, no ante la Autoridad de Supervisión Directa sino en el eventual proceso sancionador que se inicie.

En el caso de hallazgos de menor trascendencia, estos no son objeto de acusación (para el inicio de un procedimiento sancionador) pese a denotar un incumplimiento de obligaciones. Como su nombre lo indica, estos hallazgos se caracterizan por su levedad o ausencia de riesgo o de impactos negativos al ambiente. En aras de generar incentivos orientados a que los administrados cumplan

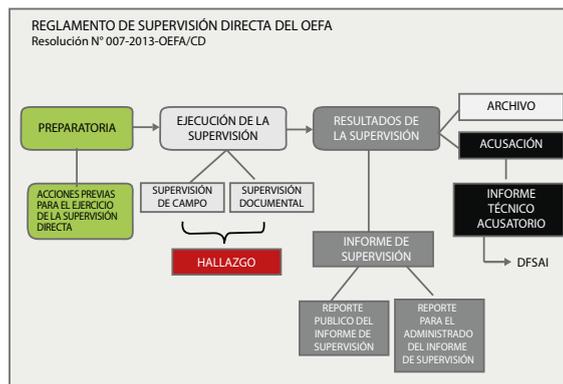
12 Como se analiza en los apartados siguientes, la adopción de medidas preventivas y mandatos de carácter particular, que son las dos medidas administrativas que pueden adoptarse en el ejercicio de la función de supervisión, solo corresponde a la Autoridad de Supervisión, no así a sus colaboradores (personal supervisor).

con sus obligaciones ambientales de forma voluntaria, así como para enfocar a las supervisiones en aspectos –ambientalmente– más relevantes, el OEFA ha publicado recientemente el Reglamento para la subsanación voluntaria de incumplimientos de menor trascendencia, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD¹³.

El Reglamento de Supervisión Directa prevé que estos hallazgos no serán objeto de un Informe Técnico Acusatorio siempre que medie su subsanación mediante la implementación de recomendaciones dadas para estos efectos. Sin embargo, pueden existir situaciones de menor trascendencia y de subsanación inmediata, que también deben meritarse para evitar engrosar el número de procedimientos sancionadores por situaciones menores¹⁴.

De acuerdo a lo expuesto, la posibilidad de subsanación no es –en estricto– lo que caracteriza a los hallazgos de menor trascendencia sino, propiamente, su levedad. En este punto, debe precisarse que los incumplimientos de gran impacto pueden cesar durante la acción de supervisión o motivar la aplicación de planes de contingencia de igual oportunidad, pero, no por ello, ser calificados como hallazgos de menor trascendencia. La adopción de medidas inmediatas frente a situaciones de esta índole puede ser considerada como factor atenuante en un procedimiento administrativo sancionador, sin modificar la gravedad inicial del hallazgo registrado.

El gráfico siguiente resume el desarrollo de las funciones de supervisión directa.



Fuente: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (2013)
Elaboración propia

13 Publicada en el diario oficial El Peruano el 28 de noviembre de 2013.

14 Cabe precisar que todos los tipos de hallazgos pueden ser subsanados de forma voluntaria por el administrado. En algunos casos, esta subsanación podría presentarse en el mismo momento de la supervisión de campo, o incluso antes que la Autoridad de Supervisión Directa realice la supervisión de campo, o incluso una vez iniciado el Procedimiento Administrativo Sancionador.

VI. LOS INFORMES DE SUPERVISIÓN Y LOS INFORMES TÉCNICOS ACUSATORIOS

Los resultados de las funciones de supervisión constan en un documento por excelencia: el informe de supervisión. Este informe recoge el desempeño de la unidad productiva e incluye los cumplimientos efectivos de obligaciones, los incumplimientos y las situaciones no previstas a título de obligación, pero que pueden generar impactos al ambiente si no se adoptan medidas preventivas o mandatos de carácter particular¹⁵.

Ordinariamente, este era el único documento que contenía los resultados de una supervisión, siendo empleado como prueba de inicio en los procedimientos sancionadores, aun cuando la vocación del Informe de Supervisión no era sancionadora. Lo anterior generaba demora en su análisis por parte de la Autoridad de Instrucción a cargo del procedimiento sancionador.

El Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo del OEFA N° 012-2013-OEFA/CD, superó esta situación introduciendo como nuevo producto de la función de supervisión el Informe Técnico Acusatorio¹⁶ como un documento con fundamento

15 En Chile se cuenta con el “informe de fiscalización” que pone término al procedimiento de fiscalización ambiental realizado por la Superintendencia de Medio Ambiente. Dicho informe debe contener los siguientes elementos:

- Identificación del proyecto, actividad o fuente fiscalizada (fecha, ubicación, titular, entre otros aspectos de interés).
- Motivo de la actividad de fiscalización.
- Instrumentos de Gestión Ambiental que regulan la actividad fiscalizada.
- Resumen de las actividades de fiscalización, con breve relación de los hechos, cuando corresponda.
- Identificación de todos aquellos hechos que constituyen no conformidades respecto del instrumento de gestión ambiental que regula el proyecto, actividad o fuente fiscalizada.

Para mayor información al respecto se recomienda visitar la página web de la Superintendencia de Medio Ambiente de Chile <<http://www.sma.gob.cl/>> Consulta: 18 de noviembre de 2013.

16 **Reglamento de Supervisión Directa del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA-CD, publicado en el diario oficial El Peruano el 28 de febrero de 2013**

“Artículo 7°.- Del Informe Técnico Acusatorio

7.1. *Mediante el Informe Técnico Acusatorio, la Autoridad Acusadora pone a consideración de la Autoridad Instructora la presunta existencia de infracciones administrativas, acompañando los medios probatorios obtenidos en las actividades de evaluación o supervisión directa.*

7.2. *La Autoridad Instructora podrá solicitar aclaración del Informe Técnico Acusatorio”.*

técnico y legal elaborado sobre la base del Informe de Supervisión o del Informe Preliminar del mismo y que debe ser enviado a la Autoridad Instructora. En este informe, la Autoridad de Supervisión expone únicamente los hallazgos de presuntos incumplimientos de obligaciones de mayor trascendencia y más evidentes, detectadas en las acciones de supervisión, para dar agilidad al procedimiento sancionador¹⁷. Ello no afecta que posteriormente, y con un análisis más detallado, se puedan advertir otros hallazgos que complementen los inicialmente considerados en el Informe Técnico Acusatorio.

El Reglamento de Supervisión Directa del OEFA aborda con mayor detalle el contenido del Informe Técnico Acusatorio en su Capítulo V del Título II. Un aspecto relevante es que los medios probatorios que pueden sustentar este informe no se restringen a aquellos que se recaben en las acciones de supervisión sino a todos aquellos que resulten pertinentes. Así, se han elaborado Informes Técnicos Acusatorios por presuntas infracciones consistentes en realizar actividades de mediana y gran minería sin contar con instrumentos de gestión, en los que no ha habido una supervisión de campo a las zonas impactadas por estas actividades, empleando información de conocimiento público sobre tales impactos, destacados en material periodístico.

Asimismo, el Reglamento de Supervisión Directa prevé la consideración de los informes de evaluación de calidad ambiental como una de las fuentes de información que pueden emplearse como apoyo a la función de supervisión.

A diferencia de la supervisión que involucra una suerte de fotografía del desempeño de una unidad productiva, la evaluación de calidad ambiental del área de influencia puede aportar un diagnóstico del estado de tal calidad luego de monitoreos sistemáticos y un análisis o investigación más detenida sobre otros aspectos que pueden explicar el por qué de tal condición (minerología asociada a la zona, rosas de viento, las incidencias de la actividad supervisada en la geoquímica de la zona, etc.).

17 Reglamento de Supervisión Directa del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA-CD, publicado en el diario El Peruano el 28 de febrero de 2013

“Artículo 8°.- Contenido del Informe Técnico Acusatorio

El Informe Técnico Acusatorio deberá contener lo siguiente:

(i) La exposición de las actuaciones u omisiones que constituyen indicios de la existencia de presuntas infracciones administrativas, identificando a los presuntos responsables, los medios probatorios, las normas o compromisos supuestamente infringidos o incumplidos u otras obligaciones ambientales fiscalizables;

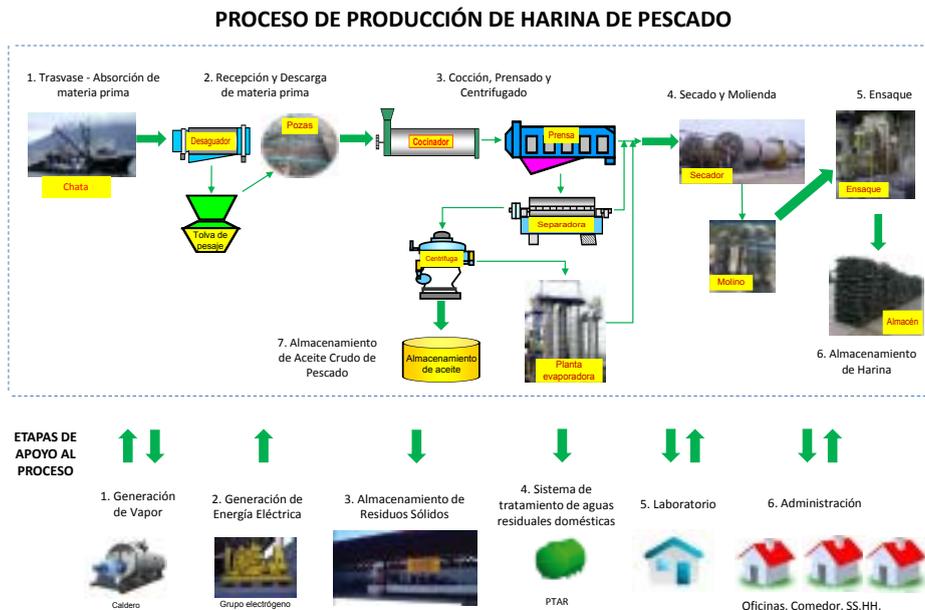
(ii) La identificación de las medidas preventivas impuestas previamente, de ser el caso; y,

(iii) La solicitud de apersonamiento al procedimiento, de considerarse pertinente”.

La inmediatez de la Autoridad de Supervisión con las pruebas de los presuntos incumplimientos por parte de los administrados y la especialidad técnica que requiere esta función, justifica un rol más activo en el procedimiento sancionador a través de los Informes Técnicos Acusatorios.

Aunque el Reglamento de Supervisión Directa no lo mencione, los criterios de especialidad e inmediatez sustentan que en los Informes Técnicos Acusatorios se puedan plantear, aun preliminarmente, las medidas correctivas necesarias para revertir los efectos de la conducta infractora. Como se ha señalado en el apartado introductorio del presente artículo, la función de supervisión directa requiere conocer el proceso productivo de las unidades supervisadas, aspecto que resulta de suma relevancia cuando se trata de adoptar medidas correctivas.

El gráfico que se presenta a continuación muestra el proceso de producción de harina de pescado, cuyo conocimiento permite identificar los aspectos ambientalmente más críticos de dicho proceso que serán considerados durante el desarrollo de las supervisiones.



Fuente: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (2013)

VII. MEDIDAS PREVENTIVAS Y MANDATOS DE CARÁCTER PARTICULAR

La función de supervisión consistente en la verificación de obligaciones ambientales y, en general, del desempeño de una unidad productiva no sería efectiva sino se contase con la posibilidad de adoptar medidas administrativas cuando los hallazgos advertidos den cuenta de un peligro ambiental inminente, o de situaciones que requieran la realización de estudios complementarios a los existentes, u otras medidas de implementación necesarias para garantizar la eficacia de la fiscalización y asegurar el cumplimiento de los objetivos de la protección ambiental.

Estas medidas administrativas otorgan eficacia a la supervisión ambiental directa, habilitando la posibilidad de tomar acciones inmediatas y concretas sin tener que esperar la culminación de un procedimiento administrativo sancionador y las medidas correctivas que dicten en dicho contexto¹⁸. Sin embargo, esta potestad se restringe a situaciones calificadas que requieran la prontitud de resultados; de allí que su ejercicio se rija por los principios de razonabilidad, prevención y proporcionalidad.

El Título IV del Reglamento de Supervisión Directa regula las **medidas preventivas** en siete artículos¹⁹, en los que se define la naturaleza de esta

18 En la legislación comparada existen casos como el régimen comunitario que opta por establecer un régimen de responsabilidad administrativa orientado a la adopción de medidas correctivas (adecuación, reparación, compensación, etc.) sin un carácter sancionador, en los que no se discuten sanciones pecuniarias sino únicamente la responsabilidad frente a un suceso con fines de revertir los efectos de los impactos generados. En: PERNAS, José. “Ley de Responsabilidad Ambiental en España” [diapositivas]. *Primer Seminario Internacional Derecho Administrativo Sancionador y Ambiental*, Lima, 25 de octubre de 2013 <<http://www.slideshare.net/oefaperu/presentacion-penasper-mreducida2>>. DÍAZ, Mercedes. “Derecho Ambiental Sancionador - Función Administrativa” [Diapositivas]. Madrid. <http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/Ppnud08/file/Clase%203_Dra_%20Mercedes%20D%C3%ADaz%20Araujo.pdf>

19 **Reglamento de Supervisión Directa del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA**

Resolución de Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA-CD

“Artículo 5°.- De las definiciones

Para efectos del presente Reglamento, resulta pertinente establecer las siguientes definiciones:
(...)

j) **Medida preventiva:** *Disposición a través de la cual se ordena al administrado la ejecución de una obligación en particular –sea de hacer o no hacer– cuando se evidencia un peligro inminente o alto riesgo de la generación de daño grave al ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas, así como también para mitigar las causas que generan la degradación o el daño ambiental”.*

medida administrativa asociándola a situaciones de inminente peligro o situaciones de alto riesgo de daño grave al ambiente o a los recursos naturales (daño ambiental directo o daño ecológico puro) o como resultado de ellos, a la salud humana (daño ambiental tradicional o daño por contaminación²⁰). Asimismo, establece que solo puede ser dictado por la Autoridad de Supervisión, tal como se había mencionado en apartados anteriores, con lo cual se otorga una mayor garantía a los administrados frente al carácter extraordinario de estas medidas a efectos de que no se adopten bajo el único criterio del supervisor en la etapa de campo, sino que sean evaluadas en mayor grado por la máxima autoridad que ejerce la función de supervisión, sin restarle por ello celeridad en su adopción.

En el Artículo 24° del referido Reglamento se establecen de manera ejemplificativa las medidas preventivas que podrían ser adoptadas, destacando entre ellas la paralización o cese de la actividad.

Finalmente, el Título V del Reglamento de Supervisión Directa regula los **mandatos de carácter particular**²¹, como aquellas disposiciones ordenadas por las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA), para que el administrado ejecute una determinada acción u acciones relacionadas con un hallazgo a fin de garantizar una eficaz fiscalización ambiental y asegurar el cumplimiento de los objetivos de protección ambiental. Si bien los mandatos de carácter particular son usualmente utilizados para solicitar cierta información al administrado, su naturaleza trasciende dicha función, abarcando también otros supuestos que deberán ser estudiados detalladamente dependiendo del caso concreto.

20 Esta diferencia entre daños ambientales ha sido ampliamente adoptada por la doctrina; así, por ejemplo, tenemos a: RUDA, Albert. *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente*. Tesis Doctoral. Dirigida por el Profesor Dr. Miguel Martín Casas. Cataluña: Universidad de Girona, 2005, pp. 65 y 117. GONZÁLES, José Juan. *La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina*". México D.F.: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2003, p. 26. SANDS, Philippe. *Principles of International Environmental Law*. Segunda edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 876. DE MIGUEL, Carlos. *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Madrid: Civitas S.A., 1993, p. 85.

21 **Reglamento de Supervisión Directa del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA-CD, publicado en el diario oficial El Peruano el 28 de febrero de 2013**

“Artículo 5°.- De las definiciones

Para efectos del presente Reglamento, resulta pertinente establecer las siguientes definiciones:
(...)

i) **Mandato de carácter particular:** *Disposición mediante la cual se ordena a un administrado en particular realizar determinadas acciones relacionadas con un hallazgo con la finalidad de garantizar la eficacia de la fiscalización ambiental y asegurar el cumplimiento de los objetivos de la protección ambiental”.*

VIII. CONCLUSIÓN

El Reglamento de Supervisión Directa constituye la primera norma emitida por el OEFA destinada a regir las acciones de supervisión de cumplimiento de obligaciones ambientales y desempeño de las unidades supervisadas. Esta norma centra su objeto en las garantías a los administrados, incluyendo mecanismos de información que les permita conocer los resultados de las intervenciones, así como la forma en la que deben proceder en cada caso. Este Reglamento se diferencia de las normas anteriores que regían esta función y que se orientaban a regular básicamente la relación entre la Autoridad de Supervisión y los terceros subcontratados como colaboradores de la función.

El Reglamento de Supervisión Directa del OEFA plantea una amplitud de medios probatorios, que va más allá de la actividad de supervisión de campo y que permite integrar cualquier prueba pertinente a la investigación, incluyendo la colaboración de otros órganos de línea del OEFA como es el caso de la Dirección de Evaluación.

Asimismo, prevé la existencia de dos informes diferenciados: el Informe de Supervisión y el Informe Técnico Acusatorio, para dar cuenta del desarrollo de las actividades supervisadas y del incumplimiento de las obligaciones ambientales en dicho contexto.

Así, el Reglamento de Supervisión Directa adopta una serie de herramientas que permiten ejecutar una fiscalización ambiental efectiva destinada a lograr que los administrados pongan en marcha una serie de acciones destinadas a proteger el ambiente y, al mismo tiempo, logra que los administrados cuenten con garantías durante el desarrollo de las acciones de supervisión directa.

BIBLIOGRAFÍA:

COMUNIDAD DE MADRID. CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO. DIRECCIÓN GENERAL DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, SUBDIRECCIÓN GENERAL DE DISCIPLINA AMBIENTAL

2013 *Programa de Inspección Ambiental. Madrid*. Consulta: 25 de noviembre de 2013. <http://www.madrid.org/cs/Satellite?C=CM_Actualidad_FA&cid=1354190952919&language=es&pagename=comunidadmadrid%2FEstructura>

DE MIGUEL, Carlos

1993 *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Segunda edición. Madrid: Civitas S.A.

DÍAZ, Mercedes

S/F “Derecho Ambiental Sancionador – Función Administrativa” [diapositivas]. Madrid. Consulta: 15 de diciembre de 2103. <http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/Ppnud08/file/Clase%203_Dra_%20Mercedes%20D%C3%ADaz%20Araujo.pdf>

ESCOBAR, Eva María y Daniel MARTÍN-MONTALVO

S/F “Inspección y seguimiento ambiental de proyectos y actividades en la Comunidad de Madrid”. *Revista Foresta Especial Comunidad de Madrid*. Madrid, número 52, pp.110-117. Consulta: 12 de diciembre de 2103. <<http://www.forestales.net/archivos/forestal/especial%20comunidad%20de%20madrid/EA4-Inspeccion-y-seguimiento-ambiental-de-proyectos-y-actividades-en-la-Comunidad-de-Madrid.pdf>>

GONZÁLEZ, José Juan

2003 “*La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina*”. Serie Documentos sobre Derecho Ambiental N°12. México D.F., 2003. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

MOUTHON Alberto et ál.

2002 *Manual de seguimiento ambiental de proyectos: Criterios y procedimientos*. Primera edición. Bogotá: Subdirección de Licencias Ambientales del Ministerio del Medio Ambiente y el Convenio Andrés Bello (CAB) N:12, p.73. Consulta: 25 de noviembre de 2013. <http://www.minambiente.gov.co/documentos/manual_seguimiento.pdf>

PERNAS, José

2013 “Ley de Responsabilidad Ambiental en España” [diapositivas]. *Ponencia presentada en el Primer Seminario Internacional Derecho Administrativo Sancionador y Ambiental del OEFA*, Lima, 25 de octubre de 2013. Consulta 2 de Enero de 2014. <<http://www.slideshare.net/OEFAperu/presentacin-pernasper-ureducida2>>

RUDA, Albert

2005 *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente*. Tesis Doctoral. Cataluña: Universidad de Girona.

SANDS, Philippe

2012 *Principles of International Environmental Law*. Segunda edición. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 876.

VILLEGAS, José Luis

2011 “Aproximación a la Configuración del Derecho Administrativo Ambiental en Venezuela”. Ponencia presentada en el *XIII Congreso Venezolano de Derecho Ambiental*. Valle de Sartenejas: Universidad Simón Bolívar, p. 9. Consulta: 25 de noviembre de 2013. <<http://www.xiiiderechoambiental.eventos.usb.ve/sites/default/files/Aproximaci%C3%B3n%20al%20Derecho%20Administrativo%20Ambiental.pdf>>

COMPETENCIA DEL OEFA EN CASOS DE CONTRATOS DE CESIÓN MINERA

SKARLEY LLANOS BUIZA
JORGE ABARCA GARCÍA

Sumario

En este artículo, los autores analizan en aplicación del principio de primacía de la realidad, la competencia del OEFA en casos en los que los titulares mineros de la gran y mediana minería han suscrito contratos de cesión minera con pequeños productores mineros, lo que ha llevado a algunos cesionarios a cuestionar la competencia del OEFA para fiscalizarlos.

I. Introducción. II. Aplicación del principio de primacía de la realidad en contratos de cesión minera. III. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

A través de los contratos de cesión minera, el concesionario podrá entregar su concesión minera, de beneficio, labor general o transporte a un tercero, percibiendo por ello una compensación. Bajo tal esquema, el tercero o cesionario se sustituye en todos los derechos y obligaciones que tiene el titular minero o cedente.

En el marco de las acciones de supervisión que lleva a cabo el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, el OEFA) se ha detectado la existencia de situaciones en las que titulares mineros de la gran y mediana minería han suscrito contratos de cesión minera con pequeños productores mineros, lo que ha llevado a algunos cesionarios a cuestionar la competencia del OEFA para fiscalizarlos –como lo hacía anteriormente con los cedentes–, pues alegan que la institución únicamente puede verificar el cumplimiento de las obligaciones ambientales por parte de empresas que pertenecen a la gran y mediana minería; por consiguiente, infieren que dada su condición legal de pequeños productores mineros, corresponde a otra autoridad realizar dicha labor.

En ciertas ocasiones, debido a los costos que implica el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la autoridad de determinado sector, así como a causa

del riesgo que involucra su eventual fiscalización y, de ser el caso, sanción, algunos administrados buscan maneras de eludir dichas obligaciones. Una de esas formas es aparentar que las condiciones bajo las cuales realizan sus actividades no se encuentran dentro del ámbito de competencia de la autoridad.

Frente a estos peligros, el Derecho –como sistema dinámico que se interrelaciona con la realidad– exige a la autoridad que al momento de tomar decisiones priorice la verdadera naturaleza de las actuaciones de los administrados, considerando las situaciones y relaciones económicas que efectivamente mantienen y que subyacen a la forma en la que ellos las declaran.

La aplicación del principio de la primacía de la realidad es una herramienta por la cual, ante una discordancia entre lo que viene ocurriendo en la práctica y la apariencia o forma jurídica que reviste dicha conducta, debe preferirse lo primero, esto es, lo que sucede en el terreno de los hechos. Lo anterior, es de especial interés para la Administración Pública, pues está obligada, por el principio de verdad material, a verificar plenamente la verdad de los hechos que sirven de motivo a sus decisiones.

La utilización del principio bajo comentario se ha visto reflejada con éxito en distintas áreas del Derecho. Así, por ejemplo, en el campo laboral, su aplicación ha logrado determinar cuándo un contrato privado es una careta para ocultar una relación laboral. En el Derecho de la Libre Competencia se ha empleado para indicar en qué casos una concentración empresarial (como la fusión) es una excusa para ocultar una restricción de competencia entre agentes económicos.

Sin embargo –como se explicará a continuación–, su utilidad y aplicación también resulta ser fundamental en las acciones de fiscalización minera, pues permiten delimitar la competencia del OEFA en aquellos supuestos en donde se verifica la existencia de contratos cuyo objeto es la transferencia temporal de una concesión minera¹, de beneficio, transporte minero o labor general de un titular de la gran o mediana minería a favor de otro que califica como pequeña minería o minería artesanal.

1 Las concesiones mineras otorgan a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos. Se otorgan en extensiones de 100 a 1 000 hectáreas, en cuadrículas o conjunto de cuadrículas colindantes al menos por un lado, salvo en el dominio marítimo, donde podrán otorgarse en cuadrículas de 100 a 10 000 hectáreas. Las unidades mineras o unidades de producción se asientan sobre una o varias concesiones mineras, respecto de las cuales deberá contarse con el respectivo instrumento de gestión ambiental aprobado para el desarrollo de la actividad minera.

II. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN CONTRATOS DE CESIÓN MINERA

De acuerdo al marco jurídico de la actividad minera², esta se realiza exclusivamente bajo el sistema de concesiones, y puede ser objeto de cesión la exploración, la explotación, el beneficio, el transporte minero y la labor general. Estas actividades pueden ser desarrolladas³ en los distintos estratos mineros: gran minería, mediana minería, pequeña minería y minería artesanal. La categorización del titular minero se realiza en función de la capacidad instalada de producción y la extensión de la concesión minera, aunque en este último caso solo se aplica a la pequeña minería y minería artesanal. El Cuadro N° 1 detalla las particularidades de la clasificación.

La importancia en la distinción de cada uno de estos estratos radica principalmente en las obligaciones ambientales que asumen los titulares mineros y las distintas autoridades encargadas de la certificación y fiscalización ambiental de sus actividades.

De acuerdo con el Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional N° 0048-2004-PI/TC, la concesión minera es un acto administrativo que determina una relación jurídica pública a través de la cual el Estado otorga, por un tiempo, la explotación de los recursos naturales, condicionada al respeto de los términos de la concesión y conservando la capacidad de intervención si la justifica el interés público. La concesión minera debe entenderse como un acto jurídico de Derecho Público en virtud del cual la Administración Pública, sustentándose en el principio de legalidad, establece el régimen jurídico de derechos y obligaciones en la explotación de los recursos minerales no renovables.

- 2 De conformidad con el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, las actividades mineras que pueden desarrollarse son el cateo, la prospección, la exploración, la explotación, el beneficio, el transporte minero, la labor general y la comercialización de mineral. A excepción de las actividades de cateo, prospección y comercialización antes mencionadas, el ejercicio de las actividades mineras de exploración, explotación, beneficio, transporte minero y labor general se realiza exclusivamente bajo el sistema de concesiones.
- 3 Cabe precisar que, de conformidad con la Ley N° 27651 - Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal, las actividades de la pequeña minería y minería artesanal comprenden los labores de extracción y recuperación de sustancias metálicas y no metálicas, así como de materiales de construcción, del suelo y subsuelo, desarrolladas únicamente por personas naturales o un conjunto de personas naturales o personas jurídicas conformadas por personas naturales.

Con relación a la certificación, cabe indicar que, para el desarrollo de las actividades mineras, el titular debe someter a consideración de la autoridad competente los siguientes estudios ambientales:

- *Categoría I - Declaración de Impacto Ambiental (DIA)*: Instrumento de gestión ambiental para proyectos cuya ejecución no origina impactos ambientales negativos de carácter significativo.
- *Categoría II - Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIASd)*: Para proyectos cuya ejecución puede originar impactos ambientales moderados, cuyos efectos negativos pueden ser eliminados o minimizados mediante la adopción de medidas fácilmente aplicables.
- *Categoría III - Estudio de Impacto Ambiental Detallado (EIA-d)*: Para proyectos cuyas características, envergadura y/o localización pueden producir impactos ambientales negativos significativos, cuantitativa o cualitativamente, requiriendo un análisis profundo para revisar sus impactos y proponer la estrategia de manejo ambiental correspondiente.

Como se puede apreciar, los instrumentos de gestión ambiental para cada categoría están en función de los riesgos ambientales que los proyectos pueden generar. Así, por ejemplo, en los casos de las actividades de exploración en la gran y mediana minería se prevé que no se originarán impactos negativos en el ambiente o que, de producirse, serán moderados. Por el contrario, en los casos de explotación existe el riesgo de que sus efectos negativos en el ambiente sean de tal magnitud que es imprescindible no solo contar con una evaluación exhaustiva de cada etapa del esquema productivo de la actividad propuesta, sino además con una estrategia de manejo ambiental que permita minimizar o eliminar, en la medida de lo posible, los impactos que se puedan ocasionar.

A diferencia de las actividades de la gran y mediana minería antes mencionadas, los instrumentos de gestión ambiental reservados para la pequeña minería y minería artesanal son la DIA y el EIASd. Dicha opción legislativa guarda coherencia con su capacidad instalada de producción, la cual no reviste, *per se*, mayor riesgo significativo para el ambiente. Por ejemplo, en el supuesto de los relaves producto del procesamiento del mineral extraído, su disposición para el caso de la gran y mediana minería será en un área de mayor extensión, donde las medidas de manejo, la tecnología empleada y el personal capacitado para la prevención o mitigación de posibles daños demandan para el administrado mayor exigencia que la que el pequeño minero o la minera artesanal podrán asumir en caso se les ceda una concesión con estos componentes.

Para la gran y mediana minería, la certificación ambiental es otorgada por la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, DGAAM), y para la pequeña minería y minería artesanal está a cargo de la Dirección Regional de Energía y Minas del Gobierno Regional (en adelante, DREM)⁴.

Respecto a la fiscalización, la verificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales a cargo de los pequeños mineros y los mineros artesanales está bajo la competencia de la DREM. Para el caso de la gran y mediana minería, corresponde al OEFA.

Cuadro N° 1
Estratos mineros, requisitos, límites y autoridades competentes en certificación y fiscalización

Estrato	Extensión de concesiones	Capacidad instalada de producción	Entidades competentes para certificar/fiscalizar
Gran minería	No se establece	Más de 5 000 TMD*	DGAAM/OEFA
Mediana Minería	No se establece	Entre 350 y 5000 TMD	DGAAM/OEFA
Pequeña Minería	Hasta 2 000 Ha**	Hasta 350 TMD	DREM/DREM
Minería Artesanal	Hasta 1 000 Ha	Hasta 25 TMD	DREM/DREM

* TMD: Toneladas métricas día

**Ha: Hectárea

Fuente: Elaboración propia

En el caso concreto del OEFA, lo ordinario es que las acciones de supervisión estén orientadas a realizar el seguimiento y verificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables a cargo de los titulares mineros de la gran y mediana minería,

4 En el caso de actividades mineras (pequeñas y artesanales) proyectadas en Lima Metropolitana, la autoridad competente es la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas en virtud de lo establecido en la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1101.

contenidas en la normativa ambiental, los instrumentos de gestión ambiental y los mandatos o disposiciones emitidos por los órganos competentes del OEFA⁵.

Sin embargo, existen circunstancias especiales que podrían suponer una modificación de las competencias de las entidades fiscalizadoras sin tener en cuenta los impactos ambientales que fueron materia de evaluación para el otorgamiento de la certificación ambiental.

En tal escenario, podemos estar frente a actividades de la gran y mediana minería con estudios de impacto ambiental detallados⁶, cuya aprobación está reservada para la DGAAM, pero que serán fiscalizadas por una autoridad distinta (por ejemplo, la DREM), que aprueba instrumentos de gestión ambiental para proyectos cuya ejecución no origina impactos ambientales negativos significativos (Declaración de Impacto Ambiental) o que, si bien origina impactos ambientales, son moderados (Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado).

Una de estas figuras son los denominados contratos de cesión minera, regulados en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM⁷, en el que se establece que el concesionario está facultado a ceder su concesión minera, concesión de beneficio, concesión de labor general y concesión de transporte minero a un tercero, denominado cesionario, percibiendo por ello una compensación⁸.

5 El cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables es obligatorio para todas las personas naturales o jurídicas que realizan las actividades que son de competencia del OEFA, aun cuando no cuenten con permisos, autorizaciones ni títulos habilitantes para el ejercicio de las mismas. Entiéndase actividades económicas informales o ilegales. En síntesis, la verificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables recae no solo sobre las actividades formales realizadas por un titular minero de la gran y mediana minería (en la medida en que cuenta con las certificaciones y autorizaciones ambientales respectivas), sino sobre toda actividad de la gran y mediana minería, incluyendo las actividades que se realicen sin instrumento de gestión ambiental.

6 Estos instrumentos de gestión ambiental están reservados para proyectos cuyas características, envergadura y/o localización pueden producir impactos ambientales negativos significativos, cuantitativa o cualitativamente, requiriendo un análisis profundo, que se ha encargado a la DGAAM, para revisar sus impactos y proponer la estrategia de manejo ambiental correspondiente.

7 Publicado en el diario oficial El Peruano el 3 de junio de 1992.

8 Si bien el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería no establece la temporalidad como un elemento indispensable para la celebración de este tipo de contratos, el Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros, en el cual deben inscribirse estos contratos, sí exige como requisito para proceder a la inscripción que dichos contratos contemplen el plazo de la cesión.

En mérito a esta modalidad contractual, se configura una sustitución del cesionario en todos los derechos y obligaciones del cedente. Esta sustitución involucra, por un lado, dar cumplimiento a las distintas obligaciones a cargo del cedente y, por otro, gozar de los atributos propios de la concesión cedida⁹.

Es justamente la sustitución en el cumplimiento de las obligaciones lo que llama nuestra atención y demanda un mayor análisis, pues dichas obligaciones no solo involucran el pago del derecho de vigencia, sino también el cumplimiento de las obligaciones ambientales correspondientes a las actividades cedidas.

Al respecto, puede citarse el Artículo 19° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM¹⁰, el cual establece que en caso de que el titular de la actividad minera transfiera o ceda la operación, el adquiriente o cesionario quedará obligado a ejecutar el Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) o el EIA que le haya sido aprobado a su transfiriente o cedente.

Para el caso de las actividades de exploración minera, el Artículo 6° del Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM, señala que en caso de que el titular transfiera o ceda su concesión minera, el adquiriente o cesionario deberá cumplir con todas las medidas y obligaciones establecidas en el estudio ambiental que le haya sido aprobado a su transfiriente o cedente.

La idea central de los cuerpos normativos referidos es dar énfasis a que la sustitución del cedente por un tercero deberá darse en las mismas condiciones que le fue otorgada la certificación ambiental.

La experiencia del OEFA, puntualmente de la Dirección de Supervisión, en las acciones de supervisión a las actividades mineras de la gran y mediana minería, demuestra la existencia de situaciones en las que dichos titulares mineros han

9 En el caso de cesión de concesiones y petitorios mineros, los atributos del cesionario serán la exploración y explotación de las sustancias minerales contenidas dentro del área de la concesión; tratándose de la cesión de las concesiones de beneficio y de transporte minero, el atributo primigenio del cesionario será la operación de las instalaciones correspondientes; en el caso de concesiones de labor general, el atributo principal será mantener las labores para permitir el desagüe, ventilación y comunicación a favor de las concesiones beneficiarias. En LASTRES, Enrique. “Los contratos mineros”. *Revista de Derecho Administrativo*, N° 8, Año 4, Círculo de Derecho Administrativo, noviembre, 2009, p. 19.

10 Publicado en el diario oficial El Peruano el 1 de mayo de 1993.

celebrado contratos de cesión minera con pequeños mineros; pese a ello, estos últimos alegan que la competencia de supervisión no recae en el OEFA, sino en la DREM, atendiendo a su condición o estrato minero.

En tal sentido, siguiendo este argumento, si en la concesión que se cede se han regulado obligaciones ambientales fiscalizables a cargo de un titular de la gran y mediana minería, y pese a que su cumplimiento debe exigirse en las mismas condiciones en que las asumió el titular cedente, la autoridad competente para fiscalizar sus actividades no sería el OEFA; ello, bajo el pretexto de que su calificación jurídica formal es la de pequeña minería o minería artesanal.

Como lo hemos indicado, la aplicación del principio de la primacía de la realidad es la herramienta fundamental mediante la cual, ante una discordancia entre lo que viene ocurriendo en la práctica y la apariencia o forma jurídica que reviste dicha conducta, debe preferirse lo primero, esto es, lo que sucede en el terreno de los hechos.

Bajo este principio, si se verifica que a partir de la cesión se transfieren las obligaciones ambientales a cargo de un titular de la gran y mediana minería, independientemente de que el cesionario haya sido calificado como pequeño minero o minero artesanal, la fiscalización de dicho instrumento de gestión ambiental corresponde exclusivamente al OEFA.

En otros términos, si en la concesión cedida se regularon obligaciones ambientales fiscalizables a cargo de un titular de la gran y mediana minería, el cumplimiento de dichas obligaciones deberá exigirse al tercero que las adquiere en las mismas condiciones que las asumió su titular, sin importar su apariencia o condición legal. En consecuencia, la verificación de su cumplimiento estará a cargo del ente fiscalizador de las obligaciones ambientales de la gran y mediana minería, en este caso, de la Dirección de Supervisión del OEFA.

La aplicación del principio de la primacía de la realidad en estos casos, se fundamenta en la necesidad de evitar que, a partir de la celebración de los contratos de cesión minera, se pretenda eludir la competencia del OEFA en aquellas actividades mineras que por su envergadura demandan, por el lado de la autoridad, mayor control respecto del cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables a cargo del cedente, a efectos de que estas no sean infringidas o vulneradas. Por tal motivo, la interpretación de dicha situación no debe responder al sujeto que realiza la actividad, sino al objeto de las obligaciones contraídas.

En ese orden de ideas, actualmente, existe normativa minero-ambiental que apunta a priorizar la verdad de los hechos más que la apariencia o fachada que se

exterioriza, situación que, por consiguiente, es coherente con el criterio expuesto en los párrafos precedentes.

Así, por ejemplo, el Artículo 17° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental¹¹, modificado por Ley N° 30011¹², establece que cuando el OEFA obtenga indicios razonables y verificables del incumplimiento de las condiciones para que determinada actividad se encuentre en el ámbito de competencias de los gobiernos regionales y, por tanto, su condición le correspondería a las competencias del OEFA, este estará automáticamente facultado para desarrollar las acciones de fiscalización ambiental que correspondan.

Puntualmente, para los casos de la cesión minera, el OEFA, mediante la Resolución del Consejo Directivo N° 028-2013-OEFA-CD¹³, ha aprobado las normas que regulan las competencias de las Entidades de Fiscalización Ambiental (en adelante, EFA) en los casos de contratos de cesión minera, mediante las cuales ha establecido reglas para garantizar la continuidad de la fiscalización ambiental independientemente del estrato, esto es, si la cesión se celebró con un pequeño minero o minero artesanal.

En virtud de dicho cuerpo normativo, se ha establecido una serie de reglas para la determinación de la competencia de las EFA en los casos de contratos de cesión minera.

Primer escenario: cuando un titular de la gran y mediana minería (cedente) celebra un contrato de cesión minera con un pequeño productor minero o productor minero artesanal (cesionario), se deberán seguir las siguientes pautas:

- a) Si el cedente cuenta con instrumento de gestión ambiental aprobado, el cesionario deberá cumplir con las obligaciones previstas en tal instrumento.
- b) En el supuesto anterior, el OEFA llevará a cabo la fiscalización ambiental con el instrumento de gestión ambiental aprobado al cedente, independientemente de la calificación o condición del cesionario.
- c) En caso de que el cesionario solicite ante la autoridad competente la modificación del instrumento de gestión ambiental que fuera aprobado para el cedente, sea ante el Gobierno Regional o ante la Dirección

11 Publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de marzo de 2013.

12 Publicada en el diario oficial El Peruano el 26 de abril de 2013.

13 Publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de junio de 2013.

General de Minería del Ministerio de Energía y Minas para el caso de Lima Metropolitana, la fiscalización ambiental dejará de ser ejercida por el OEFA y será asumida por el Gobierno Regional correspondiente o la mencionada Dirección General de Minería, empleando el nuevo instrumento de gestión ambiental aprobado.

Segundo escenario: cuando un pequeño productor minero (cedente) celebra un contrato de cesión minera con un titular de la gran o mediana minería (cesionario), se seguirán los siguientes parámetros:

- a) Si el objeto de la cesión es una concesión minera adyacente a la del cesionario, o que sin ser adyacente se integre a su operación, el cesionario podrá solicitar la modificación del instrumento de gestión ambiental que corresponda, integrando el estudio ambiental de la concesión original con el de la concesión cedida.
- b) En caso de que el cesionario solicite la modificación del instrumento de gestión ambiental que fuera aprobado para el cedente, el OEFA fiscalizará al cesionario empleando el instrumento de gestión ambiental modificado (integrado).
- c) En caso de que no se solicite la modificación del instrumento de gestión ambiental que fuera aprobado para el cedente, el OEFA fiscalizará al cesionario respecto de la concesión cedida con el instrumento de gestión ambiental del cedente. En este supuesto, y al no haberse integrado en uno solo los instrumentos de gestión ambiental del cedente y cesionario, el OEFA fiscalizará ambos instrumentos, en la medida que corresponden a instalaciones diferentes.
- d) Tratándose del supuesto mencionado en el párrafo precedente, si en las acciones de supervisión se detectara que las instalaciones involucradas han sido integradas en una sola operación o proceso, el OEFA, para garantizar la eficacia de la fiscalización ambiental y asegurar los objetivos de la protección ambiental, mediante mandato de carácter particular, ordenará al cesionario solicitar a la autoridad competente la integración de ambos instrumentos de gestión ambiental.

Tercer escenario: cuando un pequeño productor minero (cedente) celebra un contrato de cesión minera con otro pequeño productor minero o con un productor minero artesanal (cesionario):

- a) Si en mérito de la cesión el cesionario pierde cualquiera de las tres condiciones previstas en el Artículo 91° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería¹⁴, la fiscalización ambiental al cesionario estará a cargo del OEFA, conforme a lo dispuesto en el Artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1100 - Decreto Legislativo que modifica el Artículo 14° de la Ley N° 27651, Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal¹⁵.

14 Decreto Supremo N° 014-92-EM que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería

“Artículo 91°.- Son pequeños productores mineros los que:

1. En forma personal o como conjunto de personas naturales, o personas jurídicas conformadas por personas naturales o cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras se dedican habitualmente a la explotación y/o beneficio directo de minerales; y
2. Posean, por cualquier título, hasta dos mil (2,000) hectáreas, entre denuncios, petitorios y concesiones mineras; y, además.
3. Posean, por cualquier título, una capacidad instalada de producción y/o beneficio no mayor de trescientas cincuenta (350) toneladas métricas por día. En el caso de los productores de minerales no metálicos y materiales de construcción, el límite máximo de la capacidad instalada de producción y/ o beneficio será de hasta un mil doscientas (1,200) toneladas métricas por día.

En el caso de los yacimientos metálicos tipo placer, el límite máximo de la capacidad instalada de producción y/o beneficio, será de tres mil (3,000) metros cúbicos por día.

Son productores mineros artesanales los que:

1. En forma personal o como conjunto de personas naturales o personas jurídicas conformadas por personas naturales, o cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras se dedican habitualmente y como medio de sustento, a la explotación y/o beneficio directo de minerales, realizando sus actividades con métodos manuales y/o equipos básicos; y
2. Posean, por cualquier título, hasta un mil (1,000) hectáreas, entre denuncios, petitorios y concesiones mineras; o hayan suscrito acuerdos o contratos con los titulares mineros según lo establezca el reglamento de la presente ley; y, además;
3. Posean, por cualquier título, una capacidad instalada de producción y/o beneficio no mayor de veinticinco (25) toneladas métricas por día. En el caso de los productores de minerales no metálicos y de materiales de construcción, el límite máximo de la capacidad instalada de producción y/o beneficio será de hasta cien (100) toneladas métricas por día.

En el caso de los yacimientos metálicos tipo placer, el límite máximo de capacidad instalada de producción y/o beneficio será de doscientos (200) metros cúbicos por día.

La condición de pequeño productor minero o productor minero artesanal se acreditará ante la Dirección General de Minería mediante declaración jurada bienal.”

15 Decreto Legislativo N° 1100 - Decreto Legislativo que regula la interdicción de la minería ilegal en toda la República y establece medidas complementarias

“Artículo 10°.- Modificación del artículo 14 de la Ley N° 27651, Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal

- b) Por el contrario, si el cesionario con el contrato de cesión mantiene su condición de pequeño productor minero o productor minero artesanal, la fiscalización ambiental continuará a cargo del Gobierno Regional que corresponda o de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas para el caso de Lima Metropolitana.

Adicionalmente, cabe mencionar otro supuesto de excepción en donde no habría razón para que el OEFA fiscalice la actividad minera. Así, cuando la cesión opere respecto de una concesión minera en la que el titular minero (calificado como titular de mediana o gran minería) no haya realizado actividad minera alguna, es decir, donde no exista una unidad minera, sino tan solo el derecho potencial a efectuar actividad minera. En dicho escenario, la acción del OEFA no podría materializarse, pues, como se ha mencionado, el presupuesto de intervención es que exista actividad minera efectiva susceptible de ser fiscalizada.

Asimismo, el cesionario deberá obtener la certificación ambiental ante la autoridad cuya competencia se determinará en función de las condiciones que genere la cesión en el cesionario.

Así, por ejemplo, el cesionario mantendrá su condición de pequeño minero o minero artesanal y, en consecuencia, se mantendrá bajo el ámbito de competencia del Gobierno Regional si la concesión minera cedida (sin actividad minera) sumada a la que ya posee el cesionario como pequeño minero o minero artesanal, no superan las 2 000 hectáreas y se prevean actividades mineras con una capacidad productiva menor a las 350 TM/d empleando métodos manuales y equipos básicos para tales efectos¹⁶.

‘Artículo 14’.- Sostenibilidad y fiscalización

Los gobiernos regionales tienen a su cargo la fiscalización, sanción y demás facultades que les han sido transferidas en el marco del proceso de descentralización, de quienes ejercen actividad minera cumpliendo con las tres condiciones previstas en el artículo 91 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, se encuentren o no acreditados como pequeños productores mineros o productores mineros artesanales ante la Dirección General de Minería. En caso de que cualquiera de las tres condiciones antes mencionadas no se cumpliera, la fiscalización y sanción estará a cargo del OEFA, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y del Osinergmin, según sus respectivas competencias.

Corresponde al Gobierno Nacional la aprobación de los planes y determinación de las acciones relacionadas con la formalización de las actividades de pequeña minería y minería artesanal, los que serán de obligatorio cumplimiento de las autoridades en los tres niveles de gobierno y de los que ejercen dicha actividad minera”.

16 Por el contrario, y solo considerando el hectareaje, si la concesión minera cedida (sin actividad minera) supera las 2 000 ha, corresponderá que el cesionario obtenga una certificación ambiental por parte de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM) antes de desarrollar actividad alguna. En los mismos términos deberá procederse si la concesión cedida, aun cuando no supere las 2 000 ha, sumada a la que ya posee el cesionario como pequeño productor minero, sí exceda dicha extensión.

III. CONCLUSIONES

La práctica ha demostrado que a partir de la suscripción de un contrato de cesión minera se dan escenarios en donde pequeños productores mineros, en su calidad de cesionarios, adquieren obligaciones ambientales de titulares mineros pertenecientes a la gran y mediana minería. En tal contexto, determinar quién es la autoridad competente para fiscalizar dichas obligaciones resulta imperativo.

Con la aplicación del principio de primacía de la realidad, el OEFA ha podido solucionar la controversia poniendo el énfasis en los elementos de hecho (esto es, en el objeto de las obligaciones ambientales contraídas) más que en la apariencia de la forma jurídica (es decir, en los sujetos que participan en la cesión).

De este modo –primando lo que sucede y se aprecia en la realidad–, se logra delimitar la competencia de la institución con el propósito de velar por el cumplimiento de las obligaciones fiscalizables que son propias de la gran y mediana minería, y así cautelar los bienes jurídicos que están en riesgo como el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas.

En definitiva, la adopción más importante en el campo normativo de nuestra posición ha sido la Resolución del Consejo Directivo N° 028-2013-OEFA-CD, la cual aprobó las normas que regulan las competencias de las EFA en los casos de contratos de cesión minera, garantizando así la continuidad de la fiscalización ambiental independientemente del estrato del titular minero.

BIBLIOGRAFÍA:

LASTRES, Enrique
2009 “Los contratos mineros”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, año 4, número 8, p. 19

EL NUEVO REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR AMBIENTAL

MARÍA LUISA EGÚSQUIZA MORI
MERCEDES PATRICIA AGUILAR RAMOS(*)

Sumario

En el presente artículo se realiza una breve descripción de los antecedentes de la fiscalización ambiental en el Perú. Asimismo, se expone el nuevo enfoque de la fiscalización ambiental nacional, en cuyo marco se emitió el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador, para luego describir las principales características de esta norma jurídica. El artículo describe, también, la tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores, y, finalmente, se revisan los criterios más importantes emitidos por los órganos resolutivos a cargo de la tramitación de los procedimientos sancionadores.

I. Introducción. II. La fiscalización ambiental en el Perú. III. El nuevo enfoque de la fiscalización y el RPAS. IV. El RPAS. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

De conformidad con el Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú, gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida de la persona es uno de los derechos fundamentales que rige el ordenamiento jurídico peruano.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido de la mencionada disposición constitucional en su Sentencia del 6 de noviembre de 2002, que recae en el Expediente N° 0018-2001-AI/TC, indicando que la protección del ambiente “*comprende el sistema complejo y dinámico de todos sus componentes, en un estado de estabilidad y simetría de sus ecosistemas, que haga posible precisamente el adecuado desarrollo de la vida de los seres humanos*”.

(*) Las autoras agradecen a Arturo Haruo Nakayama Watanabe, Susan Isla Rodríguez, Katherine Andrea Melgar Támara, Gabriel Medina Ríos y Patricia Quijano Vallejos por el valioso apoyo brindado en la elaboración del presente artículo.

El deber del Estado de proteger el derecho a gozar de un ambiente equilibrado se concreta en su potestad de fiscalización de las obligaciones ambientales de los sujetos de derecho, en el marco del desarrollo de sus actividades productivas o generadoras, ello con la finalidad de evitar una alteración al ambiente.

La fiscalización ambiental es entendida como el poder (potestad) y deber (obligación) del Estado dirigido a velar por el cumplimiento de la normativa ambiental, que tiene como objetivo principal la protección del medio ambiente, los recursos naturales y la salud humana.

En ese contexto, y bajo lo dispuesto en el Artículo 67° de la Constitución Política del Perú, que establece que el Estado determina la política nacional del ambiente, se han emitido diversos dispositivos normativos con la finalidad de regular la facultad de fiscalización ambiental del Estado. Entre ellos, en el año 2009 se creó el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental - SINEFA.

II. PRINCIPALES NORMAS SOBRE LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL EN EL PERÚ

En el año 1992 se emitió el Decreto Ley N° 25763¹ que “[e]stablece que el cumplimiento de las obligaciones relacionadas a las actividades mineras, de electricidad y de hidrocarburos, podrán ser fiscalizadas a través de Empresas de Auditoría e Inspectoría”. Dichas empresas debían estar registradas en el Ministerio de Energía y Minas y ser contratadas por las empresas minero-energéticas. Asimismo, se precisó que ningún funcionario de dicho ministerio podía realizar visitas de inspección, salvo casos de emergencia.

Posteriormente, por Ley N° 26734² se creó el Organismo Supervisor de Inversión en Energía (OSINERG) como “organismo fiscalizador de las actividades que desarrollan las empresas en los subsectores de electricidad e hidrocarburos, y del cumplimiento de las normas del sector eléctrico”³. Entre sus funciones se encontraba la de fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente en las actividades desarrolladas en los subsectores electricidad e hidrocarburos.

1 Publicado en el diario oficial El Peruano el 11 de octubre de 1992 y que fuera derogada por el Artículo 1° de la Ley N° 29477, publicada en el diario oficial El Peruano el 18 diciembre de 2009.

2 Publicada en el diario oficial El Peruano el 31 de diciembre de 1996.

3 Artículo 1° de la Ley N° 26734.

Mediante la Ley N° 27474 - Ley de Fiscalización de las actividades Mineras⁴, se creó la figura de los fiscalizadores externos, los cuales eran calificados por el Ministerio de Energía y Minas y contratados por este, según el arancel establecido.

Mediante Decreto Supremo N° 038-2004-PCM⁵, se aprobó el Plan Anual de Transferencia de Competencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales del año 2004, que incluía la transferencia a los Gobiernos Regionales de las competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras de menor escala: pequeña minería y minería artesanal. Dentro de las competencias transferidas, se encontraba la de fiscalización ambiental de los titulares mineros en esas categorías.

En el Artículo 130° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente⁶ (en adelante, LGA) se establece el régimen de fiscalización y sanción ambiental. La norma señala que la fiscalización ambiental comprende las acciones de vigilancia, control, seguimiento, verificación y otras similares que realiza la Autoridad Ambiental Nacional⁷ y las demás autoridades competentes. El citado Artículo dispone, además, que toda persona natural o jurídica está sometida a las acciones de fiscalización que determine la Autoridad Ambiental Nacional y las demás autoridades competentes.

Mediante Ley N° 28964⁸ se transfirieron al OSINERG las funciones para regular, supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades del sector minería. Estas funciones se sumaron a las que ya ostentaba la entidad como regulador de los subsectores electricidad e hidrocarburos, como fiscalizador del cumplimiento de las normas legales y técnicas referidas a la conservación y protección del medio

4 Publicada en el diario oficial El Peruano el 6 de junio de 2001.

5 Publicado en el diario oficial El Peruano el 12 de mayo de 2004.

6 Publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre de 2005.

7 **Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente**

“Artículo 56°.- De la Autoridad Ambiental Nacional

El Consejo Nacional del Ambiente - CONAM es la Autoridad Ambiental Nacional y ente rector del Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Sus funciones y atribuciones específicas se establecen por ley y se desarrollan en su Reglamento de Organización y Funciones”.

8 Publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de enero de 2007.

ambiente en el desarrollo de tales actividades⁹. Con dicha transferencia se cambió la denominación del OSINERG a Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN).

A través del Decreto Legislativo N° 1013¹⁰, que creó el Ministerio del Ambiente, se creó también el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)¹¹. El OEFA es un organismo público técnico especializado adscrito al Ministerio del Ambiente, con personería jurídica de derecho público interno y encargado de las funciones de fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental. La calificación de “organismo técnico especializado” tuvo por finalidad dotar al OEFA de un alto grado de independencia y autonomía funcional.

Bajo este contexto, mediante Ley N° 29325¹² (en adelante, la Ley del SINEFA) se creó el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), con el OEFA en calidad de ente rector. El Artículo 2° de la Ley del SINEFA establece que el sistema tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de todas las personas naturales o jurídicas, así como supervisar y garantizar que las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y potestad sancionadora en materia ambiental, a cargo de diversas entidades del Estado, se ejecuten de manera independiente, imparcial, ágil y eficiente.

A través del Artículo 11° de la Ley del SINEFA se otorgó al OEFA las funciones generales de evaluación, supervisión directa, supervisión de entidades públicas, fiscalización, sanción y normativa¹³. En atención a ello, la Primera Disposición Complementaria Final de la citada norma establece que por decreto supremo se precisarán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serían asumidas por el OEFA.

9 En efecto, entre las funciones del OSINERG se encontraban las de supervisar y fiscalizar que las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería se desarrollen de acuerdo a los dispositivos legales y normas técnicas vigentes, y supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente en las actividades desarrolladas en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería (Literales c y d del Artículo 5° de la Ley N° 26734).

10 Publicada en el diario oficial El Peruano el 14 de mayo de 2008.

11 Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013.

12 Publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de marzo de 2009.

13 Cabe señalar que el artículo reseñado fue modificado por la Ley N° 30011 - Ley que modifica la Ley N° 29325 - Ley del SINEFA.

De ahí que en los años 2010, 2011, 2012 y 2013 se transfirieron al OEFA las competencias en fiscalización ambiental respecto de los sectores minería (mediana y gran minería)¹⁴ y energía¹⁵; así como de los subsectores pesca industrial y acuicultura de mayor escala¹⁶, y de los rubros cerveza, papel, cemento y curtiembre de la industria manufacturera del subsector industria¹⁷.

Asimismo, mediante la Ley N° 29811, conocida como Ley de Moratoria, se establece una prohibición al ingreso de Organismos Vivos Modificados (OVM) o

14 Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado en el diario oficial El Peruano el 21 de enero de 2010, se inició el proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA; y por Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD del 23 de julio de 2010, se aprobaron los aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería entre el OSINERGMIN y el OEFA, estableciéndose como fecha efectiva de transferencia de funciones el 22 de julio de 2010.

15 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 001-2011-OEFA/CD, publicada en el diario oficial El Peruano el 3 de marzo de 2011, se estableció que el OEFA asumiría las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de electricidad e hidrocarburos en general del OSINERGMIN desde el 4 de marzo de 2011.

16 Mediante Decreto Supremo N° 009-2011-MINAM, publicado en el diario oficial El Peruano el 3 de junio de 2011, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de seguimiento, vigilancia, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental de los sectores industrial y pesquería del Ministerio de la Producción al OEFA. Por Resolución del Consejo Directivo N° 002-2012-OEFA/CD, publicada en el diario oficial El Peruano el 17 de marzo de 2012, se estableció como fecha efectiva de transferencia de funciones de seguimiento, vigilancia, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental del sector pesquería el 16 de marzo de 2012.

17 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 001-2013-OEFA/CD, publicada en el diario oficial El Peruano el 17 de enero de 2013, se determinó que el OEFA asume las funciones de seguimiento, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental del Rubro Cerveza de la Industria Manufacturera del Subsector Industria proveniente del Ministerio de la Producción.

Por Resolución de Consejo Directivo N° 004-2013-OEFA/CD, publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de febrero de 2013, se determinó que, a partir del 20 de febrero de 2013, el OEFA asumiría las funciones de seguimiento, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental del Rubro Papel de la Industria Manufacturera del Subsector Industria, proveniente del Ministerio de la Producción.

Con Resolución de Consejo Directivo N° 023-2013-OEFA/CD, publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de mayo de 2013, se determinó que, a partir del 31 de mayo de 2013, el OEFA asumiría las funciones de seguimiento, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental del Rubro Cemento de la Industria Manufacturera del Subsector Industria proveniente del Ministerio de la Producción.

transgénicos para ser liberados al ambiente por un lapso de 10 años¹⁸, tiempo durante el cual se debe fortalecer las capacidades nacionales, desarrollar la infraestructura y generar las líneas de base de la biodiversidad peruana, que permita una adecuada evaluación de las actividades de liberación al ambiente. A través del Reglamento de la referida Ley, aprobada por Decreto Supremo N° 008-2012-MINAM¹⁹, se desarrollan las disposiciones sobre el procedimiento de control de ingreso de los OVM, en el cual se establece que el OEFA desarrollaría funciones de fiscalización.

Es así que mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2011-OEFA/CD, se aprobó el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA (en adelante, el anterior Reglamento)²⁰, el cual estuvo vigente desde el 15 de mayo de 2011 hasta el 13 de diciembre de 2012, fecha en que se publicó el nuevo Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA (en adelante, el RPAS), aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD²¹.

El objeto del RPAS es regular el procedimiento administrativo sancionador en cuyo marco se investigan y determinan la existencia de infracciones administrativas en el ámbito de competencia de la fiscalización ambiental a cargo del OEFA, así como la aplicación de sanciones y la adopción de medidas cautelares y correctivas.

Por medio de la Ley N° 30011²², que modificó la Ley del SINEFA, se otorgó mayor efectividad a la fiscalización ambiental, fomentando la transparencia en la fiscalización ambiental y fortaleciendo las funciones del OEFA y la rectoría que ejerce del SINEFA.

A través de la Resolución de Consejo Directivo N° 033-2013-OEFA/CD, publicada en el diario oficial El Peruano el 8 de agosto de 2013, se determinó que a partir del 9 de agosto de 2013, el OEFA asumiría las funciones de seguimiento, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental del Rubro Curtiembre de la Industria Manufacturera del Subsector Industria proveniente del Ministerio de la Producción.

18 Ley N° 29811 - Ley que establece la moratoria al ingreso y producción de organismos vivos, modificados al territorio nacional por un periodo de 10 años, publicada el 09 de diciembre de 2011.

19 Decreto Supremo N° 008-2012-MINAM - Aprueban Reglamento de la Ley que establece la moratoria al ingreso y producción de organismos vivos modificados al territorio nacional por un período de 10 años, publicado el 14 de noviembre de 2012.

20 Publicada en el diario oficial El Peruano el 14 de mayo de 2011.

21 La Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD estableció que las disposiciones de carácter procedimental del RPAS se aplican a los procedimientos administrativos sancionadores en trámite, en la etapa en que se encuentren.

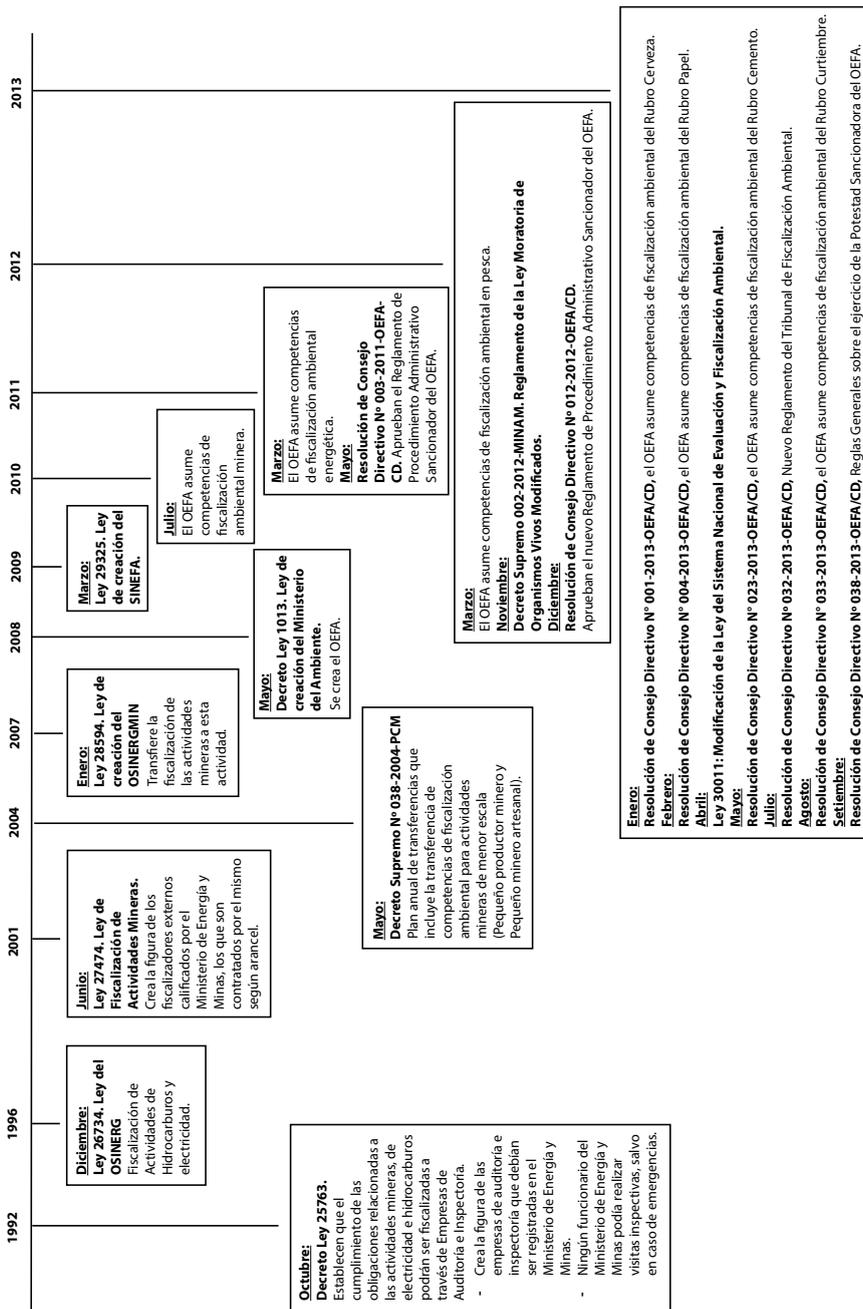
22 Publicada en el diario oficial El Peruano el 26 de abril de 2013.

Finalmente, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 038-2013-OEFA/CD²³, se aprobaron las “Reglas Generales sobre el ejercicio de la Potestad Sancionadora del OEFA” (en adelante, las Reglas Generales). En esta norma se establecieron los lineamientos para el ejercicio de la función sancionadora del OEFA, incluyendo la tipificación de infracciones, el establecimiento de sanciones y el dictado de medidas correctivas. Estos lineamientos tienen por finalidad garantizar la aplicación de los principios de legalidad, tipicidad, proporcionalidad y no confiscatoriedad que rigen la función sancionadora del OEFA.

La evolución en el tiempo de la fiscalización ambiental que hemos descrito se encuentra representada en el siguiente gráfico:

23 Publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de setiembre de 2013.

Gráfico N° 1. La Fiscalización Ambiental en el Perú



Fuente: Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA (2013).

Elaboración propia

III. EL NUEVO ENFOQUE DE LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL Y EL RPAS

En el OEFA se consolida un nuevo enfoque de la fiscalización ambiental, que busca armonizar los derechos económicos y civiles de los ciudadanos con el derecho a vivir en un ambiente sano y con la necesidad de proteger los ecosistemas. Dicho equilibrio de intereses busca promover el desarrollo sostenible en el país, es decir, el crecimiento económico con beneficios, tanto en el presente como en el futuro, a través de la explotación racional y/o responsable de los recursos naturales²⁴.

El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental implica que el OEFA efectúa procesos de aprendizaje de los criterios y recomendaciones expuestos en foros internacionales, orientados a establecer reglas procedimentales claras, coherentes, predecibles y garantistas de los derechos de los administrados. Es por ello que el diseño del RPAS coincide con los lineamientos sobre cumplimiento y fiscalización de obligaciones ambientales de la Red Internacional para el Cumplimiento y Fiscalización Ambiental (INECE, por sus siglas en inglés)²⁵.

Así, el RPAS ha especificado las obligaciones ambientales sujetas al ámbito de competencias del OEFA, a fin de generar certeza respecto a qué conductas pueden ser objeto de un procedimiento administrativo sancionador.

Como parte de este espíritu garantista de los derechos de los administrados, el RPAS regula en detalle el trámite a seguir en las dos instancias del procedimiento administrativo sancionador. El anterior Reglamento solo regulaba la primera

24 El nuevo enfoque de la Fiscalización Ambiental ha sido descrito por GÓMEZ, Hugo y GRANADOS, Milagros, “El fortalecimiento de la fiscalización ambiental”. *Revista de Economía y Derecho*, número 39, Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2013, p. 45.

Asimismo, conforme a la página web del Centro de Información de las Naciones Unidas (<http://www.cinu.mx/temas/medio-ambiente/>), el concepto de desarrollo sostenible supone la capacidad de satisfacer las necesidades actuales sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras de atender sus propias necesidades. Al respecto, se busca la conservación de los recursos naturales, equilibrando los requerimientos humanos con la explotación de los mismos. En ese sentido, se considera, a manera de ejemplo, que los recursos renovables no se deben utilizar a un ritmo superior al de su regeneración y que no se debe emitir contaminantes excediendo la capacidad de neutralización de estos por parte del ambiente. (Consultado el 19 de noviembre de 2013).

25 RED INTERNACIONAL POR EL ACATAMIENTO Y EJECUCIÓN AMBIENTAL (INECE), *Manual de Principios de Acatamiento y Ejecución Ambiental*, 2009, p. 15.

instancia administrativa, mientras que el trámite correspondiente a la segunda instancia estaba consignado en el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA²⁶.

En esa línea, se definieron adecuadamente las competencias de las autoridades participantes en los procedimientos administrativos sancionadores, instituyéndose a la Dirección de Supervisión del OEFA como la Autoridad Acusadora, y a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (en adelante, la DFSAI), como la Autoridad Instructora y la Autoridad Decisora.

Por otro lado, conforme el criterio del INECE –sobre la necesidad de señalar criterios específicos que ayuden a determinar los supuestos de incumplimiento²⁷–, al igual que en el Anterior Reglamento, el RPAS recoge el criterio de responsabilidad objetiva del infractor, aunque estableciendo de manera más precisa sus alcances –estos serán analizados más adelante en el presente artículo–.

Asimismo, de acuerdo a los Lineamientos del INECE, es necesario que los sistemas de cumplimiento de obligaciones ambientales establezcan una guía de cómo calcular las sanciones monetarias. En dicha línea, el RPAS incluye criterios específicos para graduar las sanciones administrativas, y también las circunstancias agravantes y atenuantes de las sanciones a imponerse.

Al realizar un comparativo entre el anterior Reglamento y el RPAS, se aprecia que el segundo contiene una serie de innovaciones normativas, señaladas y desarrolladas en su Exposición de Motivos y que, de manera breve, se indican a continuación²⁸:

26 Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA-CD, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 014-2012-OEFA-CD. Dicho Reglamento fue reemplazado por el actual Reglamento del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de agosto de 2013.

27 RED INTERNACIONAL POR EL ACATAMIENTO Y EJECUCIÓN AMBIENTAL (INECE). Óp. Cit., p. 77.

28 La Exposición de Motivos de la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD se encuentra en el siguiente enlace web: <http://www.oefa.gob.pe/wp-content/uploads/2012/12/Exposici%C3%B3n-de-Motivos-nuevo-RPAS-Versi%C3%B3n-Final.pdf>

Cuadro 1. Comparación entre el anterior Reglamento y el RPAS

Materias	Anterior Reglamento	RPAS
Ámbito de aplicación subjetivo	Solo se establecía que se aplicaba a toda persona natural o jurídica.	Se detalla de manera más precisa los sujetos de derecho contra los que se puede iniciar un PAS. Se define mejor los incumplimientos de las obligaciones ambientales fiscalizables materia de los PAS:
Ámbito de aplicación objetivo	Incumplimientos de obligaciones establecidas en los instrumentos de gestión ambiental, concesiones, títulos habilitantes, normas, mandatos y disposiciones emitidas por la autoridad competente o el OEFA.	<ul style="list-style-type: none"> ● Obligaciones contenidas en la normativa ambiental. ● Compromisos asumidos en los instrumentos de gestión ambiental. ● Medidas cautelares o correctivas o disposiciones o mandatos emitidos por los órganos competentes del OEFA. ● Otras obligaciones ambientales fiscalizables a cargo del OEFA por normativa posterior o en función de los procesos de transferencia de competencias al OEFA.
Etapas del procedimiento	No incluía el procedimiento en segunda instancia.	Regula expresamente el procedimiento en segunda instancia (Tribunal de Fiscalización Ambiental)
Plazos para presentar descargos	Cinco (5) días hábiles.	Quince (15) días hábiles.
Plazo del Procedimiento Administrativo Sancionador	Ciento ochenta (180) días hábiles desde la presentación de los descargos o de vencido el plazo para hacerlo, lo que ocurra primero.	Ciento ochenta (180) días hábiles desde el inicio del procedimiento administrativo sancionador (plazo más corto).
Órganos intervinientes	No se incluía a la Dirección de Supervisión del OEFA.	Se establece que la Autoridad Acusadora (Dirección de Supervisión) también puede coadyuvar y participar activamente en el procedimiento administrativo sancionador.
Sanciones	Se remite a la LGA.	Se establece como sanción la amonestación, una multa hasta de 10 000 UIT(*)
Medida cautelar	Se remitía a la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), Ley del SINEFA, y la LGA.	Se desarrolla el procedimiento para la aplicación de estas medidas, se enuncia las medidas cautelares específicas y las acciones complementarias para su aplicación.
Medida correctiva	Se remitía a la LPAG, Ley del SINEFA, y la LGA.	Se establecen de manera enunciativa las medidas correctivas que pueden dictarse, las acciones complementarias y el procedimiento para su aplicación.
Recursos administrativos	Solo establece que cabe reconsideración y apelación, y que se puede ordenar la actuación de medios probatorios.	Se desarrolla con mayor detalle la tramitación de los recursos de reconsideración y de apelación.
Plazo para resolver recursos administrativos	No se señala expresamente.	Se establece que la tramitación del recurso de reconsideración debe resolverse en un plazo máximo de sesenta días hábiles y el recurso de apelación, en noventa días hábiles.

(*) En virtud de la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30011 que modifica la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, la escala máxima de sanciones es hasta 30 000 UIT.

Fuente: Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA (2013).

En conclusión, los beneficios de la regulación contenida en el RPAS resultan evidentes. El RPAS define claramente su ámbito de aplicación, objetivo y subjetivo, así como las facultades de las autoridades intervinientes y sus etapas. Al hacer más predecible la actuación de la Autoridad Administrativa a través de criterios como la graduación de sanciones, se tutela el derecho de defensa de los administrados imputados. Todo ello importa, a su vez, la reducción de los costos en los que incurrirán tanto la Administración Pública como los administrados, puesto que se trata de un procedimiento célere y eficiente.

IV. EL RPAS

4.1 Sujetos contra los que se puede iniciar un procedimiento administrativo sancionador

Una de las innovaciones del RPAS es que en su Artículo 2^o²⁹ se ha precisado que los sujetos pasibles de inicio de un procedimiento administrativo sancionador ambiental son las personas naturales o jurídicas, los patrimonios autónomos, las sociedades irregulares, formas asociativas de empresa u otro tipo de sujeto de derecho que desarrollan actividades económicas sujetas al ámbito de fiscalización ambiental de competencia del OEFA³⁰.

En este orden, al verificar el incumplimiento de obligaciones ambientales, el OEFA ha sancionado a empresas cuyas actividades están directamente vinculadas a los sectores minería, energía y pesca. No obstante, las competencias del OEFA también le permiten fiscalizar y/o sancionar a instituciones cuyas actividades secundarias calcen en alguno de los sectores productivos antes mencionados.

29 **Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD**

“Artículo 2°.- Del ámbito de aplicación

Las disposiciones del presente Reglamento son aplicables a toda persona natural o jurídica, patrimonio autónomo, sociedad irregular, forma asociativa de empresa u otro tipo de sujeto de derecho que desarrolla actividades económicas sujetas al ámbito de fiscalización ambiental de competencia del OEFA (...).”

30 Con respecto al ámbito de aplicación subjetivo del RPAS, es pertinente resaltar que si bien el OEFA tiene la función supervisora de Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA), a nivel nacional, regional y local, ello no implica que el OEFA pueda iniciar procedimientos administrativos sancionadores contra las EFA. Por el contrario, en base a dicha función, ante el incumplimiento de las funciones ambientales de las EFA, el OEFA, como ente rector del SINEFA, comunica dicha situación al órgano competente del Sistema Nacional de Control para que este se encargue de la determinación de la responsabilidad funcional respectiva de las EFA, conforme lo precisa el Literal b) del Numeral 11.2 del Artículo 11° de la Ley N° 30011.

Así, por ejemplo, el OEFA sancionó a una universidad por incumplir normas ambientales vinculadas a la actividad acuícola de cultivo de conchas de abanico a mayor escala³¹; también sancionó a otra universidad por incumplir normas relacionadas con la actividad de su planta de curado y enlatado de productos hidrobiológicos destinados al consumo humano directo³².

4.2 Las obligaciones ambientales fiscalizables en los procedimientos administrativos sancionadores

De conformidad con el Artículo 2° del RPAS, las infracciones administrativas que son competencia del OEFA son las siguientes:

- (i) Los incumplimientos de las obligaciones contenidas en la normativa ambiental. Por ejemplo, los incumplimientos de límites máximos permisibles, de las normas de los reglamentos de protección ambiental sectoriales, de las normas sobre residuos sólidos, entre otros.
- (ii) Los incumplimientos de los compromisos asumidos en los instrumentos de gestión ambiental. Por ejemplo, el incumplimiento de una obligación contenida en los Estudios de Impacto Ambiental, Declaraciones de Impacto Ambiental, Planes de Manejo Ambiental, Planes de Cierre u otros.
- (iii) Los incumplimientos de las medidas cautelares o correctivas, o de las disposiciones o mandatos emitidos por los órganos competentes del OEFA. Por ejemplo, cuando el administrado no cumple con remitir la información solicitada a través de un mandato particular, o no cumple con lo dispuesto en las medidas cautelares o correctivas.
- (iv) Los incumplimientos de otras obligaciones ambientales fiscalizables a cargo del OEFA.

Cabe resaltar que el procedimiento administrativo sancionador a cargo del OEFA se rige por principios que buscan garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los administrados involucrados y, a su vez, coadyuvar a la consecución de los objetivos de fiscalización de la institución.

31 Ver las Resoluciones Directorales N° 250-2012-OEFA/DFSAI del 17 de agosto de 2012 y N° 271-2012-OEFA/DFSAI del 29 de agosto de 2012.

32 Ver la Resolución Directoral N° 270-2013-OEFA/DFSAI, publicada en el diario oficial El Peruano el 31 de mayo de 2013.

Estos principios han sido recogidos en distintos instrumentos normativos que rigen el Derecho Administrativo peruano en general, el Derecho Ambiental y el Derecho Administrativo Sancionador, en particular. Así, de acuerdo con el Artículo 3° del RPAS, todo procedimiento administrativo sancionador se dirige por los principios de legalidad, tipicidad, debido procedimiento, razonabilidad, internalización de costos, proporcionalidad, responsabilidad ambiental, presunción de licitud, causalidad, irretroactividad, *non bis in ídem* y prohibición de reforma en peor.

4.3 Responsabilidad administrativa ambiental objetiva

En el Derecho Administrativo existen dos regímenes de responsabilidad: el subjetivo y el objetivo. Por regla general, el primero de ellos prima en los procedimientos administrativos sancionadores, mientras que el segundo se aplica como excepción en algunas materias, siempre que la norma así lo estipule expresamente.

El legislador opta por aplicar un régimen de responsabilidad objetiva cuando considera que ciertas actividades de los particulares implican riesgos contra derechos fundamentales. Este es el caso del régimen de responsabilidad frente a las infracciones ambientales, en el que prima la prevención del interés público, frente a actividades particulares que pudieran representar un riesgo o peligro al mismo. En ese sentido, Parkinson indica lo siguiente:

“Se hizo necesario imputar responsabilidades objetivas a quienes desempeñaran actividades con alto índice de dañosidad: los accidentes producidos por la circulación de automotores, la responsabilidad de los profesionales, los causados por productos elaborados, el daño informático, los perjuicios causados por la biotecnología, por el empleo pacífico de la energía nuclear y, en especial, el daño ambiental”³³.

(Negrilla agregada)

En el plano doctrinario se ha resaltado que la responsabilidad administrativa ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional como subjetiva y, excepcionalmente, se le otorga carácter objetivo³⁴. Al respecto, en materia ambiental se ha optado por

33 BESALÚ PARKINSON, Aurora V. S., *Responsabilidad por daño ambiental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 56.

34 Para mayor detalle sobre esta opinión se sugiere revisar el artículo publicado por SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto Carlos, “Reflexiones sobre el principio de culpabilidad y la responsabilidad administrativa objetiva”. En *Derecho Administrativo en el Siglo XXI*. Vol. I, Lima: Adrus D&L Editores, 2013, pp. 727-748.

la responsabilidad administrativa, objetiva debido a la naturaleza del bien jurídico tutelado –el ambiente–, y a la complejidad de la materia fiscalizable y sancionable.

La finalidad del procedimiento administrativo, en general, es la aplicación de justicia célere y eficiente. En atención a ello, con la responsabilidad administrativa objetiva se pretende que la autoridad verifique el hecho infractor y que, probada la vinculación con el administrado, este resulte responsable por el incumplimiento comprobado, salvo que se acredite la ruptura del nexo causal, sea por caso fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero.

La responsabilidad administrativa ambiental objetiva es producto del equilibrio en la ponderación de los intereses tutelados por la Autoridad Administrativa por un lado, la protección eficaz del ambiente y, por otro, el derecho de defensa y debido procedimiento del administrado.

En efecto, a través de esta figura, el sistema busca reducir al mínimo los incumplimientos de las obligaciones ambientales por parte de los sujetos fiscalizables. Estos tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para cumplir la normativa ambiental vigente, así como sus compromisos ambientales, los mandatos y medidas correctivas ordenadas por la autoridad, las medidas cautelares, y demás obligaciones ambientales fiscalizables.

Si por alguna circunstancia que excede la esfera de responsabilidad del administrado, este se ve imposibilitado de cumplir con alguna de sus obligaciones, dicha circunstancia debe ser objetivamente acreditada a fin de eximir de responsabilidad administrativa al imputado. En términos económicos, se pretende que el administrado internalice todos los costos de sus actividades, incluyendo los costos originados por los incumplimientos de las obligaciones fiscalizables en materia ambiental.

Por lo expuesto, se considera que dada la particularidad, especialización e importancia del bien jurídico tutelado, el régimen de responsabilidad administrativa objetiva coadyuva de manera eficiente a la autoridad administrativa en la persecución de sus objetivos y, en particular, a la tutela efectiva y oportuna del medio ambiente y de sus componentes.

Siguiendo este orden de ideas, el Artículo 18° de la Ley del SINEFA reconoce que la responsabilidad administrativa en materia ambiental es objetiva. Esta norma estipula expresamente que los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA.

La regla de responsabilidad administrativa objetiva se encuentra también recogida en el Numeral 4.3 del Artículo 4° del RPAS en los siguientes términos:

*“4.3. En aplicación de la responsabilidad objetiva, una vez verificado el hecho constitutivo de la infracción administrativa, el administrado investigado podrá eximirse de responsabilidad sólo si logra acreditar de manera fehaciente la ruptura de nexo causal, ya sea por caso fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero.
(...)”.*

Por su parte, el Numeral 6.2 de la Sexta Regla de las Reglas Generales sobre el ejercicio de la potestad sancionadora del OEFA señala lo siguiente:

*“(...) 6.2. En aplicación del principio de presunción de licitud (presunción de inocencia), la autoridad competente del OEFA debe acreditar la existencia de la infracción administrativa, es decir, verificar el supuesto de hecho del tipo infractor. Sin embargo, el administrado imputado puede eximirse de responsabilidad si acredita la fractura del nexo causal sea por caso fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero.
(...)”.*

Cabe acotar que el RPAS ha previsto que la responsabilidad administrativa es independiente de la responsabilidad civil o penal que pudiera originarse por las acciones u omisiones que a su vez configuran infracción administrativa.

Finalmente, el RPAS establece explícitamente que cuando el incumplimiento corresponda a varios sujetos en conjunto, estos responderán de forma solidaria por las infracciones cometidas. Esto facilita las acciones persecutorias del Estado, por lo que se potencia el efecto disuasorio del procedimiento sancionador con respecto de las conductas ilícitas ambientales.

4.4. Las instancias y las autoridades del procedimiento administrativo sancionador ambiental

Existen dos instancias administrativas a cargo de los procedimientos administrativos sancionadores: la DFSAI³⁵ y el Tribunal de Fiscalización Ambiental.

³⁵ La DFSAI, que es el órgano encargado de tramitar los procedimientos administrativos sancionadores en primera instancia, está conformada por tres subdirecciones: la Subdirección de Instrucción e Investigación, la Subdirección de Fiscalización y la Subdirección de Sanción y Aplicación de Incentivos.

Sin embargo, conforme a lo previsto en el Artículo 6° del RPAS³⁶, cinco autoridades participan en la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

4.4.1 Autoridad Acusadora

El RPAS, a diferencia de la norma antecesora, instituyó como parte del procedimiento administrativo sancionador a una Autoridad Acusadora, a fin de separar la función de identificar los hallazgos en las supervisiones realizadas a los administrados, de la función de investigar y resolver los procedimientos administrativos sancionadores.

En ese sentido, la Autoridad Acusadora está a cargo de la elaboración del Informe Técnico Acusatorio, en el que se identifican los hallazgos de las supervisiones que califican como presuntas infracciones.

En virtud de lo dispuesto por el RPAS, la Autoridad Acusadora es la Dirección de Supervisión³⁷.

36 Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD

“Artículo 6°.- De las autoridades involucradas en el procedimiento administrativo sancionador

Las autoridades involucradas en el procedimiento administrativo sancionador son las siguientes:

- a) **Autoridad Acusadora:** Es el órgano que presenta el Informe Técnico Acusatorio, pudiendo apersonarse al procedimiento administrativo sancionador para sustentar dicho informe en la Audiencia de Informe Oral de primera instancia.
- b) **Autoridad Instructora:** Es el órgano facultado para imputar cargos, solicitar el dictado de medidas cautelares, desarrollar las labores de instrucción y actuación de pruebas durante la investigación en primera instancia, y formular la correspondiente propuesta de resolución.
- c) **Autoridad Decisora:** Es el órgano competente para imponer sanciones y medidas correctivas, así como para resolver el recurso de reconsideración interpuesto contra sus resoluciones.
- d) **Tribunal de Fiscalización Ambiental:** Es el órgano encargado de resolver el recurso de apelación.
- e) **Presidencia del Consejo Directivo:** Es el órgano encargado de pronunciarse sobre el dictado de medidas cautelares antes o después del inicio del procedimiento administrativo sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA”.

37 Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD

“Tercera.- Autoridades del Procedimiento Administrativo Sancionador

Conforme a la actual estructura orgánica del OEFA, entiéndase que:

- a) la Autoridad Acusadora es la Dirección de Supervisión;
- b) la Autoridad Instructora es el órgano correspondiente de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos; y,
- c) la Autoridad Decisora es la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA”.

4.4.2 Autoridad Instructora

La labor de instrucción se encuentra a cargo de la Subdirección de Instrucción e Investigación de la DFSAI³⁸ y tiene la potestad de imputar cargos y desarrollar las labores de instrucción y actuación de medios probatorios durante la investigación en primera instancia.

4.4.3 Autoridad Decisora

La Autoridad Decisora es el órgano competente para resolver en primera instancia los procedimientos administrativos sancionadores, archivando el caso si no se acreditó la responsabilidad del administrado, o imponiendo las sanciones y medidas correctivas que correspondan. En virtud de lo dispuesto en el RPAS, la Autoridad Decisora es la DFSAI.

La DFSAI, con el apoyo legal y técnico de la Subdirección de Fiscalización y la Subdirección de Sanción y Aplicación de Incentivos, resuelve los procedimientos administrativos sancionadores, archivando o imponiendo sanciones y/o medidas correctivas.

4.4.4 Tribunal de Fiscalización Ambiental

El Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano resolutorio de segunda instancia del OEFA, está constituido por Salas Especializadas y tiene la función de resolver los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones emitidas por la DFSAI, además de las quejas por defectos de tramitación y otras funciones que le asigne la normativa de la materia³⁹. Este Tribunal puede confirmar, revocar o anular la resolución emitida por la DFSAI, en todo o en parte.

38 Cabe precisar que, si bien la DFSAI es la autoridad instructora y decisora del procedimiento administrativo sancionador, su estructura de tres subdirecciones permiten que haya diferencia entre la autoridad que conduce la fase instructora (Sub Dirección de Instrucción) y la autoridad que decide la aplicación de la sanción y/o medida correctiva (la DFSAI con el apoyo de la Subdirección de Fiscalización y la Subdirección de Sanción y Aplicación de Incentivos); ello conforme a lo establecido en el Literal o) del Artículo 40° del Reglamento de Organización y Funciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de diciembre de 2009.

39 **Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD**

“Artículo 2°.- El Tribunal de Fiscalización Ambiental

2.1. El Tribunal de Fiscalización Ambiental es un órgano resolutorio del OEFA, con autonomía técnica en el ejercicio de sus funciones e independiente en la emisión de sus resoluciones y pronunciamientos.

4.4.5 Presidencia de Consejo Directivo

La Presidencia del Consejo Directivo es el órgano encargado de pronunciarse sobre el dictado de medidas cautelares, antes o después del inicio del procedimiento administrativo sancionador.

4.5 La tramitación del procedimiento administrativo sancionador ambiental

4.5.1 El Informe Técnico Acusatorio (ITA)

La Autoridad Acusadora (Dirección de Supervisión) pone a consideración de la Autoridad Instructora, a través del ITA, la presunta existencia de infracciones administrativas, acompañando los medios probatorios obtenidos en las actividades de supervisión. La Autoridad Instructora puede solicitar la aclaración del ITA.

A partir de la vigencia del RPAS, la Autoridad Acusadora ha puesto en consideración de la Autoridad Instructora 329 ITA, correspondiente a los sectores energía, minería, pesquería e industria, de acuerdo al siguiente detalle:

2.2. El Tribunal de Fiscalización Ambiental vela por el cumplimiento del principio de legalidad y el respeto del derecho de defensa y el debido procedimiento, así como por la correcta aplicación de los demás principios jurídicos que orientan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública.

2.3. El Tribunal de Fiscalización Ambiental está constituido por Salas Especializadas en los asuntos de competencia resolutoria del OEFA.

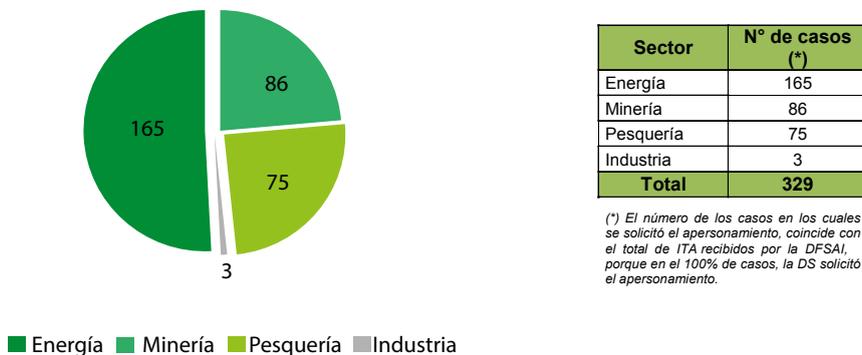
2.4. El número y materia de competencia de las Salas es determinada por el Consejo Directivo del OEFA, en atención a la carga procesal existente”.

“Artículo 3º.- Competencia del Tribunal de Fiscalización Ambiental

El Tribunal de Fiscalización Ambiental es competente para pronunciarse sobre los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones emitidas por los órganos de línea del OEFA, las quejas por defectos de tramitación y otras funciones que le asigne la normativa de la materia.”

Cabe señalar que actualmente el Tribunal de Fiscalización Ambiental cuenta con una Sala Transitoria, que se encuentra vigente hasta la implementación de las Salas Especializadas que se señalan en la norma antes citada.

Gráfico N° 2. Informes Técnico Acusatorios remitidos a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, desde la vigencia del RPAS hasta el 30 de noviembre de 2013.



Fuente: Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA (2013).

4.5.2 Resolución de imputación de cargos

La Autoridad Instructora, luego de valorar el ITA, puede iniciar el procedimiento administrativo sancionador. Para ello, deberá emitir la resolución correspondiente de imputación de cargos, y notificarla al administrado.

Dicha resolución deberá contener la información mínima necesaria para garantizar todos los derechos del administrado, es decir, la descripción clara de los actos u omisiones que pudieran importar infracción administrativa, las normas que tipifican tal hecho como infracción, la calificación de la gravedad de la presunta infracción imputada, las posibles sanciones a imponerse, el plazo con el que cuenta el administrado para formular sus descargos y los medios probatorios que sustentan tales imputaciones.

El procedimiento administrativo sancionador no deberá durar más de 180 días hábiles.

Desde enero hasta el 30 de noviembre de 2013, del total de 1176 Resoluciones Subdirectorales emitidas por la Autoridad Instructora, 636 corresponden a resoluciones de inicio de procedimiento administrativo sancionador; 403 a resoluciones en los cuales se determinó que no existe mérito para el inicio del procedimiento sancionador; 108 modifican las imputaciones de los procedimientos iniciados; 24 rectifican los datos de las imputaciones notificadas a los administrados y 5 disponen la acumulación de procedimientos, tal como se señala en el siguiente detalle:

Gráfico N° 3. Tipos de Resoluciones Subdirectoriales emitidas desde enero hasta el 30 de noviembre de 2013



Fuente: Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA (2013).

4.5.3 Derecho de defensa

El administrado tiene un plazo máximo de quince días hábiles, luego de notificada la resolución de imputación, para presentar sus descargos. Asimismo, la Autoridad Decisora, de oficio o a solicitud de parte, puede citar a audiencia de informe oral para que la parte imputada ejerza con amplitud su derecho de defensa, y para que la autoridad administrativa pueda resolver, de ser el caso, alguna duda respecto a los hechos o medios probatorios actuados en el expediente.

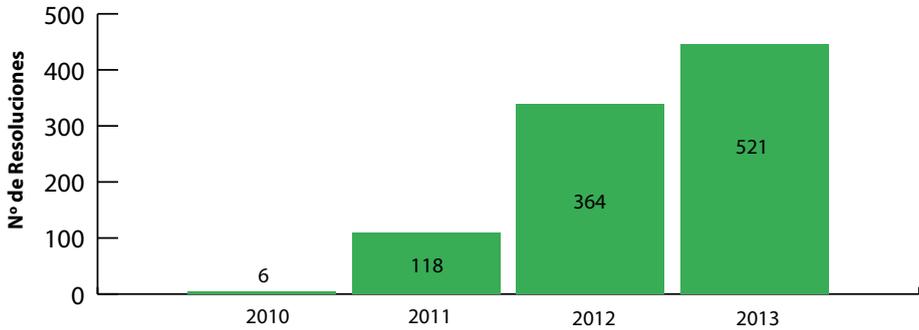
En esta etapa del procedimiento, la Autoridad Acusadora puede intervenir a fin de sustentar el ITA.

4.5.4 Resolución de sanción o archivo

Concluida la etapa de instrucción, la Autoridad Instructora debe presentar a la Autoridad Decisora una propuesta de resolución final. Aprobado el proyecto, se emitirá la resolución final, con los fundamentos de hecho y de derecho que sustenten la existencia o inexistencia de infracción administrativa, así como la graduación de la sanción y las medidas correctivas a imponerse, de ser el caso.

Al respecto, la Autoridad Decisora, desde enero hasta el 15 de diciembre de 2013, ha emitido 521 resoluciones directorales de sanción y archivo, evidenciando un incremento de producción respecto de los años precedentes, debido a las mejoras implementadas en la tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores, como se observa en el siguiente gráfico.

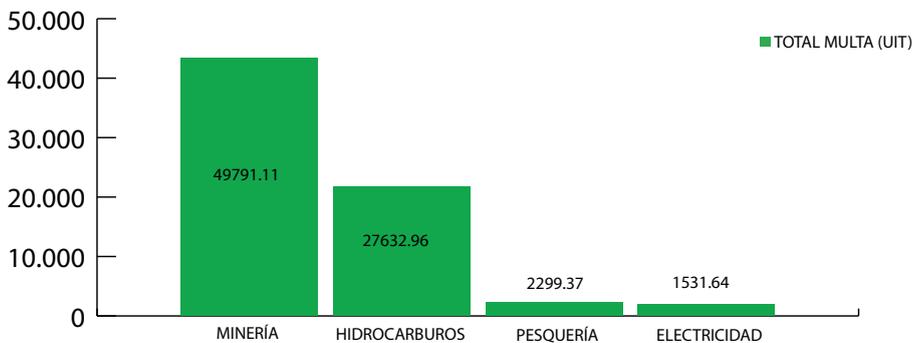
Gráfico N° 4. Resoluciones Directorales de Sanción y Archivo emitidas por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos desde el año 2010 al 15 de diciembre de 2013



Fuente: Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA (2013).

Asimismo, mediante las resoluciones directorales de sanciones el OEFA ha impuesto multas que en conjunto ascienden a 81255.08 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), divididas entre los sectores económicos bajo el ámbito de competencia del OEFA, correspondiendo el mayor porcentaje de multas al sector de minería, como se observa a continuación:

Gráfico N° 5. Multas impuestas por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental por sector, desde el año 2010 al 15 de diciembre de 2013



Fuente: Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA (2013).

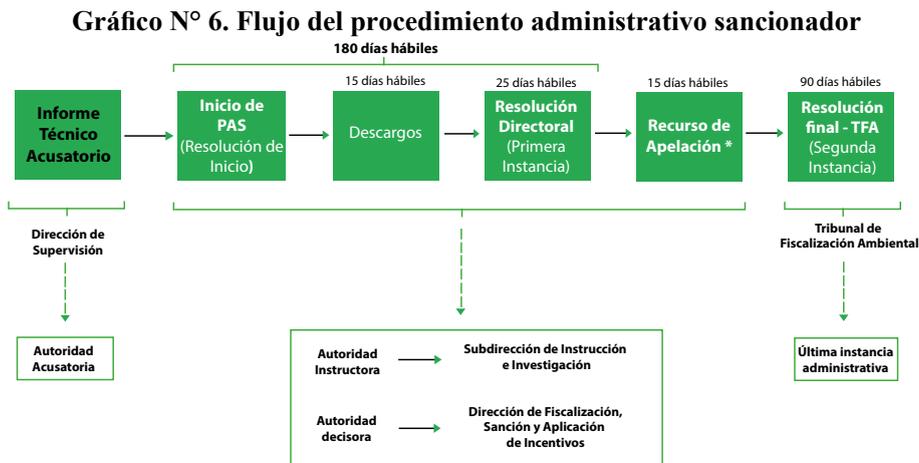
4.5.5 Medios impugnatorios

De considerarlo necesario, el administrado podrá ejercer su derecho de someter la resolución de sanción a la reconsideración de la misma Autoridad Decisora, para lo cual deberá adjuntar nueva prueba. En este caso, el procedimiento de reconsideración deberá tramitarse en un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles.

El administrado también puede apelar la resolución de primera instancia ante el Tribunal de Fiscalización Ambiental. Dicha autoridad cuenta con un plazo máximo de noventa días hábiles para resolver. En esta etapa del procedimiento sancionador, la Autoridad Decisora podrá solicitar su apersonamiento al procedimiento recursivo.

Tanto el administrado como la Autoridad Decisora podrán solicitar el uso de la palabra al Tribunal de Fiscalización Ambiental, a fin de sustentar su posición. Finalmente, a través de la resolución final, el mencionado Tribunal confirmará, revocará o declarará la nulidad, parcial o total, de la resolución apelada.

En el siguiente gráfico se aprecia de manera resumida las etapas del procedimiento administrativo sancionador:



**El administrado puede interponer el recurso de apelación o reconsideración; en este último caso, el plazo que tiene la autoridad para resolver es de 60 días hábiles.*

Fuente: Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA (2013).

4.6 Imposición de sanciones administrativas

Conforme a lo dispuesto en el Numeral 7.1 de las Reglas Generales, la potestad sancionadora del OEFA se materializa con la imposición de sanciones administrativas, que pueden ser monetarias (multas) o no monetarias (amonestaciones). Las sanciones administrativas, cuya finalidad es disuadir y castigar las conductas ilícitas, son impuestas después de verificarse la comisión de infracciones en el correspondiente procedimiento administrativo sancionador.

Así, mediante la aplicación de sanciones, la Administración Pública ejerce coerción sobre los individuos administrados, generando dos efectos. Primero, el efecto disuasivo, en tanto que procura evitar que el sancionado, o un tercero, incurran nuevamente en la conducta sancionada; y el segundo, el efecto correctivo, en tanto que suspende la comisión de la conducta infractora y devuelve a la sociedad el equilibrio perdido⁴⁰.

Con la sanción, el OEFA puede dictar medidas correctivas –tema que se desarrollará más adelante–, con el objeto de eliminar, en la medida de lo posible, los impactos negativos producidos en el ambiente.

40 *“En términos económicos, podemos afirmar que lo que busca la sanción es que la actividad ilícita sea menos rentable para el infractor que dar cumplimiento a lo dispuesto por el ordenamiento, es decir, que sea más costoso trasgredir las normas que darle efectivo cumplimiento. De ahí que la autoridad administrativa debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.*

El punto de vista que aquí se adopta es el análisis usual de la elección que siguen los economistas y asume que una persona comete un agravio si la utilidad esperada excede la utilidad que obtendría empleando su tiempo y recursos en otras actividades. Por lo tanto, algunas personas se convierten en “delincuentes” no porque su motivación básica difiera de las otras personas, sino porque sus beneficios y costos difieren (...). BECKER, Óp. Cit., p. 390.

Que una de las partes cometa o no un acto en realidad –muy aparte de si es o no socialmente deseable que lo haga–, dependerá de su percepción de la posibilidad de sufrir una sanción monetaria o no monetaria. Una de las partes cometería un acto si, y sólo si, la sanción esperada fuera menor que el beneficio esperado. Si decide no cometer un acto, se dirá que fue disuadido.”SHAVELL, Steven, El Derecho Penal y el uso óptimo de sanciones no monetarias como medida de disuasión. Artículo incluido en ROEMER, Andrés (compilador), Derecho y Economía: Una revisión de la literatura, Fondo de Cultura Económica, México 2000, p. 439.” (Extraído de GÓMEZ, Hugo; ISLA, Susan y MEJÍA, Gianfranco, “Apuntes sobre la Graduación de Sanciones por Infracciones a las Normas de Protección al Consumidor”. Derecho & Sociedad, N° 34, 2010, p. 136).

Asimismo, el OEFA puede imponer multas coercitivas al administrado renuente a cumplir con un mandato ordenado por la autoridad (medida correctiva o cautelar)⁴¹. Este tipo de sanción busca que el administrado ceda y acate la disposición o mandato de la Administración, en la medida en que tiene la naturaleza de un medio de ejecución forzosa de los actos administrativos.

Es preciso recordar, de acuerdo a lo mencionado, que la potestad sancionadora del OEFA se rige por los principios previstos en el Artículo 3° del RPAS.

4.6.1 Metodología para el cálculo de la multa base

Mediante Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD⁴², se aprobó la “Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de las sanciones” (en adelante, la Metodología)⁴³. Esta Metodología establece criterios

41 Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD

“Artículo 40°.- De las multas coercitivas

- 40.1. *La multa coercitiva constituye un medio de ejecución forzosa de los extremos de las resoluciones que imponen medidas cautelares o correctivas, siendo independiente de éstas y no tiene carácter sancionador.*
- 40.2. *La resolución que dicta medida cautelar o correctiva debe establecer como apercibimiento la imposición de una multa coercitiva, indicándose el plazo para el cumplimiento de la obligación y el monto a ser aplicado en caso de persistir el incumplimiento”.*

“Artículo 41°.- Imposición de multas coercitivas

- 41.1. *La imposición de multas coercitivas se regirá de conformidad con lo dispuesto en los Numerales 21.5 y 21.6 del Artículo 21 y en los Numerales 22.4 y 22.5 del Artículo 22 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.*
- 41.2. *El incumplimiento de una medida cautelar o correctiva por parte del administrado acarrea una multa coercitiva no menor a una (1) Unidad Impositiva Tributaria ni mayor a cien (100) Unidades Impositivas Tributarias. La multa coercitiva deberá ser pagada en un plazo de cinco (5) días hábiles, vencido el cual se ordenará su cobranza coactiva.*
- 41.3. *En caso de persistirse el incumplimiento, se impondrá una nueva multa coercitiva, duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa coercitiva impuesta, hasta que se cumpla con la medida cautelar o correctiva ordenada”.*

42 Publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de marzo de 2013.

43 Si bien en virtud a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM, la Metodología resulta aplicable a actividades vinculadas a la mediana y gran minería, de acuerdo a lo previsto en el Artículo 4° de la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD, esta Metodología podrá aplicarse supletoriamente en la graduación de sanciones vinculada a las actividades que supervisa el OEFA, en tanto no se apruebe la metodología aplicable a las infracciones ajenas al sector minería.

objetivos aplicables a la graduación de las sanciones que la autoridad administrativa determine por el incumplimiento de la normativa ambiental, siempre que no se trate de infracciones tipificadas con multas fijas⁴⁴.

La Metodología contempla las siguientes variables: (i) el beneficio ilícito, que comprende “*lo que percibe, percibirá o pensaba percibir el administrado cometiendo la infracción, así como lo que este ahorra, ahorraría o pensaba ahorrar cometiendo la infracción*”⁴⁵; (ii) una proporción del daño ambiental causado, entendido como el “*detrimento, pérdida, impacto negativo o perjuicio actual y probado, causado al medio ambiente y/o a alguno de sus componentes como consecuencia del desarrollo de actividades humanas*”⁴⁶; y, (iii) la probabilidad de detección que, medida en términos porcentuales, consiste en “*la posibilidad que la comisión de una infracción sea detectada por la autoridad administrativa*”⁴⁷.

Adicionalmente, la referida multa base será ajustada utilizando los factores agravantes y atenuantes⁴⁸, entendidos como los hechos o circunstancias que al ser tomados en cuenta se incluyen en la fórmula de cálculo de la multa, con la finalidad de aumentar o disminuir el monto de la misma.

4.7 Medidas correctivas

La LGA establece que las personas naturales o jurídicas, cuya actividad genere un impacto negativo al ambiente, deberán adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación, según corresponda; y, en el

44 **Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD, que aprueba la Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de las sanciones**

“Artículo 2°.- Ámbito de aplicación de la Metodología

La Metodología aprobada mediante la presente Resolución proporciona criterios objetivos para la graduación de las sanciones que la autoridad administrativa determine por el incumplimiento de la normativa ambiental en aquellas actividades vinculadas a la gran y mediana minería, y con relación a las labores de explotación, beneficio, transporte y almacenamiento de concentrados de minerales. No se aplica a las infracciones tipificadas con multas fijas”.

45 “Manual explicativo de la metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones”, aprobado por Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD. Anexo 1, párrafo 18.

46 *Ibidem*, párrafo 9.

47 *Ibidem*, párrafo 21.

48 *Ibidem*. párrafo 30.

caso de que las consecuencias sean irreversibles, deberán compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otros tipos de responsabilidad a que hubiere lugar⁴⁹.

De esa manera, el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora no agota su finalidad con la imposición de sanciones frente a la comisión de una infracción sino que además implica el establecimiento de medidas administrativas de obligatorio cumplimiento para los administrados, con la finalidad de eliminar, en la medida de lo posible, los impactos negativos producidos en el ambiente⁵⁰.

49 Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente

“Artículo VIII.- Del principio de internalización de costos

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente.

El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos.

(...)”.

“Artículo IX.- Del principio de responsabilidad ambiental

El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar”.

Citamos la siguiente experiencia internacional:

Ley 26/2007 de España, aprobada el 23 de octubre de 2007

“Preámbulo:

(...)

La responsabilidad medioambiental es, además, una responsabilidad ilimitada, pues el contenido de la obligación de reparación (o, en su caso, de prevención) que asume el operador responsable consiste en devolver los recursos naturales dañados a su estado original, sufragando el total de los costes a los que asciendan las correspondientes acciones preventivas o reparadoras. Al poner el énfasis en la restauración total de los recursos naturales y de los servicios que prestan, se prima el valor medioambiental, el cual no se entiende satisfecho con una mera indemnización dineraria”. (Negrilla agregada).

50 En ese sentido, Juan Morón Urbina señala: “Un tratamiento de confrontación contra un ilícito administrativo no solo conlleva a la imposición de aquella consecuencia jurídica prevista por la norma a título de sanción, sino también propende a la eliminación de aquellos efectos que la acción u omisión hubiere producido sobre bienes o intereses públicos, en el patrimonio del Estado o daños inferiores a terceros. La aplicación de una sanción administrativa solo corresponde al primer interés nombrado, quedando aspectos importantes latentes en la realidad que el derecho debe darle solución apropiada mediante medidas complementarias”. MORÓN, Juan Carlos. “Los actos - medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la administración”. *Revista de Derecho Administrativo*, Año 5, N° 9, diciembre 2010, p. 135.

El mecanismo legal previsto para cumplir con dicha finalidad es la medida correctiva, que será aplicable frente a la verificación de un daño real, y consiste en una obligación concreta y específica que deberá ser cumplida por el administrado. El sustento legal de la aplicación de medidas correctivas se encuentra en la LGA⁵¹ y en la Ley del SINEFA⁵². Al respecto, el Artículo 39° del RPAS establece que la DFSAI es el órgano competente para dictar medidas correctivas en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.

4.7.1 Lineamientos para la aplicación de medidas correctivas

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD⁵³, se aprobaron los “Lineamientos para la aplicación de medidas correctivas” (en adelante, los Lineamientos sobre Medidas Correctivas). Estos lineamientos establecen los criterios y mecanismos a emplear para la imposición de medidas correctivas, el

51 Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente

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

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

52 Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental

“Artículo 22°.- Medidas correctivas

22.1. Se podrán ordenar las medidas correctivas necesarias para revertir, o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas.

22.2. Entre las medidas que pueden dictarse se encuentran, de manera enunciativa, las siguientes:

- a) El decomiso definitivo de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción.*
- b) La paralización o restricción de la actividad causante de la infracción.*
- c) El cierre temporal o definitivo, parcial o total, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la presunta infracción.*
- d) La obligación del responsable del daño a restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso, y de no ser posible ello, la obligación a compensarla en términos ambientales y/o económica.*
- e) Otras que se consideren necesarias para revertir o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas.*
- f) Otras que se consideren necesarias para evitar la continuación del efecto nocivo que la conducta infractora produzca o pudiera producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas.”*

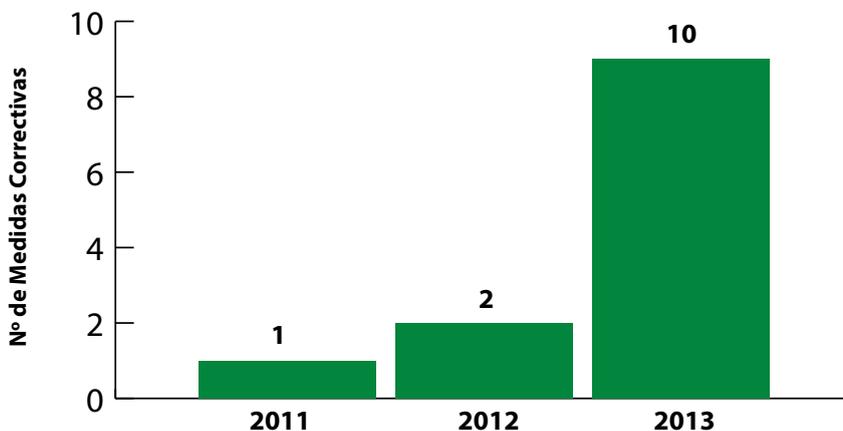
53 Publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de marzo de 2013.

procedimiento que la DFSAI deberá seguir y los tipos de medidas de acuerdo a su finalidad.

Asimismo, con el objeto de evitar sobrecostos al administrado, los Lineamientos sobre Medidas Correctivas establecen que para el cálculo de la multa, cuando se considere la valorización del daño real en la fórmula de la multa base y se decida dictar una medida correctiva de restauración o compensación ambiental, la DFSAI no empleará todo el monto del daño valorizado, sino solo la cuarta parte, puesto que las partes restantes serán cubiertas por el administrado al asumir el costo de la medida correctiva dictada.

Cabe señalar que, a partir de la entrada en vigencia del RPAS y los Lineamientos sobre Medidas Correctivas, se incrementó el número de medidas correctivas impuestas por la DFSAI, como se observa a continuación:

Gráfico N° 7. Medidas correctivas impuestas por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos desde el año 2010 al 30 de noviembre de 2013.



Fuente: Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA (2013).

Es preciso mencionar que las normas metodológicas descritas –para el cálculo de la multa base y de imposición de medidas correctivas– tienen por objetivo, entre otros, generar predictibilidad sobre el resultado de los procedimientos sancionadores⁵⁴. Efectivamente, tales metodologías permiten que el administrado conozca de antemano el razonamiento que se emplea para calcular la sanción monetaria, así como los criterios que medirán los factores agravantes y/o atenuantes de la sanción.

⁵⁴ GÓMEZ et ál, Óp. Cit., p. 53.

Asimismo, las referidas normas metodológicas también promueven la remediación ambiental⁵⁵, pues si el infractor implementó acciones de remediación que redujeron el daño ocasionado, ello será tomado en consideración al momento de determinar la multa y la medida correctiva a imponer. En otras palabras, tales acciones de remediación implicarán que el valor por el daño ocasionado considerado en el cálculo de la multa sea menor y, a su vez, que tal circunstancia será considerada como un factor atenuante de la sanción.

4.7.2 Tipos de medidas correctivas

En los Lineamientos sobre Medidas Correctivas se agrupan cuatro tipos de medidas, conforme a su finalidad. Sin embargo, esta clasificación no implica que el órgano competente no puede imponer otras obligaciones, de considerarlo necesario, a fin de evitar, disminuir o revertir el efecto nocivo que una actividad humana pueda producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas⁵⁶.

(a) Medidas de adecuación

Tienen por objeto que el administrado adapte sus actividades a estándares determinados, a modo de asegurar la mitigación de posibles efectos perjudiciales en el ambiente o la salud de las personas⁵⁷. Por ejemplo, en el hipotético caso de que el OEFA detecte que una compañía de hidrocarburos dispone inadecuadamente de sus residuos sólidos, almacenándolos en lugares abiertos o sobre suelos sin impermeabilizar, correspondería a la DFSAI, en el marco del correspondiente procedimiento administrativo sancionador, aplicar una medida correctiva de adecuación, de modo que la imputada adecúe su conducta a los estándares previstos

55 *Ibidem*, p. 56.

56 Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental

“Artículo 22°.- Medidas correctivas

(...)

22.2. Entre las medidas que pueden dictarse se encuentran, de manera enunciativa, las siguientes:

(...)

e) Otras que se consideren necesarias para revertir o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas.”

57 Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD - Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas previstas en el Literal d) del Numeral 22.2 del Artículo 22° de la Ley N° 29325, pp. 26-27.

en el Reglamento de Residuos Sólidos, aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM⁵⁸.

(b) Medidas de paralización

Tienen por objeto cesar la actividad generadora del daño, a fin de evitar la continuación de la afectación al ambiente. En esta categoría se encuentran medidas como el decomiso de bienes, la paralización o restricción de actividades o el cierre temporal o definitivo de establecimientos⁵⁹. Por ejemplo, en el supuesto de que el OEFA observe que una compañía minera evacúa a los ríos aledaños el agua utilizada en sus procesos de producción, sin efectuar análisis químicos y tratamientos destinados a cumplir con los Límites Máximos Permisibles vigentes, la DFSAI, en el marco del respectivo procedimiento administrativo sancionador, podría ordenar a la imputada la paralización de sus actividades, al menos hasta que implemente los mecanismos de mitigación pertinentes.

(c) Medidas de restauración

Tienen por objeto revertir los impactos generados por la infracción, restaurando, rehabilitando o reparando los componentes ambientales afectados⁶⁰. La finalidad de la medida es reponer las cosas al estado anterior a la comisión del hecho infractor.

Debido a su importancia, la DFSAI ha intensificado la imposición de este tipo de medidas correctivas en los procedimientos administrativos sancionadores, con la finalidad de recuperar las características físicas, químicas y biológicas del bien jurídico ambiental que fueron alteradas o modificadas por la conducta infractora.

Por ejemplo, en el supuesto de que el OEFA tome conocimiento de que una compañía pesquera arroja sus desechos, domésticos y/o industriales, al océano, contaminando tanto el mar como las playas más cercanas, la DFSAI, en el marco del respectivo procedimiento administrativo sancionador, podría ordenar a la imputada que realice trabajos de limpieza a fin de que las áreas afectadas retomen las condiciones primigenias libres de contaminación.

58 Publicado en el diario oficial El Peruano el 24 de julio de 2004.

59 Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas previstas en el Literal d) del Numeral 22.2 del Artículo 22° de la Ley N° 29325, aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD.

60 *Ibidem*, pp. 28-29

(d) Medidas de compensación

Tienen como presupuesto la irreversibilidad, debido a que los componentes ambientales no podrán retornar a la situación primigenia, por lo que corresponde compensar, en términos ambientales o económicos, el daño ocasionado. La compensación incluye el reemplazo o sustitución de los recursos naturales o elementos del ambiente afectados, por otros de similares características, clase, naturaleza y calidad⁶¹.

En el supuesto de que las actividades de un administrado, bajo el ámbito de competencias del OEFA, provoquen la afectación irreparable de un pequeño bosque, la DFSAI, en el marco del correspondiente procedimiento administrativo sancionador, podrá disponer que la imputada genere un nuevo bosque en una zona contigua, de modo que se cumplan las funciones naturales que poseía el elemento original afectado.

4.8 Medidas cautelares

En el RPAS se establece que el OEFA podrá disponer medidas cautelares, antes o una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador, a fin de asegurar la eficacia de la resolución final⁶². Los requisitos para emitir medidas cautelares son la verosimilitud de la existencia de infracción administrativa, y el peligro de daño por la demora en la expedición de la resolución final.

Para ello, la Autoridad Instructora, mediante informe técnico fundamentado, solicitará a la Presidencia del Consejo Directivo del OEFA el dictado de medidas cautelares, genéricas o específicas (decomiso de objetos, cierre parcial o total, entre otros). Las medidas cautelares serán dictadas mediante resolución debidamente motivada, pudiendo disponerse, adicionalmente, acciones complementarias destinadas a su ejecución (instalar distintivos, pancartas, colocar precintos, sistemas o mecanismos de monitoreo, etc).

La condición para dictar medidas cautelares antes de iniciado el procedimiento administrativo sancionador es que el procedimiento se inicie en un plazo máximo de quince días hábiles, desde la notificación de la medida cautelar, caso contrario, esta caducaría.

4.9 Importantes criterios aplicados

A continuación, se presentarán algunos de los criterios más importantes adoptados por el OEFA en el marco de la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores.

61 *Ibidem*.

62 Capítulo IV del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD.

4.9.1 El incumplimiento de las actividades de remediación establecidas en el Plan Ambiental Complementario

En este caso, la autoridad ambiental sancionó al administrado por haber incumplido el Plan Ambiental Complementario (PAC), toda vez que no culminó las actividades de remediación de las zonas contaminadas con hidrocarburos, dentro de los plazos aprobados por la autoridad competente⁶³.

Si bien en el transcurso del procedimiento, la empresa petrolera alegó que la metodología de remediación establecida en el PAC resultaba, a su criterio, perjudicial para el ecosistema, la autoridad ambiental consideró que esta circunstancia no la eximía de su responsabilidad por no cumplir con el compromiso ambiental asumido.

Asimismo, la autoridad administrativa consideró que si el administrado había advertido que la metodología de remediación no era adecuada para cumplir con el compromiso asumido en el PAC, debió solicitar al Ministerio de Energía y Minas su modificación con anterioridad al vencimiento del cronograma. Por lo tanto, la falta de aprobación de las nuevas medidas por parte del ministerio, propuestas con posterioridad al plazo de ejecución aprobado, no exoneraban a la empresa petrolera de su obligación de adoptar todas las medidas necesarias para remediar las áreas afectadas con hidrocarburos por la realización de sus actividades.

4.9.2 La habilitación del ingeniero y la validez de los puntos de control durante la supervisión

En el presente caso, la autoridad ambiental sancionó al titular minero por haber excedido los Límites Máximos Permisibles (LMP) para determinados parámetros identificados en diversos puntos de monitoreo⁶⁴.

En su recurso de apelación, la empresa minera cuestionó la habilitación para el ejercicio de la profesión del ingeniero encargado de la supervisión que originó

63 Resolución del Tribunal de Fiscalización Ambiental N° 006-2013-OEFA/TFA del 8 de enero de 2013, emitida en el procedimiento administrativo sancionador seguido bajo el Expediente N° 171280. Dicha resolución confirmó la Resolución Directoral N° 189-2012-OEFA/DFSAI del 18 de julio de 2012, emitida por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.

64 Resolución del Tribunal de Fiscalización Ambiental N° 082-2013-OEFA/TFA del 27 de marzo de 2013, emitida en el procedimiento administrativo sancionador seguido bajo Expediente N° 157-09-MA/E. Dicha resolución confirmó la Resolución Directoral N° 305-2012-OEFA/DFSAI del 27 de setiembre de 2012, emitida por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos. Cabe precisar que, en virtud a lo dispuesto por la propia resolución, la Resolución del Tribunal de Fiscalización Ambiental N° 082-2013-OEFA/TFA fue publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de abril de 2013.

el procedimiento sancionador. Al respecto, el Tribunal de Fiscalización Ambiental advirtió que, al momento de evaluar la inscripción de la empresa supervisora postulante, la entidad competente había verificado la habilitación para el ejercicio profesional de sus trabajadores (entre ellos, el supervisor), lo que evidenciaba, en principio, que esta empresa contaba con personal habilitado y apto para desarrollar labores de supervisión.

Sin perjuicio de ello, y al amparo del principio de verdad material que rige el ordenamiento administrativo, la autoridad ambiental formuló una consulta al Colegio de Ingenieros del Perú sobre la habilitación del supervisor, en virtud de la cual confirmó que dicho supervisor se encontraba habilitado para el ejercicio de la profesión de ingeniero. En ese sentido, el Tribunal destacó la importancia de verificar la habilitación para el ejercicio profesional de los supervisores en el desarrollo de sus actividades.

De otro lado, la empresa minera cuestionó que se hayan evaluado los resultados obtenidos en puntos de control no autorizados por la autoridad competente. Sin embargo, el Tribunal determinó que, para analizar la responsabilidad de las empresas por el incumplimiento a los LMP, debía considerarse que (i) los resultados obtenidos del análisis de las muestras tomadas serán válidos aun cuando el monitoreo se haya practicado en un punto de control no previsto en un instrumento de gestión ambiental; y (ii) se debe verificar que la muestra materia del análisis haya sido tomada de un flujo de agua que revista la condición de efluente, esto es, que la descarga líquida proveniente de las operaciones mineras se disponga o llegue finalmente al ambiente o sus componentes.

De acuerdo con ello, los supervisores se encuentran autorizados a verificar las condiciones de los efluentes líquidos (calidad de agua) mediante la toma de muestreos no solo en los puntos de control aprobados en los instrumentos de gestión ambiental sino también en cualquier punto que estimen pertinente, para asegurar el cumplimiento de la obligación fiscalizable.

4.9.3 La ruptura del nexo causal para determinar la responsabilidad administrativa

En un reciente pronunciamiento, la DFSAI dispuso archivar el procedimiento administrativo sancionador, al haber verificado la ruptura del nexo causal existente entre la infracción imputada y la actuación del administrado⁶⁵.

La autoridad administrativa consideró que, en virtud al régimen de responsabilidad objetiva aplicable al incumplimiento de las obligaciones derivadas

65 Resolución Directoral N° 402-2013-OEFA/DFSAI del 29 de agosto de 2013, emitida en el procedimiento administrativo sancionador seguido bajo Expediente N° 137-09-MA/E. Criterio similar fue adoptado en la Resolución Directoral N° 325-2013-OEFA/DFSAI del 16 de julio de 2013, emitida en el procedimiento administrativo sancionador seguido bajo Expediente N° 001-2013-OEFA/DFSAI/PAS.

de los instrumentos de gestión ambiental, las normas ambientales y los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA, basta acreditar la relación causal entre el supuesto infractor y la actuación del administrado, sin que sea necesario analizar los factores de atribución subjetiva como el dolo o la culpa.

Asimismo, determinó que cuando el administrado acredita fehacientemente que el daño o deterioro al medio ambiente tiene como causa exclusiva un suceso inevitable o irresistible, como caso fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero, la conducta infractora no será sancionable, conforme con lo dispuesto por el Artículo 146° de la LGA y el Numeral 3 del Artículo 4° del RPAS.

En este caso, la DFSAI concluyó que, si bien era obligación del titular minero realizar las acciones de previsión y control de modo permanente a fin de evitar la afectación del ambiente, la continuidad de sus labores de remediación se vio interrumpida por la invasión de los ex trabajadores de la empresa minera. En consecuencia, la autoridad administrativa dispuso eximir de responsabilidad al titular minero por la conducta infractora, en la medida en que esta fue causada por un hecho determinante de tercero.

4.9.4 Las acciones adoptadas por el OEFA en la lucha contra la minería ilegal

La normativa minera peruana distingue cuatro estratos de minería: (i) la gran minería (GM), (ii) la mediana minería (MM)⁶⁶, (iii) la pequeña minería (PM) y (iv) la minería artesanal (MA)⁶⁷. Las entidades competentes para fiscalizar dichas

66 Tanto la GM como la MM agrupan empresas a las que no se les ha impuesto como requisito un número total de hectáreas para el tamaño de sus concesiones. La diferencia entre ambas radica principalmente en lo siguiente: (i) la GM se caracteriza por ser altamente mecanizada y explotar yacimientos de clase mundial a cielo abierto y supera la capacidad productiva de 5 000 Toneladas Métricas por Día (TMD), opera en la generalidad de los casos integrando las operaciones de prospección, extracción, concentración, fundición, refinación y embarque; y, (ii) la MM opera unidades mineras principalmente subterráneas con una capacidad productiva entre 350 y 5 000 TMD, se caracteriza por contar con un considerable grado de mecanización y adecuada infraestructura, pero limita sus operaciones a la extracción y concentración de mineral.

67 En relación con las actividades realizadas por un Pequeño Productor Minero (PPM) o un Productor Minero Artesanal (PMA), el Artículo 91° del TUO de la Ley General de Minería es claro en indicar que el desarrollo de tales actividades podrá efectuarla una persona natural, un conjunto de personas naturales, personas jurídicas conformadas por personas naturales, cooperativas mineras o centrales de cooperativas. La diferencia entre estos estratos radica principalmente en lo siguiente: (i) los PPM son los que se dedican habitualmente a la explotación y/o beneficio directo de minerales, que posean por cualquier título, más de dos mil (2 000) hectáreas (entre denuncias, petitorios y concesiones mineras), y/o con una capacidad de producción entre 25 TMD y 350 TMD; y, (ii) los PMA son los que se dedican habitualmente (y como medio de sustento) a la explotación y/o beneficio directo de minerales mediante la realización de métodos manuales o equipos básicos, que posean por cualquier título, hasta un mil (1 000) hectáreas y/o con una capacidad productiva menor a 25 TMD.

actividades son la Dirección Regional de Energía y Minas del Gobierno Regional correspondiente - DREM (en los estratos de PM y MA) y el OEFA (en los estratos de MM y GM).

Sin perjuicio de ello, en el marco de lo dispuesto por la Ley del SINEFA⁶⁸, cuando el OEFA obtenga indicios razonables y verificables del incumplimiento de las condiciones para que determinada actividad se encuentre en el ámbito de competencias de los Gobiernos Regionales y, por tanto, su condición debiera corresponder al ámbito de competencia del OEFA, este estará automáticamente facultado para desarrollar las acciones de fiscalización ambiental a que hubiere lugar.

La propia Ley del SINEFA reconoce la aplicación del principio de primacía de la realidad, para que, en caso de que exista discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos o formalidades, se prefiera lo primero, esto es, lo que sucede en el terreno de los hechos⁶⁹.

Asimismo, la aplicación del principio de primacía de la realidad guarda estrecha correspondencia con el principio de verdad material consagrado en el Numeral 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG⁷⁰, según el cual la autoridad debe buscar la verdadera naturaleza de los hechos investigados a fin de hallar la verdad material en el desarrollo de un procedimiento administrativo sancionador.

68 Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental

“Artículo 17°.- Infracciones administrativas y potestad sancionadora

Constituyen infracciones administrativas bajo el ámbito de competencias del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) las siguientes conductas: (...)

El cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables antes mencionadas es obligatorio para todas las personas naturales o jurídicas que realizan las actividades que son de competencia del OEFA, aun cuando no cuenten con permisos autorizaciones ni títulos habilitantes para el ejercicio de las mismas. Esta disposición es aplicable a todas las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA), respecto de sus competencias, según corresponda.

Cuando el OEFA obtenga indicios razonables y verificables del cumplimiento de las condiciones para que una actividad se encuentre en el ámbito de competencias de los gobiernos regionales, y por tanto su condición actual debiera corresponder al ámbito de competencias del OEFA, este se encuentra facultado para desarrollar las acciones de fiscalización ambiental a que hubiere lugar.

(...)”.

69 Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de enero de 2003, emitida en el Expediente N° 1944-2002-AA/TC, fundamento jurídico 3.

70 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

Precisamente, en atención a los criterios expuestos, la DFSAI ha asumido la competencia para fiscalizar las actividades mineras que no cumplen con las condiciones de PM o MA. En ese sentido, la Sub Dirección de Instrucción e Investigación ha iniciado procedimientos administrativos sancionadores contra empresas y/o personas naturales que, como bloque, mantienen una vinculación económica que les permite desarrollar actividades mineras de gran o mediana minería, pero bajo la apariencia de pequeños productores mineros o mineros artesanales.

V. CONCLUSIONES

Se observa que la fiscalización ambiental en el Perú ha evolucionado de manera favorable, las autoridades ambientales nacionales han mostrado preocupación por mejorar continuamente los instrumentos legales y regulatorios necesarios para ejercer efectivamente las facultades de fiscalización y evaluación ambiental.

En ese sentido, se ha pasado de un régimen primigenio en el que la fiscalización de obligaciones relacionadas a las actividades mineras, hidrocarburos y electricidad estuvo a cargo de empresas auditoras registradas ante el Ministerio de Energía y Minas, a la creación del OEFA como organismo técnico especializado a cargo de la evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción de las obligaciones ambientales de las entidades bajo su ámbito de competencia.

Asimismo, se han emitido instrumentos normativos especialmente diseñados para afrontar la problemática relacionada a la contaminación del medio ambiente, tales como la Ley General del Ambiente, la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental y el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador.

El OEFA, en su calidad de ente rector del Sistema de Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, ha demostrado compromiso con los objetivos para los que fue creado: la evaluación, supervisión y fiscalización del cumplimiento de la normativa ambiental a nivel nacional, integrando los esfuerzos del Estado y la

1.11. Principio de verdad material.- *En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.*

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público”.

sociedad, de manera coordinada y transparente, para asegurar una efectiva gestión y protección del ambiente.

La misión antes descrita se condice con el nuevo enfoque de la fiscalización ambiental que rige el OEFA, referido a la búsqueda de equilibrios entre los derechos civiles y económicos de los ciudadanos, con la necesidad de proteger el medio ambiente. En ese contexto, el OEFA elaboró el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador, cuyas características evidencian la vocación de tramitar procedimientos sancionadores céleres y efectivos, pero garantizando, a su vez, el ejercicio pleno de los derechos de los administrados.

De ahí que el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador contenga precisiones respecto a su ámbito de aplicación, subjetivo y objetivo, que regule de manera integral las facultades de las autoridades, y la tramitación de todas las instancias participantes en el procedimiento administrativo sancionador. También, en el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador se acortaron los plazos de duración del procedimiento sancionador, pero se amplió el plazo con el que cuentan los administrados para ejercer sus derechos de defensa.

Se emitieron también normas complementarias al Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador, que coadyuvan a la consecución de los objetivos de la institución, y que a la vez garantizan el derecho de defensa de los administrados. Efectivamente, las normas metodológicas para el cálculo de sanciones y para la imposición de medidas correctivas tienen por objeto facilitar predictibilidad en los administrados sobre la conducta de la autoridad administrativa, reduciendo el margen de discreción del OEFA y favoreciendo el ejercicio del derecho de defensa.

En resumen, por todo lo mencionado anteriormente, se concluye que el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador aporta significativamente a que el OEFA logre los objetivos de gestión y protección efectiva del medio ambiente para los que fue creado.

BIBLIOGRAFÍA:

BESALÚ, Aurora

2005 *Responsabilidad por daño ambiental*. Buenos Aires: Hammurabi.

GÓMEZ, Hugo y Milagros GRANADOS

2013 “El fortalecimiento de la fiscalización ambiental”. *Revista de Economía y Derecho*. Lima, volumen 10, número 39, pp. 43-64.

GÓMEZ, Hugo, Susan ISLA y Gianfranco MEJÍA

2010 “Apuntes sobre la graduación de sanciones por infracciones a las normas de protección al consumidor”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 34, pp. 136.

MORÓN, Juan Carlos

2010 “Los actos - medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la administración”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, año 5, volumen 1, número 9, pp. 135-157.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

2013 “Medio Ambiente y desarrollo sostenible”. *Centro de Información de las Naciones Unidas*. Consulta: 19 de noviembre de 2013. <<http://www.cinu.mx/temas/medio-ambiente/medio-ambiente-y-desarrollo-so/>>

RED INTERNACIONAL POR EL ACATAMIENTO Y EJECUCIÓN AMBIENTAL (INECE)

2009 *Manual de Principios de Acatamiento y Ejecución Ambiental*. Washington: INECE, pp. 15.

SHIMABUKURO, Roberto Carlos

2013 “Reflexiones sobre el principio de culpabilidad y la responsabilidad administrativa objetiva”. En DANÓS, Jorge et ál. (Coordinadores). *Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Derecho Administrativo en el Siglo XXI*, Volumen 1. Lima: Adrus D&L Editores, pp. 727-748.

METODOLOGÍA DE CÁLCULO DE MULTAS COMO INSTRUMENTO DE LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

GABRIELA LÓPEZ MEDRANO
JERICO FIESTAS FLORES
OSCAR CARRILLO VERÁSTEGUI(*)

Sumario

Este artículo explica la metodología utilizada por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) para el cálculo de multas aplicables por el incumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables, que no hayan sido tipificadas con multas fijas. Para ello, el fundamento teórico de este instrumento aborda el diseño de las metodologías que aplican otras agencias de fiscalización ambiental, los componentes de la metodología que utiliza el OEFA, así como sus ventajas desde la perspectiva económica y su aplicación práctica a través de dos casos hipotéticos, a fin de sustentar la relevancia de este instrumento para la fiscalización ambiental.

I. Introducción. II. El rol de las sanciones en la fiscalización ambiental. III. Comparación internacional de las metodologías de cálculo de multa. IV. La Metodología utilizada por el OEFA. V. Ventajas de la Metodología. VI. Aplicación de la Metodología. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La determinación de sanciones constituye uno de los mecanismos más utilizados por la Administración Pública para disuadir al infractor de incumplir sus obligaciones ambientales en el futuro y al resto de administrados de incurrir en conductas similares. De esta manera, se busca que los agentes económicos internalicen, en cierta medida, los costos asociados al impacto ambiental negativo generado por el incumplimiento de la normativa ambiental.

En ese sentido, resulta importante contar con una metodología que permita establecer reglas claras sobre cómo la autoridad ambiental debe realizar el cálculo

(*) Los autores agradecen a Sandra Mosqueira Caminada y a Patricia Quijano Vallejos por el valioso apoyo brindado en la elaboración y corrección del presente artículo.

de las multas, lo que, a su vez, contribuirá a que estas sean predecibles, razonables y que garanticen el derecho de defensa de los administrados.

Al respecto, al amparo de la facultad establecida en el Artículo 6° del Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM¹, mediante Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD², el OEFA aprobó la Metodología para el Cálculo de las Multas Base y la Aplicación de los Factores Agravantes y Atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones (en adelante, la Metodología).

La Metodología, para el OEFA, representa una herramienta útil, pues fortalece el sistema de fiscalización ambiental, que busca disuadir a los agentes económicos de posibles incumplimientos a la normativa ambiental.

En ese contexto, el presente artículo tiene por finalidad describir el fundamento teórico de las sanciones, el diseño de las metodologías que aplican otras agencias de fiscalización ambiental, los componentes de la Metodología, así como sus ventajas desde la perspectiva económica y aplicación práctica a través de dos casos hipotéticos.

II. EL ROL DE LAS SANCIONES EN LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

Conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (DFSAI) está encargada de dirigir, coordinar y controlar el proceso de fiscalización, sanción y aplicación de incentivos que resulten de su competencia. Entre sus principales funciones se encuentran la investigación sobre la comisión de presuntas infracciones administrativas, así como la imposición de sanciones por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, las normas ambientales y los mandatos o disposiciones emitidos por el OEFA.

1 **Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM, que aprueba el Cuadro de Tipificación de Infracciones Ambientales y Escala de Multas y Sanciones aplicables a las Gran Minería respecto de Labores de Explotación, Beneficio, Transporte y Almacenamiento de Mineral, publicado en el diario oficial El Peruano el 10 de noviembre de 2012**

“Artículo 6°.- Cálculo de multa

La Presidencia del Consejo Directivo del OEFA aprobará la metodología para el cálculo de la multa base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes”.

2 Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD, que aprueba la Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de las sanciones, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de marzo de 2013.

En ese sentido, a través de la imposición de sanciones, la DFSAI busca disuadir tanto al infractor de incumplir sus obligaciones ambientales en el futuro, como al resto de administrados de incurrir en conductas similares. De este modo, se persigue la internalización de los costos asociados al impacto ambiental negativo producido por el incumplimiento de la normativa ambiental.

De hecho, el incumplimiento de obligaciones ambientales genera una serie de externalidades³ negativas relacionadas, principalmente, con el impacto real o potencial al medio ambiente. En ese contexto, la sanción óptima permite internalizar los costos de las acciones que ejecutan los administrados fiscalizados por el OEFA.

Al respecto, la teoría económica⁴ sostiene que los esquemas de sanciones óptimos pueden lograr la disuasión de la conducta ilegal a través de un esquema de incentivos económicos. Una sanción es óptima cuando el costo social de la infracción se equipara al beneficio privado obtenido por incumplir la normativa, de manera que el administrado no tenga incentivos para incumplirla⁵. En efecto, un comportamiento racional de los agentes económicos al momento de decidir cumplir o no con sus obligaciones ambientales implicará evaluar, por un lado, los costos del cumplimiento, relacionados, por ejemplo, con los gastos en tecnología para cumplir los estándares ambientales impuestos; y, por otro lado, los costos del incumplimiento, referidos principalmente a la sanción monetaria. De esta forma, si resulta más costoso incumplir la obligación ambiental, el administrado decidirá cumplirla.

Según los modelos de penalización⁶, la multa óptima contiene la estimación del daño ocasionado y el esfuerzo que realiza la agencia de fiscalización para detectar las infracciones. Así, esta será mayor cuando mayor sea el daño generado y menor sea la probabilidad de detectar las infracciones.

De acuerdo a estos modelos, dicha multa puede ser aproximada a través de la estimación de los beneficios o ganancias obtenidos por el incumplimiento de las obligaciones ambientales y de un componente que cuantifique el valor económico del impacto ambiental generado.

3 La externalidad se produce cuando un tercer agente recibe un perjuicio o un beneficio de una actividad económica de un productor o un consumidor no relacionado con él.

4 BECKER, Gary. "Crime and Punishment: An Economic Approach". *Journal of Political Economy* 76, 1968, pp. 169-217.

5 Ídem, p. 192 y STIGLER, George. "The Optimum Enforcement of Laws". *Journal of Political Economy* 78, 1970, pp. 526-536.

6 BECKER. Óp. Cit., p. 193.

Además de su finalidad disuasiva, las multas óptimas aplicadas en el marco de la fiscalización ambiental deben asegurar un tratamiento justo y equitativo a los administrados⁷. Para ello, se requiere un análisis consistente y flexible en la determinación de sanciones.

La consistencia limita el grado de discrecionalidad de la autoridad administrativa y, en consecuencia, reduce la realización de cuestionamientos por parte de los administrados que tienden a consumir recursos de la autoridad administrativa, los cuales podrían emplearse para fortalecer las labores de fiscalización ambiental.

De otro lado, la cuantificación del beneficio y del daño, a través de una metodología establecida, contribuyen a reducir la arbitrariedad y establecer un tratamiento equitativo para los infractores; sin embargo, estos aspectos no consideran las diferencias, potencialmente significativas, existentes entre los casos analizados por la DFSAI. Para ello, con el objetivo de que el esquema de sanciones óptimo sea flexible, es recomendable la introducción de factores que permitan realizar ajustes o graduaciones según las particularidades del caso concreto. Entre estos factores tenemos, por ejemplo, el grado de la voluntad o la negligencia del infractor, el historial de no cumplimiento, la capacidad de pago, el grado de cooperación o no cooperación con las agencias estatales, y otros específicos para cada caso.

Finalmente, es importante precisar que en un entorno de información incompleta, donde el administrado no cuenta con información sobre el esfuerzo (variable no observable) que realiza el OEFA en el marco de la fiscalización ambiental, la determinación de sanciones mediante una metodología claramente sustentada, predecible y no arbitraria, representa una señal creíble de que este organismo cumple con el objetivo de disuadir eficazmente las conductas infractoras.

III. COMPARACIÓN INTERNACIONAL DE LAS METODOLOGÍAS DE CÁLCULO DE MULTA

La Metodología recoge los principales elementos que componen las multas aplicadas por otras agencias de fiscalización ambiental (ver detalle en anexo 1). Así, por ejemplo, al comparar el diseño de la metodología del OEFA con el de seis agencias ambientales⁸, se observa que, si bien no existe una coincidencia exacta en la fórmula del

7 ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Determination and application of administrative fines for environmental offences: Guidance for Environmental Enforcement Authorities in EECCA Countries*. Paris: OECD, 2009. p. 9-11.

8 Se revisó información de las siguientes agencias: El Ministerio de Ambiente (Canadá), Superintendencia de Medio Ambiente (Chile), Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (Colombia), Tribunal Administrativo Ambiental (Costa Rica), Agencia de Políticas Ambientales (Estados Unidos) y la Agencia Ambiental (Reino Unido).

cálculo de la multa, los principales componentes de la metodología del OEFA (como el beneficio ilícito, el valor económico del daño y los factores agravantes y atenuantes) constituyen conceptos considerados en todas las metodologías revisadas.

El beneficio ilícito es un elemento común en la mayoría de las metodologías referidas. Este componente implica el costo evitado, el beneficio económico o el ahorro de los costos operativos, todos ellos derivados del incumplimiento de las obligaciones ambientales.

Asimismo, se ha identificado que el valor económico del daño es un insumo importante en el diseño de las metodologías empleadas por otras agencias; sin embargo, a diferencia de la Metodología, este únicamente es considerado como un factor agravante. Cabe destacar que, en el caso de la agencia de Costa Rica, el cálculo de la multa dependerá directamente de la valorización económica del daño que la empresa ha generado, para lo cual, primero identifica los bienes y servicios ambientales afectados y, luego, estima la valorización de cada uno de ellos.

En relación a los factores agravantes, algunas agencias utilizan estos elementos para aproximar la intensidad, extensión, peligrosidad y reversibilidad del daño ambiental, entre otros.

Un factor agravante de la Metodología, que es recurrente en algunas agencias, es el referido al historial de incumplimiento de la empresa infractora. Ello permite incrementar la penalización para aquellos administrados reincidentes en la conducta infractora.

Finalmente, en relación a los factores atenuantes de la Metodología del OEFA, se advierte que estos también son utilizados por la mayoría de agencias de fiscalización ambiental. En particular, tales agencias consideran como atenuantes la cooperación de la empresa infractora con la agencia de fiscalización ambiental, la mitigación del daño o la subsanación de la infracción ambiental por iniciativa propia.

IV. LA METODOLOGÍA UTILIZADA POR EL OEFA

Las fórmulas establecidas en la Metodología están conformadas por la multa base y los factores agravantes y atenuantes (ver cuadro 1). La multa base está compuesta por el beneficio ilícito (B), que considera el valor de las acciones que debieron ser realizadas por el administrado para evitar el incumplimiento de sus obligaciones ambientales o los ingresos que obtiene o espera obtener el infractor a no cumplir con estas obligaciones dividido entre la probabilidad de detección (p).

Por otra parte, los factores agravantes y atenuantes están agrupados en un factor (F) que multiplica a la multa base. Estos factores tienen como finalidad

complementar el valor de la multa base y graduarla según las particularidades de cada caso. Asimismo, incorporan elementos que no están contemplados en el beneficio ilícito o en el daño ambiental real, tales como la gravedad del daño generado por la infracción, la vulnerabilidad de la población afectada, entre otros.

En aquellos casos en que se pueda demostrar y se cuente con información para hallar el valor económico del daño ambiental ocasionado, este podrá incluirse en la multa base. Sin embargo, solo se incorporará el valor total de este componente (100%) si la resolución de sanción no ordena medidas correctivas. De lo contrario, cuando dicha resolución ordena medidas correctivas, solo deberá incorporarse un porcentaje (25%) de este componente. Esto último con la finalidad de incentivar la adopción de medidas remediadoras del daño ambiental causado.

Cabe señalar que, en los casos en que la autoridad estime el daño ambiental, los factores agravantes vinculados al daño potencial o real no deberán ser contemplados en la fórmula, por lo tanto, el conjunto de factores (F) se reducirá (F*). A continuación, se explicará brevemente cada uno de los elementos que conforman el cálculo de la multa mediante el cuadro 1.

Cuadro 1
Resumen de las fórmulas establecidas en la Metodología

Regla 1	Regla 2	
Multa (M) = $\left(\frac{B}{p}\right) \cdot [F]$	Multa (M) = $\left(\frac{B+D}{p}\right) \cdot [F^*]$	Multa (M) = $\left(\frac{B+\alpha D}{p}\right) \cdot [F^*]$
Cuando no exista información suficiente para la valorización del daño real probado (valor económico del daño ambiental), se determinará la multa base y, luego, se aplicarán los factores agravantes y atenuantes (F) incluidos los referidos al daño real o potencial, en caso existan.	Si la sanción no incluye el dictado de medidas correctivas. En los casos que exista información para valorizar el daño real probado, se incluirá dicha valorización en la multa base. Asimismo, se aplicarán los factores atenuantes y agravantes, pero excluyendo los valores relacionados directamente con la caracterización del daño ambiental.	Si la sanción incluye el dictado de medidas correctivas.

Fuente: Metodología para el cálculo de multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 6° del Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM.

Donde:

B = Beneficio ilícito (obtenido por el administrado al incumplir la norma).

p = Probabilidad de detección.

F = Suma de factores agravantes y atenuantes.

α = Proporción de daño estimado (25%).

D = Valor económico del daño ambiental.

F* = Suma de factores agravantes y atenuantes (sin los valores relacionados con la cuantificación de daño).

4.1. Beneficio ilícito

El beneficio ilícito es aquel obtenido o que espera obtener el infractor al no cumplir con una obligación ambiental fiscalizable, es decir, lo que percibe, percibiría o pensaba percibir al cometer una infracción, así como lo que ahorra, ahorraría o pensaba ahorrar cometiendo la infracción. Por ejemplo, los administrados que ejecutan actividades de explotación minera sin contar con la certificación ambiental correspondiente estarían evitando los costos asociados a obtenerla.

El beneficio ilícito está conformado por el ingreso ilícito o el costo evitado. El primero se refiere a los ingresos económicos ilegalmente obtenidos por el incumplimiento de las obligaciones ambientales, mientras que el segundo está relacionado con el ahorro originado por no cumplir la obligación ambiental correspondiente. Debido a que la estimación del ingreso ilícito requiere, por lo general, información sobre el desempeño de la empresa, usualmente se puede aproximar este valor a través del costo evitado.

4.2. Probabilidad de detección

La probabilidad de detección es la posibilidad de que la autoridad administrativa detecte una infracción. Este componente refleja el esfuerzo que realiza la agencia de fiscalización ambiental para detectar las infracciones, en función a la facilidad o dificultad de su detección y a la cantidad de recursos disponibles para detectarla.

La Metodología determina cinco niveles de probabilidad. Estos se categorizan en muy alta, alta, media, baja y muy baja. A estos niveles les corresponde, respectivamente, los siguientes porcentajes de probabilidad: 100%, 75%, 50%, 25% y 10%. La elección de la categoría adecuada dependerá de la infracción analizada en concreto y el contexto en que se detectó la conducta.

Por ejemplo, se considerará un nivel de probabilidad alta (75%) cuando la situación de incumplimiento de la normativa ambiental sea detectada en una supervisión especial, es decir, en una supervisión originada en virtud al reclamo de una población o sus representantes. En particular, la presentación de este tipo de reclamos facilita la detección de una infracción, pues transmite información a la autoridad administrativa sobre la existencia de una presunta conducta infractora. Por el contrario, si el administrado realiza actividades sin certificación ambiental, la detección de la infracción resulta más difícil, toda vez que la autoridad administrativa tendría que trasladarse, regularmente, al lugar de la ocurrencia de los hechos para detectar la infracción. En este tipo de casos, entonces, corresponde aplicar una probabilidad baja (25%).

4.3. Factores agravantes y atenuantes

Los factores agravantes y atenuantes tienen como finalidad complementar el valor de la multa base y graduarla según las particularidades de cada caso. La Metodología ha contemplado siete factores que guardan concordancia con la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General⁹.

Los factores agravantes y atenuantes tienen una naturaleza cualitativa y permitirán aumentar o disminuir la multa base. Asimismo, existen diferencias entre los valores aplicables a los factores según exista daño potencial o daño real, que no pueda ser valorizado económicamente. Los factores son los siguientes:

- i) F1: Impacto y la extensión del daño potencial o real.
- ii) F2: Perjuicio económico causado.
- iii) F3: Aspectos ambientales o fuentes de contaminación.
- iv) F4: Reincidencia o incumplimiento reiterado.
- v) F5: Subsanción voluntaria.
- vi) F6: Adopción de medidas necesarias para revertir las consecuencias de la conducta infractora.
- vii) F7: Intencionalidad en la conducta del infractor.

El Factor F1 solo se utiliza cuando existe daño real o potencial y cuando no se cuenta con información suficiente para estimar su valor económico. Este factor está compuesto por elementos que agravan la multa cuando existe daño potencial o real al ambiente: (i) grado del impacto de la actividad en la calidad ambiental, (ii) impacto según la extensión geográfica involucrada, (iii) impacto según la reversibilidad y recuperabilidad de los componentes ambientales, (iv) afectación sobre los recursos naturales, (v) áreas naturales protegidas o zonas de amortiguamiento, (vi) afectación a comunidades nativas o campesinas y (vii) afectación a la salud de las personas.

Con respecto al factor F2, correspondiente al perjuicio económico causado, este establece que la multa debe agravarse de acuerdo al nivel de pobreza de la zona donde ocurrió el impacto, puesto que las poblaciones más pobres son más vulnerables frente a los accidentes causados por agentes externos y, por lo tanto, requieren de una protección mayor. En ese sentido, una alta tasa de pobreza involucrará un mayor perjuicio y, en consecuencia, una multa más alta.

En relación con el resto de factores, estos consideran características que no están vinculados con el daño real o potencial de la infracción. Por ejemplo, si se identifica que la empresa es reincidente en la comisión de la infracción, entendida como cada

⁹ Publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de abril de 2001.

antecedente de sanción por resolución consentida o que agote la vía administrativa por la comisión de actos u omisiones que constituyan la misma infracción sancionada dentro de los cuatro años anteriores, se agravará la multa base en 20%.

4.4. Daño ambiental

Para que la multa sea lo suficientemente disuasiva, no solo debe considerar el beneficio ilícito obtenido por el administrado sino, también, el valor económico del daño ambiental causado por la infracción. De esta forma, para estimar dicho valor, debe conocerse el Valor Económico Total (VET) asociado al impacto de la actividad infractora.

Para ello, es necesario comprender que los bienes y servicios ambientales tienen una naturaleza distinta a los bienes transados en un mercado de competencia perfecta, por lo que el mercado por sí solo no permite alcanzar una asignación eficiente de los recursos y, como consecuencia, el máximo bienestar de la sociedad.

En efecto, este tipo de bienes y servicios son categorizados en la literatura económica como bienes públicos puros¹⁰ y recursos de uso común¹¹. Los primeros, por lo general, satisfacen dos características básicas: la no exclusión y la no rivalidad. La no exclusión se refiere a que no es posible o es muy caro excluir a los agentes del consumo del bien o servicio. La no rivalidad se refiere a que el consumo de un bien por un determinado individuo no disminuye la cantidad disponible para los demás.

A diferencia de los bienes públicos puros, los recursos de uso común sí son bienes rivales, toda vez que el consumo o la extracción de un bien por parte de un agente económico disminuye la capacidad de consumo o extracción de otro.

Una consecuencia de estas características es que las actividades relacionadas con los bienes y servicios ambientales causan externalidades negativas, en tanto los agentes privados no toman en cuenta en sus decisiones económicas los costos sociales correspondientes a los daños ambientales.

10 SUGDEN, Robert. "Public goods and Contingent Valuation". En BATEMAN, Ian. J. y WILLIS, Kenneth. G (editores), *Valuing Environmental Preferences: Theory and Practice of the Contingent valuation Method in the US, EU and developing countries*. New York: Oxford University Press, 1999, pp. 131-151.

11 OSTROM, Elinor. *The Drama of the Commons*. Washington D.C.: National Academy of Sciences, 2002. pp. 1-37.

Otra característica de estos bienes y servicios es que los derechos de propiedad no están bien definidos. Resulta complejo determinar quién es el propietario de estos, por lo que no es posible garantizar la transferibilidad de los bienes, característica intrínseca de un mercado.

Asimismo, la información que tienen los agentes que desarrollan actividades relacionadas a los bienes y servicios ambientales es imperfecta¹², en la medida en que, por lo general, los individuos no conocen los efectos ambientales de las decisiones privadas de producción y/o de consumo.

Entre los bienes públicos se pueden encontrar el agua de los ríos, el paisaje de un territorio, entre otros. El principal problema en esta clase de bienes consiste en que, al no poder excluir su consumo, es probable que no todos los beneficiarios paguen por el costo de mantenimiento del bien (polizontes), por lo que existen pocos incentivos para su mantenimiento en el tiempo. Esto justifica la intervención del gobierno en esta clase de bienes. Por su parte, entre los recursos de uso común se encuentran los peces del océano, los árboles de los bosques, los animales en un valle, entre otros. El inconveniente con estos recursos es que su sobreexplotación puede destruir la sostenibilidad del ecosistema.

En relación con su valor, si bien muchos de estos bienes y servicios no tienen un precio en el mercado, esto no significa que carezcan de valor para la sociedad, por lo que es posible hallar una aproximación al VET si se consideran todos sus componentes y las preferencias de las personas afectadas. En ese sentido, asignar un valor monetario permite que el agente responsable del impacto negativo internalice los costos originados a la sociedad.

El VET puede ser desagregado en el Valor de Uso (VU) y el Valor de No Uso (VNU). El VU comprende los servicios derivados del uso actual y futuro del bien. En el caso de un bosque, este valor se refiere a la extracción de recursos maderables y no maderables, o al paisaje que brinda a los visitantes. En cuanto al VNU, este consiste en el valor que los individuos le confieren a los bienes y servicios ambientales, al margen que se beneficien o no del uso de los mismos¹³. En ese sentido, el VNU de estos bienes y servicios está asociado al valor que su

12 La asimetría de información se refiere a la situación en la que algunos agentes que poseen información privilegiada pueden, aprovechándose de esta situación, fijar precios, ya sea por encima o por debajo del nivel de equilibrio para poder beneficiarse.

13 ARROW, Kenneth et ál. "Report of the NOAA Panel on Contingent Valuation", *Federal Register* 58 (10), 1993, pp. 4601-4614.

existencia posee para contar con un entorno ambiental sostenible y al valor de la conservación del ambiente como legado para las generaciones futuras.

Para la estimación del VET, la literatura económica dispone de una variedad de métodos de valoración, que se diferencian según el tipo de información utilizada. Así, estos métodos se pueden clasificar en (i) métodos directos de mercado, (ii) métodos indirectos de mercado o de preferencias reveladas y (iii) métodos directos de no mercado o de preferencias declaradas. Los primeros estiman el valor de los bienes y servicios ambientales a partir de la información disponible de precios y cantidades observados en los mercados. En este grupo se encuentran métodos que utilizan los gastos actuales y potenciales relacionados con el impacto de los proyectos, tales como la metodología del cambio en la productividad y el costo de oportunidad.

Los segundos estiman el valor de estos bienes y servicios a partir de los valores de otros bienes o servicios relacionados a él. Entre las principales técnicas de preferencias reveladas destacan las del costo de viaje y precios hedónicos. Su empleo solo permite estimar el valor de uso de los bienes y servicios ambientales, por lo que constituyen por sí mismas una subestimación del VET.

El uso de métodos de preferencias declaradas, en cambio, permite obtener el valor que los individuos le asignan a los bienes y servicios ambientales o la calidad ambiental, a través de los mercados hipotéticos creados para tal fin. En este grupo se encuentra el método de Valoración Contingente, en virtud del cual se construye un escenario hipotético conformado por un mercado donde se provee el bien a valorar, se definen las distintas alternativas, así como los derechos de propiedad; y, finalmente, se pregunta a los individuos por su máxima disposición a pagar (DAP) para obtener una mejora en la calidad o cantidad del recurso.

Este método permite estimar tanto el valor de uso, como el valor de no uso, que puede ser el componente más significativo del VET¹⁴. En ese sentido, los métodos de preferencias declaradas constituyen mecanismos más completos para valorar los bienes y servicios ambientales o los cambios en la calidad de estos. No obstante, el costo de estas técnicas puede resultar muy elevado. En atención a ello, el OEFA ha utilizado la Transferencia de Beneficios como una alternativa costo efectiva para valorar los bienes y servicios ambientales involucrados en una infracción.

14 CARSON, Richard T. y Michael HANEMANN W. "Contingent Valuation". En MALER, Karl-Goran y Jeffrey VINCENT. (editores), *Handbook of Environmental Economics*. Boston: Elsevier, 2005, p. 836.

La técnica de Transferencia de Beneficios consiste en la extrapolación de valores obtenidos mediante alguno de los métodos de valoración descritos, desde el lugar del estudio hasta el lugar de aplicación de política o lugar objetivo. Para ello, el OEFA realiza un análisis riguroso de los estudios disponibles y muestra la factibilidad para transferir los valores de un caso de estudio a un caso práctico.

Este método se puede aplicar de dos maneras: (i) el enfoque de transferencia de valores y (ii) el enfoque de transferencia de funciones. El primero consiste en la aplicación de los resultados estadísticos de la investigación original al contexto de política. Bajo dicho enfoque se requiere que exista una gran similitud entre el sitio de estudio y el sitio de política. Por su parte, el segundo implica la aplicación de una función estadística que relaciona los resultados estadísticos de la investigación original con los detalles específicos de la zona de estudio¹⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, la técnica que el OEFA aplique dependerá de las características particulares de cada caso y de la información disponible para evaluar el valor económico del impacto ambiental.

V. VENTAJAS DE LA METODOLOGÍA

En línea con lo señalado en el artículo “El fortalecimiento de la fiscalización ambiental”¹⁶, la Metodología busca cumplir con los siguientes objetivos: generar una mayor predictibilidad en la aplicación de sanciones, reducir la discrecionalidad administrativa, garantizar el ejercicio del derecho de defensa y disminuir los sobrecostos de los administrados, así como promover la remediación ambiental. Sin perjuicio de ello, desde la perspectiva económica, esta Metodología permite alcanzar, adicionalmente, los siguientes objetivos: coadyuvar a la internalización de las externalidades negativas y fortalecer el esquema de sanciones a través de una eficaz señalización en el mercado.

5.1. Internalización de externalidades negativas

En el contexto de la fiscalización ambiental, las externalidades negativas son aquellos efectos relacionados al impacto negativo sobre el bienestar de otros

15 ROSENBERG, Randall y LOOMIS, John. “Benefit Transfer”. En CHAMP P.; BOYLE Kevin y Thomas BROWN, *A primer on Nonmarket Valuation*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2003, p. 480.

16 GÓMEZ, Hugo y GRANADOS, Milagros. “El fortalecimiento de la fiscalización ambiental”. *Revista de Economía y Derecho*, número 39, Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2013, pp. 43-64.

agentes económicos o la sociedad en su conjunto, generados por los administrados al incumplir las obligaciones ambientales.

Según la literatura económica, estas externalidades constituyen un tipo de fallas de mercado, por las que el libre funcionamiento del mercado no representa un mecanismo adecuado para gestionar eficientemente los bienes y servicios ambientales. En efecto, sin acciones de fiscalización ambiental, el infractor solo consideraría en su decisión de producción los costos privados de la actividad económica que realiza, mas no los costos sociales, por lo tanto, su nivel de producción con la correspondiente generación de contaminación tendería a ser superior al socialmente óptimo.

De ello que resulte necesaria la intervención del Estado para que los administrados internalicen el costo de las externalidades asociadas a los daños ambientales. Esto es posible a través de la imposición de sanciones proporcionales a los daños generados por el infractor.

En este contexto, el diseño de la Metodología aplicada por el OEFA contempla los criterios necesarios para que el cálculo de la multa refleje las externalidades negativas ocasionadas y, en consecuencia, la multa cumpla con ser proporcional al daño ambiental provocado.

5.2. Señalización

En un esquema de principal (agencia de fiscalización ambiental) y agente (administrado), donde ninguno cuenta con información completa sobre el esfuerzo (variable no observable) que realiza cada uno para detectar el incumplimiento y cumplir la normativa ambiental, respectivamente, la amenaza de la entidad fiscalizadora de imponer una multa a quienes no cumplen las obligaciones ambientales puede ser considerada una señal. Como se advierte, el objetivo de esta señal es disuadir el comportamiento infractor y corregir las externalidades negativas.

Para que la señal sea creíble y logre su objetivo, es imperioso que la autoridad fiscalizadora cuente con los instrumentos necesarios para detectar la infracción (equipos adecuados, personal capacitado, infraestructura) y con mecanismos para hacerla cumplir eficazmente (normativa, metodologías, lineamientos). En este último grupo se encuentra la Metodología, como parte del paquete normativo emitido por el OEFA.

VI. APLICACIÓN DE LA METODOLOGÍA

Si bien la Metodología aprobada resulta aplicable a determinadas actividades vinculadas a la mediana y gran minería en virtud de lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 4° de la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD, la Metodología podrá aplicarse supletoriamente en la graduación de sanciones vinculada a las otras actividades que supervisa el OEFA¹⁷.

A continuación, se mostrarán dos casos hipotéticos de cálculo de multa. Como ya se ha mencionado, la fórmula a utilizarse dependerá de la existencia de daño ambiental y la información disponible para determinar su valor.

6.1. Ejemplo con daño ambiental

En este caso, se determinará la multa aplicable a una empresa de hidrocarburos situada en la selva peruana por haber ocasionado un derrame de petróleo (equivalente a 1 500 barriles), que afecta a una laguna de la zona. El incidente ocurrió el 12 de junio de 2012.

De lo actuado en el expediente, se determina que la causa principal del derrame de hidrocarburos consistió en la falla del sistema automático de bombeo y que las concentraciones de hidrocarburos totales de petróleo (TPH) excedían los Estándares de Calidad Ambiental (ECA). El derrame sucedió en el distrito de Trompeteros, en la provincia y departamento de Loreto, y afectó 0,5 hectáreas, así como un total de 1 500 familias. Asimismo, se evidenció la presencia de comunidades nativas y especies de fauna en peligro de extinción cerca de la zona del derrame.

Para el cálculo del beneficio ilícito, se considera un escenario en que la empresa debió haber realizado la inversión necesaria para el mantenimiento oportuno del

17 **Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD, que aprueba la Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de las sanciones, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de marzo de 2013**

“Artículo 4°.- Regla de supletoriedad

En tanto el Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA no apruebe la metodología aplicable para la graduación de sanciones de las infracciones derivadas de las actividades no comprendidas en el ámbito de competencia del Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM, la Metodología aprobada mediante la presente Resolución podrá ser aplicada supletoriamente en la graduación de sanciones correspondientes a dichas actividades”.

sistema automático de bombeo y así evitar el derrame. Este costo fue estimado en S/. 52 981,14 al momento de producirse el incumplimiento.

Para utilizar este monto en el cálculo de la multa es necesario capitalizarlo por un período de 16 meses, desde la detección del incumplimiento hasta el cálculo de multa (junio 2012 - noviembre 2013), considerando el costo de oportunidad estimado en un estudio realizado para el sector. Luego, para hallar dicho valor en soles a noviembre de 2013, se utiliza el tipo de cambio promedio de los últimos 12 meses. Este monto equivale a S/. 64 085,27 o 17,32 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Para la estimación del daño ambiental, se utiliza el método de transferencia de beneficios, que permite aplicar los valores obtenidos en el estudio de valoración contingente, que estimó la disposición a pagar (DAP) en S/. 10,00 mensuales por familia para evitar el daño ambiental de un eventual derrame de hidrocarburos en los distritos de Parinari y Urarinas, en la provincia y departamento de Loreto¹⁸.

Al realizar los ajustes necesarios para transferir este valor al área afectada, se utilizó una DAP de S/. 13,2 por familia. De esta forma, el valor presente de la DAP por familia es S/. 4 032,09 a junio de 2012. Este valor ajustado por inflación a la fecha de cálculo de multa resulta en S/. 4 195,23 por familia. Luego, al considerar el número de familias del distrito Trompeteros, se calculó que la valoración del daño ambiental ascendía a S/. 6 292 847,62.

Sin embargo, al tener en cuenta que la resolución de sanción dispuso el dictado de medidas correctivas conducentes a la recuperación de la laguna, se aplicó solo el 25% de la valorización económica del daño ambiental ocasionado ($\alpha=0.25$). Dicho monto asciende a S/. 1 573 211,91 o equivale a 425,19 UIT.

La probabilidad de detección asignada es de 25%, debido a que la laguna se encontraba en una zona de difícil acceso, por lo que el monitoreo de las actividades de la empresa requería de una considerable inversión de recursos por parte de la autoridad administrativa.

En relación a los factores agravantes, el cálculo de la multa únicamente estima aquellos factores no relacionados directamente con el daño, en la medida en que durante el procedimiento se acreditó la existencia de daño real

18 YPARRAGUIRRE, José. "Valoración económica del daño ambiental ocasionado por derrame de petróleo en la localidad de San José de Saramuro-Loreto". En GLAVE Manuel y Rodrigo PIZARRO (editores). *Valoración Económica de la Diversidad Biológica y Servicios Ambientales en el Perú*. Lima: INRENA/BIOFOR, 2001. p. 451

y fue posible valorizarlo económicamente. En ese sentido, se considera que el daño real se produjo en una zona con una incidencia de pobreza mayor a 78%, por lo que se aplicó un factor agravante de 60% sobre la multa base. Asimismo, se identificó que la empresa era reincidente en el incumplimiento de la normativa ambiental y, en consecuencia, se le aplicó un factor agravante de 20% sobre la multa base. La suma de dichos factores agravantes ascendió a un total de 180%.

Luego de haber determinado cada elemento necesario para el cálculo de la multa, el OEFA procede a la suma del beneficio ilícito y el daño ambiental, y divide el resultado entre la probabilidad de detección. Este valor, finalmente, es multiplicado por la suma de los factores agravantes considerados. El valor de la multa a imponerse, en este caso, ascendió a 3 186,07 UIT.

6.2. Ejemplo sin daño ambiental

Al considerar un escenario hipotético en el cual, una empresa de generación eléctrica incumple con el Plan de Abandono que se comprometió a realizar, se describirá la multa aplicable. En este ejemplo, mediante supervisión regular realizada el 19 de mayo de 2009, se constató que la empresa solo había cumplido con dos de las cinco actividades previstas en el referido plan.

Para el cálculo del beneficio ilícito, el OEFA determinó que la empresa eléctrica debió invertir US\$ 1 150 000,00, tal como se encontraba detallado en el referido plan; sin embargo, solo invirtió US\$ 700 000,00, por la realización de las dos primeras actividades.

En ese sentido, en la determinación del costo evitado por el administrado, únicamente se consideró el costo evitado de las actividades que no fueron realizadas por la empresa, que ascendían a US\$ 450 000,00. Al utilizar el tipo de cambio promedio de los últimos 12 meses previos a la detección de la infracción (junio 2008 - mayo 2009), este importe fue convertido a soles al mes de mayo de 2009. Luego, fue capitalizado por un período de 54 meses, desde la detección del incumplimiento hasta la fecha de cálculo de multa (mayo 2009 - noviembre 2013), considerando el costo de oportunidad para el sector eléctrico establecido en la Ley de Concesiones Eléctricas. El monto resultante ascendía a S/. 2 256 942,35 o 609,99 UIT.

En relación a la probabilidad de detección, se ha considerado una probabilidad media (0,5) debido a que la infracción fue detectada mediante una supervisión regular, la cual es programada por la autoridad en su plan de fiscalización anual.

De otro lado, no se determinó la existencia de factores agravantes y atenuantes, por lo que este factor ascendía a 1 (100%), es decir, la multa no se agravó ni atenuó. Finalmente, el valor de la multa propuesta ascendía a 1 219,98 UIT.

VII. CONCLUSIONES

Una de las principales herramientas de la fiscalización ambiental es el empleo de sanciones, toda vez que estas permiten disuadir la comisión de infracciones ambientales a través de un esquema racional de incentivos económicos. Una sanción es óptima cuando el costo social que involucra la comisión de la infracción se equipara al beneficio privado obtenido por incumplir la normativa, de manera que el administrado no tenga incentivos para incumplir las obligaciones ambientales. En ese sentido, un comportamiento racional de los agentes económicos al momento de decidir cumplir o no con sus obligaciones ambientales implicará evaluar los costos del cumplimiento y los costos del incumplimiento. Si resulta más costoso incumplir la obligación ambiental, el administrado decidirá cumplirla.

En ese contexto, la Metodología permite establecer reglas claras sobre cómo realizar el cálculo de las sanciones, lo que a su vez contribuirá a obtener sanciones predecibles, razonables y que garanticen el derecho de defensa de los administrados.

Según los modelos de penalización, la multa óptima contiene la estimación del daño ocasionado y el esfuerzo que realiza la agencia de fiscalización para detectar las infracciones. Así, la multa óptima será mayor cuando mayor sea el daño ocasionado y menor sea la probabilidad de detectar las infracciones.

El diseño de la Metodología que utiliza el OEFA sigue las recomendaciones de la literatura económica. En efecto, las fórmulas contempladas en la Metodología están conformadas por la multa base, la probabilidad de detección y los factores agravantes y atenuantes. La multa base está compuesta por la suma del beneficio ilícito, relacionado con el valor de las obligaciones ambientales que debieron ser realizadas por el administrado para evitar el incumplimiento y el valor económico del daño, cuyo resultado es dividido entre la probabilidad de detección. Los factores agravantes y atenuantes multiplican a la multa base para complementarla y graduarla, según las particularidades de cada caso.

La Metodología mantiene importantes coincidencias con varias metodologías utilizadas para el cálculo de multas a nivel internacional. Así, los principales componentes considerados para este cálculo, tales como el beneficio ilícito, el valor económico del daño y los factores agravantes y atenuantes son componentes recurrentes en todas las metodologías revisadas.

Es importante destacar que la Metodología permite alcanzar, desde la perspectiva económica, los siguientes objetivos: coadyuvar a la internalización de las externalidades negativas y fortalecer el esquema de sanciones a través de una eficaz señalización en el mercado.

Finalmente, los ejemplos descritos en el presente artículo evidencian la aplicación de la Metodología en el marco de la tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de la DFSAI, de acuerdo a las características puntuales de cada caso, pero siempre orientada a la determinación de sanciones consistentes y flexibles.

ANEXO 1

País	Agencia de Fiscalización Ambiental	Fórmula para el cálculo de la multa	Valorización económica del daño	Factores
Canadá - Estado de Ontario ¹⁹	Ministry of Environment	<p>Multa = Beneficio Monetario + ((componente multi-día*gravedad]-modificadores)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Beneficio Monetario: Beneficio Ilícito. • Componente multi-día*gravedad: Cuando la infracción dura más de un día, el organismo regulador se encarga de definir el componente de gravedad por cada día que la infracción continúe. • Modificadores: Factores atenuantes. 	<p>No se realiza una valorización del daño como parte de la multa, sino que se encuentra el componente multi día*gravedad que depende del tiempo que duró la infracción y la gravedad, cuyos componentes son:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Historial de infracción del acusado. • No contar con membresía en el Programa de Líderes Ambientales de Ontario. • Exceso de Límites Máximos Permisibles en sustancias tóxicas. • Subsanción incompleta. 	<p>Factores atenuantes</p> <ul style="list-style-type: none"> • Medidas preventivas. • Mitigación del daño.

¹⁹ MINISTRY OF ENVIRONMENT - ONTARIO, *Guideline for Implementing Environmental Penalties*. Ontario: Queen's Printer for Ontario, 2012.

Chile ²⁰	Superintendencia del Medio Ambiente (SMA)	<p>Las infracciones se dividen en tres grandes grupos: leves, graves y gravísimas. Se calcula la multa según:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Importancia del daño causado o peligro ocasionado. • Número de personas afectadas. • Beneficio económico obtenido. • Intencionalidad de la infracción. • Conductas anteriores y capacidad económica del infractor. • Daño ocasionado a un área silvestre protegida del Estado. <p>No hay una fórmula planteada por la SMA.</p>	<p>No se realiza una valorización del daño como parte de la multa.</p> <p>Se considera el daño como parte de la determinación de la gravedad de la multa: leves, graves y gravísimas.</p>	<p>Factores agravantes</p> <ul style="list-style-type: none"> • Intencionalidad. • Grado de participación. • Conducta negativa Anterior. • Detrimiento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado. • Conducta negativa posterior. • Otros factores. <p>Factores atenuantes</p> <ul style="list-style-type: none"> • Capacidad económica. • Colaboración en fiscalización. • Otros factores.
Colombia ²¹	Ministerio del Ambiente	<p>Multa = $\beta + [(\alpha * i) * (1 + A) + Ca] * Cs$</p> <p>$\beta$: Beneficio ilícito α: Factor de temporalidad A: Circunstancias agravantes y atenuantes Ca: Costos asociados i: Grado de afectación ambiental y/o evaluación del riesgo Cs: Capacidad socioeconómica del infractor.</p>	<p>No se realiza una valorización del daño como parte de la multa sino se encuentra el grado de la afectación ambiental y/o evaluación del riesgo, para lo cual se considera:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acciones impactantes • Persistencia • Extensión • Intensidad • Temporalidad 	<p>Factores agravantes</p> <ul style="list-style-type: none"> • Reincidencia. • Que la infracción genere daño ambiental grave. • Atentar contra recursos naturales ubicados en áreas protegidas, o declarados en alguna categoría de amenaza o en peligro de extinción. • Realizar la acción u omisión en áreas de especial importancia ecológica.

20 Ley N° 20417 - Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente, publicado el 26 de enero de 2010.

21 MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL, Metodología para el cálculo de multas por infracción a la normativa ambiental: Manual conceptual y procedimental, Bogotá; Universidad de Antioquía.

			<ul style="list-style-type: none"> • Bienes de protección • Impacto social • Recuperabilidad/ reversibilidad 	<ul style="list-style-type: none"> • Obstaculizar la acción de las autoridades ambientales. • El incumplimiento de las medidas preventivas. <p>Factores atenuantes</p> <ul style="list-style-type: none"> • Confesión a la autoridad. • Mitigar por iniciativa propia. • Que la infracción no genere daño ambiental.
Costa Rica ²²	Tribunal Administrativo Ambiental	Está sujeta a la valoración económica ambiental de los bienes y/o servicios afectados por la infracción	<p>Se utilizan metodologías clásicas de valoración económica ambiental del acuerdo al siguiente procedimiento:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Listado de los bienes y/o servicios ambientales afectados. 2. Listado de las acciones impactantes. 3. Estimación de la magnitud del daño. 4. Aplicación de los métodos tradicionales de valoración económica ambiental para cada uno de los bienes y/o servicios afectados. 	No existen factores atenuantes y/o agravantes

²² USAID, *Manual de juzgamiento de los delitos ambientales - República de Costa Rica*. Costa Rica, 2010.

<p>Estados Unidos²³</p>	<p>Environmental Protection Agency</p>	<p>Multa =β+G+M±A</p> <p>β: Beneficio económico de la empresa infractora G: Factor de gravedad de los daños ambientales producto de las infracciones M: Componente multidia A: Factor de Ajuste por agravantes o Atenuantes</p>	<p>El factor de gravedad de los daños ambientales está compuesto por: Daño potencial: Compuesto por el riesgo humano o ambiental, gravedad potencial de contaminación y/o la evaluación de daño potencial. El alcance de la desviación de la normativa.</p>	<p>Factores agravantes</p> <ul style="list-style-type: none"> • Falta de buena fe para cumplir la normativa. • Grado de intencionalidad y/o negligencia. • Antecedentes de incumplimiento. <p>Factores de atenuantes</p> <ul style="list-style-type: none"> • Esfuerzos de buena fe para cumplir la normativa. • Capacidad de pago. • Proyectos ambientales que se realizarán por el infractor.
<p>Reino Unido²⁴</p>	<p>Environmental Agency</p>	<p>Multa = (Beneficio Financiero + Disuasivo) – Costo de Reducción</p> <ul style="list-style-type: none"> • Beneficio Financiero: Costos evitados, ahorro de los costos operativos y ganancia financiera por operar con costos menores. • Disuasivo: (Punto de Comienzo por suma de Factores Agravantes) – Mitigación <p>- Punto de Comienzo: Dependerá de la gravedad de la multa, puede ser el beneficio financiero, los costos</p>	<p>No se realiza una valorización del daño como parte de la multa, se considera como parte de los factores agravantes de la multa.</p>	<p>Factores agravantes</p> <ul style="list-style-type: none"> • Dolo. • Historia. • Actitud. • Previsibilidad y riesgo de daño ambiental. <p>Factores mitigantes</p> <ul style="list-style-type: none"> • Medidas preventivas. • Cooperación con la Agencia Ambiental. • Autorreporte. • Remediación y restauración inmediata y voluntaria

23 ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, *RCRA Civil Penalty Policy*, Estados Unidos, 2003.

24 ENVIRONMENT AGENCY, *Enforcement and Sanctions - Guidance*. Reino Unido, 2010.

		<p>de remediación o la pena máxima con la que se puede sancionar.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Factores Agravantes. - Mitigación: Factores atenuantes. <p>• Costo de reducción: costo de cumplir con un la restauración del impacto ambiental.</p>		
Perú ²⁵	Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental	<p>Multa = $((B+\alpha D)/p) \cdot [F^{*}]$</p> <p>B = Beneficio ilícito (obtenido al incumplir la norma) α = Proporción del daño estimado (25%) D = Valor estimado del daño p = Probabilidad de detección F* = Suma de factores agravantes y atenuantes (1+f2+f3+f4+f5+f6+f7).</p>	Para la valorización del daño se utilizan los métodos tradicionales de valoración económica de los bienes y/o servicios ambientales afectados.	<p>Factores agravantes y atenuantes</p> <ul style="list-style-type: none"> • Impacto y la extensión del daño potencial o real. • Perjuicio económico causado. • Aspectos ambientales o fuentes de contaminación • Reincidencia o incumplimiento reiterado. • Subsanación voluntaria. • Adopción de medidas necesarias para revertir las consecuencias de la conducta infractora. • Intencionalidad en la conducta del infractor.

²⁵ Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Metodología para el Cálculo de las Multas Base y la Aplicación de los Factores Agravantes y Atenuantes a Utilizar en la Graduación de Sanciones.

BIBLIOGRAFÍA:

AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL - USAID

2010 *Manual de juzgamiento de los delitos ambientales - República de Costa Rica*. Costa Rica: USAID. Consulta: 01 de noviembre de 2013 <<http://www.pgr.go.cr/servicios/juzgacr.pdf>>

ARROW, Kenneth et ál.

1993 “Report of the NOAA Panel on Contingent Valuation”, *Federal Register*. Pittsburgh, volumen 58, número 10, pp. 4601-4614.

BECKER, Gary.

1968 “Crime and Punishment: An Economic Approach”. *Journal of Political Economy*. Chicago, volumen 76, número 2, pp. 169-271.

CARSON, Richard T. y Michael HANEMANN W.

2005 “Contingent Valuation”. En MÄLER, Karl-Goran y Jeffrey VINCENT (editores), *Handbook of Environmental Economics*. Segunda edición. Boston: Elsevier. pp.822-920.

GÓMEZ, Hugo y Milagros GRANADOS

2013 “El fortalecimiento de la fiscalización ambiental”. *Revista de Economía y Derecho*, volumen 10, número 39, Lima, pp. 43-64.

MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL

2010 *Metodología para el cálculo de multas por infracción a la normativa ambiental: Manual conceptual y procedimental*. Bogotá: Universidad de Antioquia. Consulta: 20 de noviembre de 2013. <http://www.minambiente.gov.co/documentos/DocumentosBiodiversidad/licencias/Varios/res_2086_251010_metod_multas_licencias.pdf>

ONTARIO MINISTRY OF THE ENVIRONMENT

2012 *Guideline for Implementing Environmental Penalties*. Ontario: Queen’s Printer for Ontario. Consulta: 01 de noviembre de 2013 <http://www.ene.gov.on.ca/stdprodconsume/groups/lr/@ene/@resources/documents/resource/std01_079164.pdf>

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT

2009 *Determination and application of administrative fines for environmental offences: Guidance for Environmental Enforcement Authorities in EECCA*

Countries. Paris: OECD Publishing. Consulta: 1 de noviembre de 2013.
<<http://www.oecd.org/env/outreach/42356640.pdf>>

OSTROM, Elinor

2002 *The Drama of the Commons*. Washington D.C.: National Academy of Sciences.

ROSENBERG, Randall y John LOOMIS

2003 “Benefit Transfer”. En CHAMP Patricia, Kevin BOYLE y Thomas BROWN. *A primer on Nonmarket Valuation*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, pp. 445-482.

STIGLER, George

1970 “The Optimum Enforcement of Laws”. *Journal of Political Economy*. Chicago, volumen 78, pp. 526-536.

SUGDEN, Robert

1999 “Public goods and Contingent Valuation”. En BATEMAN, Ian y Kenneth WILLIS (editores), *Valuing Environmental Preferences: Theory and Practice of the Contingent valuation Method in the US, EU and developing countries*. New York: Oxford University Press. pp. 55-67.

YPARRAGUIRRE, José

2001 “Valoración económica del daño ambiental ocasionado por derrame de petróleo en la localidad de San José de Saramuro-Loreto”. En GLAVE Manuel y Rodrigo PIZARRO (editores). *Valoración Económica de la Diversidad Biológica y Servicios Ambientales en el Perú*. Lima: INRENA/BIOFOR. pp. 439-472.

EL DEBER JURÍDICO DE RESTAURACIÓN AMBIENTAL

HUGO R. GÓMEZ APAC(*)

Sumario

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

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

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

2 Constitución Política del Perú

“Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

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

(...).”

(Negrilla agregada)

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

“Título III, del Régimen Económico

Capítulo II, del Ambiente y los Recursos Naturales

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. DE LA RESTAURACIÓN AMBIENTAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

13 *Ibidem*, p. 87.

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)”.

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

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

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

(...)

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

(...)”.

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)”.

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

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

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

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

22 Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente

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

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

23 Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente

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

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

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

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

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

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

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

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

5.1 Restauración de pasivos ambientales de hidrocarburos

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

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

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

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

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

25 Publicada el 17 de noviembre de 2007.

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

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

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

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

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

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

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

5.2 Restauración de pasivos ambientales mineros

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

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

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

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

28 Publicada el 6 de julio de 2004.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VII. LA RESTAURACIÓN AMBIENTAL ADMINISTRATIVA Y LA JURISDICCIONAL

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

7.1. Responsabilidad civil

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

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

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

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

7.2. Responsabilidad administrativa

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

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

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

37 Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente

“Artículo 135°.- Del régimen de sanciones

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

38 Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente

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

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

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

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

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

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

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

“Artículo 232°.- Determinación de la responsabilidad

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

⁴⁰ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 232°.- Determinación de la responsabilidad

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

(...)”.

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

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

(...)”

(Negrilla agregada)

VIII. LAS MEDIDAS CORRECTIVAS DE RESTAURACIÓN Y COMPENSACIÓN AMBIENTAL

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

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

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

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

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

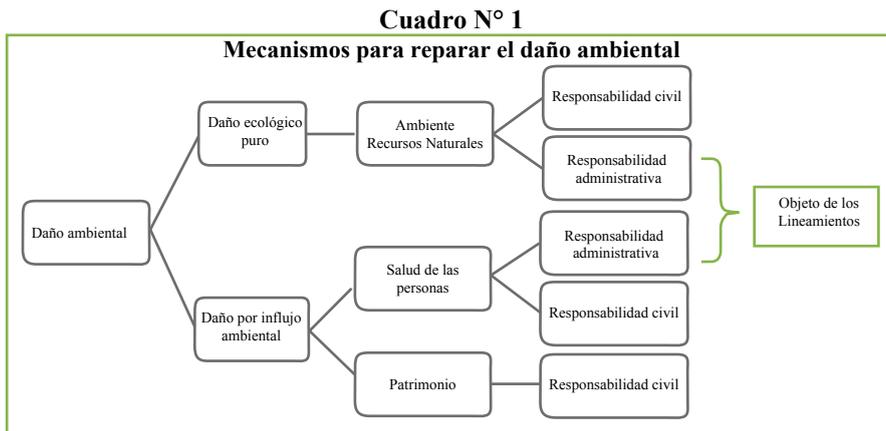
reforestación de un bosque que ha sido afectado por la infracción ambiental o como medida de reparación la limpieza de una laguna que ha sido parcialmente contaminada por un derrame de petróleo.

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

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

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

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



Elaboración: OEFA.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

X. EJEMPLO DE MEDIDA CORRECTIVA DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) Etapa de presentación a la comunidad:

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

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

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

b) Etapa de diagnóstico y recuperación de suelos:

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

c) Etapa de ejecución:

c.1. Desarrollo e implementación del estudio hidrogeológico

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

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

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

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

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

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

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

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

XI. CONCLUSIONES

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

d) Acreditación del cumplimiento y fiscalización del OEFA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA:

DANÓS, Jorge et ál. (Coordinadores)

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

CANOSA, Raúl

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

CARABIAS, Julia, Vicente ARRIAGA y Virginia CERVANTES

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

LAS MEDIDAS CORRECTIVAS DE RESTAURACIÓN Y COMPENSACIÓN AMBIENTAL

[Análisis a propósito de la publicación de los Lineamientos aprobados por el OEFA para su aplicación]

MAURICIO CUADRA MORENO
JERRY ESPINOZA SALVATIERRA

Sumario

Este artículo explica el contexto y el fundamento legal nacional e internacional de la restauración ambiental, así como la diferente naturaleza jurídica de las sanciones y las medidas correctivas, ya que estas últimas buscan la reposición de una situación alterada. La reposición al estado anterior que busca la medida correctiva se consigue a través de la restauración y la compensación ambiental, que es comentada al amparo de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente y la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, modificada mediante Ley N° 30011. Asimismo, se comentan los Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas de restauración o compensación ambiental que aplica el OEFA, en virtud de la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD.

I. Introducción. II. Análisis de contexto: El equilibrio entre desarrollo económico y el deber de protección ambiental en el contexto internacional. III. Fundamento constitucional y legal de la restauración ambiental. IV. La naturaleza jurídica de las medidas correctivas. V. La restauración y la compensación ambiental en el Perú. VI. Las medidas correctivas de restauración y compensación ambiental en la LGA y Ley del SINEFA. VII. Lineamientos aprobados por el OEFA para la aplicación de las medidas correctivas de restauración o compensación ambiental. VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La protección del ambiente es un tema vigente. Lo ha sido siempre. Es quizá la preocupación que acompañará al ser humano hasta su extinción, la que probablemente se origine por su incapacidad para aminorar los impactos que realizan sus actividades al ambiente.

Los Estados no son ajenos a esta problemática. Sobre ellos recae la obligación de garantizar que sus habitantes gocen de un entorno saludable para su desarrollo. En ese sentido, resulta necesario que las legislaciones internas regulen adecuadamente las actividades económicas de los particulares, sancionando aquellas conductas que atentan contra el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas.

Si bien resulta oportuno que las sanciones –sean de naturaleza penal o administrativa– disuadan o desincentiven la comisión de delitos o infracciones administrativas contra el ambiente, es sumamente necesario que el Estado propicie que los daños o impactos negativos originados sean revertidos, o reducidos, por aquellos que los originaron.

El Estado peruano no se encuentra exento de estas obligaciones. Por este motivo, el presente artículo aborda la regulación respecto del dictado de las medidas administrativas que permiten la restauración o compensación del ambiente, analizando su naturaleza jurídica, fuente y origen, así como contextualizando las acciones que ha emprendido la entidad encargada de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones ambientales en el Perú para esclarecer su aplicación.

II. ANÁLISIS DE CONTEXTO: EL EQUILIBRIO ENTRE DESARROLLO ECONÓMICO Y EL DEBER DE PROTECCIÓN AMBIENTAL EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Con el objeto de destacar que la preocupación de los Estados sobre la protección al ambiente no es un tema completamente novedoso, es oportuno advertir que la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo, 1972) establecía un derecho del hombre a “*condiciones de vida satisfactorias en un ambiente cuya calidad le permita vivir con dignidad y bienestar*”. Como contrapartida a este derecho, el dispositivo en cuestión reconoce además el “*deber solemne de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras*”¹.

Dentro de ese contexto, los Estados Americanos ratificaron su compromiso respecto de la necesidad de propiciar el desarrollo sostenible. Así, en el marco de una importante cumbre internacional señalaron que “[e]l progreso social y la prosperidad económica solo se pueden mantener si nuestros pueblos viven

1 DECLARACIÓN DE ESTOCOLMO. Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente humano (Estocolmo, Suecia, 5-16 de junio de 1972).

en un entorno saludable y nuestros ecosistemas y recursos naturales se utilizan cuidadosamente y de manera responsable”².

En ese sentido, las decisiones de las instituciones interamericanas han recogido los valores fundamentales de la comunidad internacional, otorgando reconocimiento a la importancia del desarrollo económico con el deber de asegurar que los derechos humanos y la protección del medio ambiente sean respetados. De esta manera, la concepción de “desarrollo sostenible” que se adoptó en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo³ refleja adecuadamente estos intereses, que deben ser considerados por los Estados al momento de evaluar la actuación de los particulares que ejercen actividades económicas en su jurisdicción, protegiendo al ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas que habitan en sus territorios. No es posible lograr alguno de estos tres objetivos –la protección del medio ambiente, el desarrollo económico y el respeto de los derechos humanos– sin tomar en consideración los otros dos⁴.

Bajo ese marco general, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los Estados deben tomar ciertas medidas positivas para salvaguardar la vida y la integridad física de las personas. Así, por ejemplo, se ha destacado que la contaminación ambiental grave puede presentar una amenaza a la vida y la salud del ser humano, y en ese caso puede dar lugar a la obligación del Estado de tomar medidas razonables para evitar dicho riesgo, o las medidas necesarias para responder cuando las personas han sido lesionadas⁵.

2 DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS SOBRE EL DESARROLLO Y PROSPERIDAD DE LAS AMÉRICAS. En diciembre de 1994 (Miami - USA) se celebró la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno americanos, con excepción de Cuba, la primera de estas características desde 1967. La cumbre acordó un Plan de Acción basado en una declaración de principios sobre el desarrollo y prosperidad de las Américas, declaración que contuvo mención expresa a la protección del medio ambiente.

3 Los Principios 3 y 4 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, adoptada en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, Brasil, 3-14 de junio de 1992).

4 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador, OEA/SerieL/V/II.96, doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997.

5 SHELTON, Dinah. “Derechos ambientales y obligaciones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*. En: <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11486/11847>. (Consultado el 16 de noviembre de 2013).

De esta obligación proviene la necesidad de que los Estados regulen la actuación de los particulares que se encuentran en su territorio y, en estricto sentido, de las actividades económicas que realizan y que podrían tener un impacto negativo significativo en el ambiente, **sancionando y disponiendo oportunamente su restauración.**

III. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA RESTAURACIÓN AMBIENTAL

El Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú reconoce el derecho fundamental de todo ciudadano a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida⁶. En ese sentido, con la finalidad de que los ciudadanos ejerzan efectivamente este derecho, el Estado peruano implementa políticas para controlar la actuación de los particulares que realizan acciones que podrían impactar negativamente al ambiente. Esto implica que el Estado previene la generación de un daño ambiental, tanto en la etapa previa (*ex ante*) o posterior (*ex post*) al inicio de una actividad económica, esto es, en la etapa de certificación o fiscalización ambiental, respectivamente.

En el ámbito de la fiscalización ambiental (escenario de este artículo), en el año 2008, se dispuso la creación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)⁷, institución técnica, especializada, adscrita al Ministerio del Ambiente, encargada de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental.

6 Constitución Política del Perú

“Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

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

(...)”.

(Negrilla agregada)

7 Decreto Legislativo N° 1013 - Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente

(...)

Segunda Disposición Complementaria Final.- Creación de organismos públicos adscritos al Ministerio del Ambiente

I. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

Créase el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, como organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, constituyéndose en pliego presupuestal, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental que corresponde.

(...)”.

Con la finalidad de fortalecer y garantizar la eficacia de la fiscalización ambiental en el país, a través de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, la Ley del SINEFA), recientemente modificada por la Ley N° 30011, se crea un sistema funcional para que el OEFA pueda supervisar el cumplimiento de las obligaciones ambientales por parte de las personas naturales o jurídicas y para que, además, pueda verificar –como ente rector de dicho Sistema– el cumplimiento de las funciones de fiscalización ambiental a cargo de diversas entidades de la Administración Pública.

La norma antes citada establece que, en ejercicio de su función fiscalizadora y sancionadora, el OEFA se encuentra facultado para dictar medidas correctivas⁸, recogiendo en su Artículo 22°, las reglas generales para su aplicación⁹.

8 **Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental**
“Artículo 11°.- Funciones Generales

11.1. *El ejercicio de la fiscalización ambiental comprende las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización y sanción destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables establecidas en la legislación ambiental, así como de los compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental y de los mandatos o disposiciones emitidos por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), en concordancia con lo establecido en el artículo 17, conforme a lo siguiente:*

(...)

c) Función fiscalizadora y sancionadora:* comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y la de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones y compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental, de las normas ambientales, compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidos por el OEFA, en concordancia con lo establecido en el artículo 17. **Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas.*

(...”).

(Negrilla agregada)

9 **Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental**
“Artículo 22°.- Medidas correctivas

22.1. *Se podrán ordenar las medidas correctivas necesarias para revertir, o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas.*

22.2. *Entre las medidas que pueden dictarse se encuentran, de manera enunciativa, las siguientes:*

a) *El decomiso definitivo de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción.*

b) *La paralización o restricción de la actividad causante de la infracción.*

c) *El cierre temporal o definitivo, parcial o total, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la presunta infracción.*

En ese sentido, a partir de la sección siguiente se abordará la naturaleza jurídica de las medidas correctivas en el Derecho Administrativo, entre otras instituciones jurídicas, con la finalidad de analizar posteriormente los Lineamientos que aprobó el OEFA para el dictado de aquellas orientadas a restaurar o compensar los daños producidos al ambiente.

IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS

Para entender la finalidad del dictado de una medida correctiva se debe, en principio, internalizar que estas se emiten en el marco de la función de “policía” de la Administración Pública de velar por la legalidad o, en otros términos, de tutelar el cumplimiento del ordenamiento jurídico y que ello, a su vez, repercute en el interés general de los ciudadanos¹⁰.

d) *La obligación del responsable del daño a restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso, y de no ser posible ello, la obligación a compensarla en términos ambientales y/o económica.*

e) *Otras que se consideren necesarias para revertir o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas.*

f) *Otras que se consideren necesarias para evitar la continuación del efecto nocivo que la conducta infractora produzca o pudiera producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas.*

22.3. *Las medidas correctivas deben ser adoptadas teniendo en consideración el Principio de Razonabilidad y estar debidamente fundamentadas. La presente norma se rige bajo lo dispuesto por el artículo 146 de la Ley del Procedimiento Administrativo General en lo que resulte aplicable.*

22.4. *El incumplimiento de una medida correctiva por parte de los administrados acarrea la imposición automática de una multa coercitiva no menor a una (1) UIT ni mayor a cien (100) UIT. La multa coercitiva deberá ser pagada en un plazo de cinco (5) días, vencido el cual se ordenará su cobranza coactiva.*

22.5. *En caso de persistirse el incumplimiento se impondrá una nueva multa coercitiva, duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa coercitiva impuesta, hasta que se cumpla con la medida ordenada”.*

10 *“Las fuentes del poder de policía están en la Constitución, en las leyes y en los reglamentos y tienden a la protección integral de los derechos esenciales, por ende, sus límites están en la normatividad, es decir, el respeto a la normatividad. Precizando un enfoque desde el origen del poder de policía en Francia, su evolución europea en Alemania, amerita que estudiemos la concepción del maestro ANDRE DE LAUBADERE, que considera el poder de policía, una intervención de la administración a la que llama policía administrativa, que ejercen algunas autoridades administrativas. Señala que su objeto, es imponer limitaciones a las libertades de los individuos con el propósito de asegurar el orden público. Estas limitaciones se originan por las leyes que van regulando, por ejemplo la libertad individual, la libertad de culto, la libertad de prensa, etc., pero dentro del marco de cada una de éstas, existe una potestad administrativa y que constituyen a su juicio la policía administrativa. Concluye diciendo que el poder de policía se define por su fin, que es velar por la integridad, la seguridad o la salubridad pública, es decir, la ausencia de desórdenes y perturbaciones, que no haya riesgo de accidentes o enfermedades”.*

CERVANTES, Dante. *Manual de Derecho Administrativo*. 6ª ed. Lima: Rodhas, 2000, p. 132.

Sobre el particular, de la redacción del Artículo III del Título Preliminar de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG), se infiere que la actuación de la Administración Pública debe tener como directriz la protección del interés general (público) y procurar el respeto del ordenamiento constitucional y jurídico en general¹¹.

En efecto, las medidas correctivas pretenden que las situaciones de ilegalidad en las que se han visto envueltos los ciudadanos y que generaron un efecto pernicioso en sociedad sean revertidas de forma tal que se retorne a la situación fáctica anterior a la comisión de la ilegalidad. En esa línea, el Artículo 232° de la LPAG señala que la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior es una medida compatible con el acto administrativo sancionador¹².

Como puede apreciarse, si bien las medidas correctivas imponen una carga al administrado cuya conducta generó una situación de ilegalidad –lo que sucede de manera similar con las sanciones administrativas– estas poseen una naturaleza distinta a las sanciones, debido a que su efecto es buscar la reposición de una situación alterada. Sin perjuicio de ello, esta distinción no siempre resulta absolutamente clara.

Para desentrañar esta situación, es importante señalar que una sanción administrativa pretende imponer una carga o castigo en los administrados por incurrir en una actitud que infringe la legalidad. Este castigo se manifiesta de manera inmediata y no repercute de manera directa en el interés público. Así, por ejemplo, una sanción pecuniaria impuesta a un administrado determinado lo afecta de manera directa y particular; empero, visto desde un espectro más amplio, también lo desincentiva a cometer un ilícito que genere efectos en la sociedad.

Bajo ese contexto, a través de una sanción administrativa, podría obtenerse desincentivos para que los particulares no cometan ilícitos que potencialmente

11 **Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General**

“Artículo III.- Finalidad

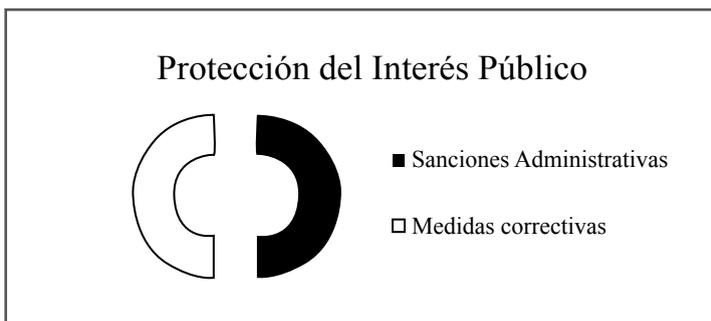
La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general”.

12 **Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General**

“Artículo 232°.- Determinación de la responsabilidad

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

pueden afectar o repercutir en la sociedad; sin embargo, esta no consigue reponer una situación de hecho modificada, lo que sí ocurre con las medidas correctivas. En este sentido, resulta válido afirmar que la aplicación de la potestad sancionadora de la Administración no resulta suficiente para tutelar el interés público. En ese punto radica la importancia de las medidas correctivas, ya que a través de ellas, se consigue cerrar el círculo de la protección del interés público, al lograr que los administrados tengan desincentivos para la comisión de conductas infractoras que potencialmente afectarán a la sociedad (efectos de la sanción administrativa) y al revertir las consecuencias directas de la comisión de dichas conductas.



Fuente: Elaboración propia

Dentro de ese orden de ideas, corresponde indicar que la imposición de medidas correctivas –al igual que cualquier disposición y mandato de la Administración Pública– debe emitirse cumpliendo parámetros de razonabilidad pues, de lo contrario, se desnaturalizaría su finalidad.

Por ejemplo, podría ocurrir que una medida correctiva no guarde relación con el efecto ocasionado por la comisión de una infracción y, en este caso, no se lograría tutelar el interés público ya que se estaría dictando una medida que no lograría colocar al bien jurídico afectado en la misma situación en la que se encontraba con anterioridad de la comisión de la infracción.

De la misma forma, podría ocurrir que en el marco del dictado de una medida correctiva, esta no solo revierta el estado de las cosas a una situación anterior de la comisión de la infracción sino, también, que otorgue beneficios adicionales a la sociedad que antes no poseía. En este caso, la medida correctiva dictada tendría un matiz indemnizatorio, lo cual excede las facultades conferidas a la Administración Pública, al ser esta una facultad inherente de las instancias judiciales, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 232° de la LPAG, antes citado.

Bajo ese contexto –y sobre la base de los argumentos expuestos– surge la siguiente pregunta ¿qué ocurre cuando no es posible revertir los efectos de la conducta infractora al momento anterior de su comisión? En este caso, la medida correctiva dictada debería otorgar beneficios que resulten equivalentes y proporcionados considerando la situación anterior. Debe aclararse que, a través de este tipo de medidas correctivas “compensatorias”, no se busca indemnizar a los afectados por la comisión de la infracción sino se pretende colocarlos en una situación equivalente a la que se encontraban con anterioridad a la generación de efectos de la conducta infractora.

Ahora bien, si a través de una medida correctiva “compensatoria” se otorga beneficios que resulten desproporcionados, considerando la situación anterior en la que se encontraba un bien jurídico afectado, nuevamente la medida correctiva tendría un matiz indemnizatorio, facultad con que no cuenta la Administración Pública en el Perú.

En buena cuenta, se puede afirmar –conforme a lo indicado en el Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG– que para el dictado de una medida correctiva es indispensable que se mantenga 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 cometido¹³.

V. LA RESTAURACIÓN Y LA COMPENSACIÓN AMBIENTAL EN EL PERÚ

La “reposición al estado anterior” detallada en el acápite precedente es un concepto amplio y, como tal, debe ser precisado en sus alcances. Así, un sector de la doctrina nacional ha denominado a las medidas correctivas bajo análisis “medidas de reposición”, señalando que entre ellas se encuentran los mandatos de cierre de locales sin licencia, la orden de cese de una publicidad engañosa, los comisos

13 Ley Nº 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo 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.

(...)”.

de bienes y la **restauración ambiental**¹⁴. No obstante, como ya se ha analizado, existen situaciones en las que resulta imposible establecer una medida correctiva que conlleve a reponer una situación exactamente a su estado anterior, motivo por el cual debe considerarse entre las “medidas de reposición” al dictado de medidas de **compensación ambiental**.

Para entender los alcances de la restauración y de la compensación ambiental, es oportuno conceptualizar el “daño ambiental” como generador natural e inmediato de la restauración y la compensación.

El Artículo 142° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente (en adelante, la LGA) indica que debe entenderse por daño ambiental, todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales¹⁵. Así, a través del citado daño se afecta el ambiente o sus componentes, es decir, este se materializa en concreto en elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida¹⁶.

Es pertinente señalar que el daño ambiental puede manifestarse de manera gradual. Este es el caso de los contaminantes que se lanzan al ambiente y que provocan, únicamente a través del paso del tiempo, enfermedades en poblaciones expuestas.

14 MORÓN, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2008, p. 676.

15 **Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente**

“Artículo 142°.- De la responsabilidad por daños ambientales

(...)

142.2. Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales”.

16 **Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente**

“Artículo 2°.- Del ámbito

(...)

2.3. Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al ‘ambiente’ o a ‘sus componentes’, comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural antropogénico que en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.”

Asimismo, dicho artículo menciona que la causa del daño ambiental no siempre puede ser atribuida a la acción humana. En efecto, podría darse el caso de un aluvión que destruya una comunidad y sus áreas de pastoreo, caso en el cual el daño al ambiente se efectivizó y, por tanto, se tendría que enfrentar, sin que pueda ser atribuido a acción humana alguna.

En una línea similar al caso peruano, la legislación del Reino Unido ha establecido que el daño ambiental se manifiesta a través de (i) daños a las especies y hábitats naturales protegidos, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies; (ii) los daños a las aguas, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico de las aguas; (iii) los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana debido a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo¹⁷.

Para otro sector de la doctrina, el daño ambiental puede clasificarse en dos tipos: (i) **el daño ecológico puro**, que refiere al daño al ambiente y los recursos naturales. En este tipo solo hay afectación a los bienes jurídicos ambientales; y (ii) **daño por influjo ambiental**, que refiere principalmente a la afectación de la salud de las personas como consecuencia de la contaminación ambiental¹⁸.

Después de determinar los alcances del daño ambiental para la legislación peruana, es oportuno definir el concepto de **restauración ambiental**. Al respecto,

17 ENVIRONMENTAL PROTECTION. "The environmental damage (Prevention and Remediation) Regulations 2009". Statutory Instruments.
<<http://www.legislation.gov.uk/uksi/2009/153/introduction/made>> (Consultado el 15 de diciembre de 2013).

18 GONZÁLEZ, José Juan. *La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina*. México D. F.: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. 2003. p. 26. SANDS, Philippe, *Principles of International Environmental Law*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, p. 876. LOZANO, Blanca. *Derecho Ambiental Administrativo*. Madrid: Dykinson, 2009, p. 92.

Corresponde señalar que esta misma clasificación ha sido recogida por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA en sus Lineamientos para la Aplicación de las Medidas Correctivas previstas en el Literal d) del Numeral 22.2 del Artículo 22° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD, publicada el 22 de marzo de 2013.

la Sociedad Internacional para la Restauración Ecológica (SER) en su documento de trabajo *Principios de SER Internacional sobre la restauración ecológica* ha indicado que la restauración ecológica es el proceso de ayudar el restablecimiento de un ecosistema que se ha degradado, dañado o destruido¹⁹.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha indicado que, para verificar el vínculo existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, debe considerarse, entre otros, el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados²⁰.

En esa misma línea, en el Artículo IX del Título Preliminar de la LGA se determina que el causante de la degradación ambiental está obligado inexcusablemente a adoptar medidas de restauración²¹.

No debe perderse de vista que la restauración ambiental se previene, incluso, antes de que una empresa termine sus operaciones, como es el caso de los Planes de Cierre de Actividades²² que buscan que, al cierre de las actividades o instalaciones de una empresa, no subsistan impactos ambientales negativos de carácter significativo.

19 GRUPO DE TRABAJO SOBRE CIENCIA Y POLÍTICAS, *Principios de SER Internacional sobre la restauración ecológica*. (Versión 2: octubre de 2004).

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

21 Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente

“Artículo IX.- Del principio de responsabilidad ambiental

El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar”.

22 Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente

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

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

En ese orden de ideas y hasta este punto, resulta válido afirmar acerca de la restauración ambiental, lo siguiente:

- (i) Es la consecuencia directa de la configuración de un daño ambiental;
- (ii) Resulta un elemento imprescindible de evaluar al momento de efectuar una ponderación entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado;
- (iii) Debe ser prevenido antes de la realización de una actividad económica;
- (iv) Su aplicación es generalmente desarrollada en Planes de Cierre; y,
- (v) Es de obligatorio cumplimiento por parte del generador del daño ambiental.

Por su parte, al igual que la restauración, la compensación ambiental ha sido directamente recogida en la LGA bajo el **principio de responsabilidad ambiental**, según el cual cuando no fuese posible restaurar, rehabilitar o reparar el daño ambiental generado, debe compensarse en términos ambientales, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar. De la misma forma, en el Artículo 26° de la citada Ley se indica que en los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) debe considerarse, cuando sea necesario, un eventual Plan de Compensación²³.

Como se aprecia, las medidas de compensación se aplican ante la generación de un daño ambiental que ocasione que el bien afectado sea irrecuperable, introduciendo beneficios positivos para este y que contrarrestan la situación negativa generada a partir de la configuración de una ilegalidad por parte de un administrado²⁴. Por tanto, las medidas de compensación buscan sustituir una situación negativa por una acción positiva como elemento de igual valor o función²⁵.

23 Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente

“Artículo 26°.- De los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental

26.1. La autoridad ambiental competente puede establecer y aprobar Programas de Adecuación y Manejo Ambiental - PAMA, para facilitar la adecuación de una actividad económica a obligaciones ambientales nuevas, debiendo asegurar su debido cumplimiento en plazos que establezcan las respectivas normas, a través de objetivos de desempeño ambiental explícitos, metas y un cronograma de avance de cumplimiento, así como las medidas de prevención, control, mitigación, recuperación y eventual compensación que corresponda. Los informes sustentatorios de la definición de plazos y medidas de adecuación, los informes de seguimiento y avances en el cumplimiento del PAMA, tienen carácter público y deben estar a disposición de cualquier persona interesada. (...).”

24 CONESA, Vicente. *Guía Metodológica para la Evaluación del Impacto Ambiental*. Madrid: Madrid Ediciones. Mundi-Prensa, 2000, p. 306.

25 SECRETARÍA GENERAL DEL SENADO REPUBLICANO DE COLOMBIA. Sentencia C-632/11 de la Corte Constitucional de Colombia. En: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-632_1911.htm. (Consultado el 17 de noviembre de 2013)

Bajo este contexto, en los siguientes acápite se abordarán los alcances de las medidas correctivas que puede imponer el OEFA, para luego analizar, con mayor detalle, los Lineamientos para su aplicación que fueron aprobados a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD.

VI. LAS MEDIDAS CORRECTIVAS DE RESTAURACIÓN Y COMPENSACIÓN AMBIENTAL EN LA LGA Y LEY DEL SINEFA

Según lo establecen los Numerales 136.2 y 136.4 del Artículo 136° de la LGA²⁶, constituyen “sanciones coercitivas”, la amonestación, la multa, el decomiso temporal o definitivo de los objetos empleados para la comisión de la infracción, la paralización de la actividad causante de la infracción, la suspensión o cancelación del permiso y la clausura parcial o total del establecimiento donde se llevó a cabo la actividad que generó la infracción. Por otra parte, para la citada Ley, son medidas correctivas, los cursos de capacitación ambiental obligatorios, la adopción de medidas de mitigación del riesgo o daño, la imposición de obligaciones compensatorias y los procesos de adecuación conforme a los instrumentos de gestión ambiental.

26 Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, modificada por la Ley N° 30011

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

(...)

136.2. *Son sanciones coercitivas:*

- a. Amonestación.*
- b. Multa no mayor de 30 000 Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha en que se cumpla el pago.*
- c. Decomiso, temporal o definitivo, de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción.*
- d. Paralización o restricción de la actividad causante de la infracción.*
- e. Suspensión o cancelación del permiso, licencia, concesión o cualquier otra autorización, según sea el caso.*
- f. Clausura parcial o total, temporal o definitiva, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la infracción.*

(...).

136.4. *Son medidas correctivas:*

- a. Cursos de capacitación ambiental obligatorios, cuyo costo es asumido por el infractor y cuya asistencia y aprobación es requisito indispensable.*
- b. Adopción de medidas de mitigación del riesgo o daño.*
- c. Imposición de obligaciones compensatorias sustentadas en la Política Ambiental Nacional, Regional, Local o Sectorial, según sea el caso.*
- d. Procesos de adecuación conforme a los instrumentos de gestión ambiental propuestos por la autoridad competente”.*

De otro lado, el Numeral 22.2 del Artículo 22° de la Ley del SINEFA²⁷ considera como medidas correctivas las siguientes: el decomiso definitivo de los objetos empleados para la comisión de la infracción; la paralización o restricción de las actividades; el cierre temporal o definitivo del establecimiento donde se llevó a cabo la actividad que ha generado la presunta infracción y la obligación del responsable del daño de restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada; y de no ser posible lo anterior, la obligación de compensarla en términos ambientales o económicos.

Bajo este contexto, a través de los Lineamientos para la Aplicación de las Medidas Correctivas previstas en el Literal d) del Numeral 22.2 del Artículo 22° de la Ley N° 29325, aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD, se realiza una importante delimitación conceptual respecto a las medidas correctivas que podría otorgar la entidad conforme a lo dispuesto en la LGA y en la Ley del SINEFA.

En efecto, como se destaca en los Lineamientos, un conjunto de medidas administrativas que la LGA estima como “sanciones coercitivas” son contempladas en la Ley del SINEFA como “medidas correctivas” (en específico, el decomiso, la paralización de la actividad y la clausura del establecimiento). De esta manera, en el Numeral 22 de los Lineamientos, se establece que la autoridad administrativa debe considerar que la Ley del SINEFA, por ser posterior a la LGA –y por el criterio de especialidad–, es de aplicación preferente para el OEFA. Asimismo, los Lineamientos señalan que debe tenerse en cuenta que las medidas de decomiso, paralización de actividades y clausura del establecimiento tienen una naturaleza correctiva (no propiamente de castigo), dado que no buscan sancionar

27 Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental
“Artículo 22°.- Medidas correctivas

(...)

22.2. Entre las medidas que pueden dictarse se encuentran, de manera enunciativa, las siguientes:

- a) El decomiso definitivo de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción.*
- b) La paralización o restricción de la actividad causante de la infracción.*
- c) El cierre temporal o definitivo, parcial o total, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la presunta infracción.*
- d) La obligación del responsable del daño a restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso, y de no ser posible ello, la obligación a compensarla en términos ambientales y/o económica.*
- e) Otras que se consideren necesarias para revertir o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas.*
- f) Otras que se consideren necesarias para evitar la continuación del efecto nocivo que la conducta infractora produzca o pudiera producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas. (...)*

al administrado infractor sino retornar las cosas al estado anterior o mitigar los efectos nocivos del daño.

Cabe anotar que, atendiendo lo que dispone el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, la interposición de recursos administrativos suspende la ejecución de las sanciones, mas no así de las medidas correctivas²⁸, por lo que –en ese escenario– resulta más ventajoso considerar los supuestos antes descritos como medidas correctivas.

VII. LINEAMIENTOS APROBADOS POR EL OEFA PARA LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS DE RESTAURACIÓN O COMPENSACIÓN AMBIENTAL

Si bien en los párrafos previos se ha señalado que el OEFA puede dictar un conjunto de medidas correctivas de diferente índole a partir de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente (medidas de adecuación, medidas de paralización, entre otras), es el propósito de este artículo abordar, específicamente, aquellas medidas correctivas de restauración y compensación ambiental.

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD²⁹, el OEFA aprobó los Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas previstas en el Literal d) del Numeral 22.2 del mencionado Artículo 22° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, los Lineamientos).

El Numeral 22.1 del Artículo 22° de la Ley del SINEFA establece que el OEFA puede dictar las medidas administrativas (correctivas) que resulten necesarias para revertir, o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas.

El Literal d) del Numeral 22.2 del mencionado Artículo 22° dispone que entre las medidas que pueden dictarse se encuentran la obligación del responsable del daño

²⁸ **Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD**

“Artículo 24°.- Impugnación de actos administrativos (...)

24.5. Concedido el recurso, sólo tiene efecto suspensivo la impugnación de la sanción impuesta. (...).”

²⁹ Publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de marzo de 2013.

a restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso y, de no ser posible ello, la obligación a compensarla en términos ambientales y/o económicos.

En ese sentido, los Lineamientos aprobados por el OEFA constituyen un importante instrumento jurídico que permite a los operadores de la norma esclarecer la naturaleza jurídica y aplicación de las medidas correctivas previstas en el Literal d) del Numeral 22.2 del Artículo 22° de la Ley N° 29325, esto es, de aquellas medidas administrativas que son impuestas al término de un procedimiento administrativo sancionador con la finalidad de restaurar o compensar el ambiente dañado o impactado negativamente.

Como ya se ha desarrollado, las medidas de restauración pretenden rehabilitar, reparar o restaurar la situación alterada, y se adoptan en aquellos casos en que los impactos ambientales son reversibles. Por su parte, las medidas de compensación ambiental se aplican cuando no es posible adoptar una medida de restauración, de modo que su finalidad es sustituir un bien ambiental que ha sufrido impactos severos, irreversibles e imposibles de ser mitigados. En ninguno de los casos, la ejecución de las medidas correctivas debe generar un situación más gravosa para el ambiente (Véase el Numeral 49 de los Lineamientos).

En ese sentido, si la infracción cometida por el administrado ocasiona un daño ambiental, el OEFA puede ordenar al infractor que restaure, rehabilite o repare la situación alterada. Solo si no es posible la restauración, rehabilitación o reparación, el OEFA podrá ordenar al infractor la compensación en términos ambientales o económicos³⁰.

Los Lineamientos refieren a las notas particulares sobre cada una de estas medidas correctivas, algunas de las cuales resultan de particular interés resaltar:

a) En relación a las medidas de restauración ambiental

- Se orientan a reparar el daño ocasionado al ambiente, a los recursos naturales o a la salud de las personas.
- No se refieren al resarcimiento patrimonial, por lo que no implican, por ejemplo, la recuperación de los animales o vegetales de propiedad individual, por lo que si alguien considera que su patrimonio ha sido afectado puede iniciar la acción indemnizatoria correspondiente en la vía jurisdiccional.

30 GÓMEZ, Hugo. “El deber jurídico de restauración ambiental”. En DANÓS, Jorge et ál. (Coordinadores). *Derecho Administrativo en el Siglo XXI. Volumen II*. Lima: Adrus Editores, 2013, p. 459.

- Ejemplos de medidas correctivas de restauración ambiental que podría dictar el OEFA:
 - (i) En el caso en que una planta de harina residual vierta sus efluentes a un canal saturándolo con desechos, su titular debe limpiarlo y, posteriormente, adoptar medidas para reforestar las riberas que han sido dañadas como resultado de este vertimiento.
 - (ii) Una central hidroeléctrica fue construida en el sector superior de la cuenca de un río por encima de los 900 ms.n.m. Esta cuenca se caracteriza por ser de alto potencial productivo de camarón de río. Los impactos negativos se dieron a todo nivel, desde contaminación sonora y de generación de polvo por las explosiones realizadas para la construcción, alteración de la zona ribereña por construcción de canteras para obtención de material para la presa, reducción del caudal del río, mortandad focalizada de camarón durante el secado del río, reducción de la disponibilidad y tallas de camarón de río debido al fraccionamiento del río con una estructura de barrera que impide la migración de la especie, hasta el incremento de la extracción ilegal de camarón.

Debido a que resulta imposible crear una nueva ruta de migración para el camarón de río, se puede determinar como medida de restauración la reforestación de las riberas del río con vegetación autóctona, desarrollar un programa de manejo y de repoblamiento de esta especie.

b) En relación a las medidas de compensación ambiental

- Atendiendo a la naturaleza jurídica de las medidas compensatorias, estas se orientan a compensar el daño ocasionado al ambiente o a los recursos naturales. Estas medidas son paliativas, aplicándose en aquellas situaciones en las que no sea posible emplear medidas de restauración.
- La aplicación de esta medida requiere el previo análisis de factibilidad, sobre lo que se desea restaurar.
- Estas medidas de compensación incluyen el reemplazo o sustitución de los recursos naturales o elementos del ambiente afectados por otros de similares características, clase, naturaleza y calidad (Numeral 42 de los Lineamientos).
- Ejemplos de medidas correctivas de compensación ambiental que podría dictar el OEFA:

- (i) Ante un derrame de relaves mineros que han afectado las aguas que sirven de regadío de determinadas parcelas agrícolas, se puede dictar como medida compensatoria la reforestación en terrenos próximos debido a que el nivel de afectación del área primigenia no permite reforestación alguna.
- (ii) Al haberse producido un derrame de hidrocarburo y, con ello, la inhabilitación de determinados hábitats, se establece como medida de compensación el traslado de poblaciones faunísticas y vegetales a otros lugares acondicionados apropiadamente para su supervivencia y desarrollo, con la finalidad de evitar su extinción.

Es oportuno indicar que los Lineamientos señalan que la autoridad administrativa (en particular, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación del Incentivos del OEFA) debe fundamentar la adopción de una u otra medida administrativa, observando los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Asimismo, los Lineamientos refuerzan lo establecido en los Artículos 40° y 41° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA³¹, debido a que las medidas correctivas son de obligatorio cumplimiento y, por tanto, su inobservancia acarrea la imposición de multa coercitiva.

Finalmente, cabe destacar que tras analizar comparativamente otro instrumento aprobado por el OEFA (Metodología para el cálculo de las multas base y la

31 Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

“Artículo 40°.- De las multas coercitivas

(...)

40.2. *La resolución que dicta medida cautelar o correctiva debe establecer como apercibimiento la imposición de una multa coercitiva, indicándose el plazo para el cumplimiento de la obligación y el monto a ser aplicado en caso de persistir el incumplimiento”.*

“Artículo 41°.- Imposición de multas coercitivas

(...)

41.2. *El incumplimiento de una medida cautelar o correctiva por parte del administrado acarrea una multa coercitiva no menor a una (1) Unidad Impositiva Tributaria ni mayor a cien (100) Unidades Impositivas Tributarias. La multa coercitiva deberá ser pagada en un plazo de cinco (5) días hábiles, vencido el cual se ordenará su cobranza coactiva.*

41.3. *En caso de persistirse el incumplimiento, se impondrá una nueva multa coercitiva, duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa coercitiva impuesta, hasta que se cumpla con la medida cautelar o correctiva ordenada”.*

aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 6° del Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM³²), se evidencia que la imposición de una medida correctiva incide, por ejemplo, en la disminución de la multa base. Ello evidencia que el Estado promueve la restauración ambiental, antes que la imposición de sanciones, atendiendo a que por la naturaleza de la medida correctiva esta repercute directamente en mitigar la afectación del ambiente, de los recursos naturales y de la salud de las personas.

VIII. CONCLUSIONES

- (i) El ordenamiento jurídico prevé una serie de obligaciones y compromisos por parte de los Estados para regular eficazmente la actuación de los particulares que se encuentran en su territorio y, en estricto sentido, de las actividades económicas que realizan y que podrían tener un impacto negativo en el ambiente, sancionando y disponiendo oportunamente su restauración.
- (ii) El deber jurídico de la restauración ambiental tiene sustento constitucional, de acuerdo a lo dispuesto en el Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú. A partir de ello, en el ordenamiento jurídico peruano vigente se ha previsto que la autoridad administrativa responsable de la fiscalización ambiental aplique medidas administrativas que permitan remediar los impactos negativos al ambiente.
- (iii) La aplicación de la potestad sancionadora de la administración no resulta suficiente para tutelar el interés público, por lo que resulta importante la regulación de las medidas correctivas. A través de estas, se consigue tutelar plenamente el interés público, pues no solo se logra que los administrados tengan desincentivos para la comisión de conductas infractoras que potencialmente afectarán a la sociedad (efectos de la sanción administrativa) sino que se revierten las consecuencias directas de la comisión de dichas conductas.
- (iv) En relación con las medidas correctivas previstas en la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente y la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, la autoridad administrativa debe considerar que la Ley N° 29325, por ser posterior a la Ley N° 28611 –y por el criterio de especialidad–, es de aplicación preferente.

32 Aprobada por Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de marzo de 2013.

En ese sentido, las medidas de decomiso, paralización de actividades y clausura del establecimiento tienen una naturaleza correctiva (no propiamente de castigo), dado que no buscan sancionar al administrado infractor sino retornar las cosas al estado anterior o mitigar los efectos nocivos del daño.

- (v) El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA ha publicado los Lineamientos para la Aplicación de las Medidas Correctivas previstas en el Literal d) del Numeral 22.2 del Artículo 22° de la Ley N° 29325, los cuales fueron aprobados mediante Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD.

Dichos Lineamientos constituyen un importante instrumento jurídico que permite a los operadores de la norma esclarecer la naturaleza jurídica y aplicación de las medidas correctivas previstas en la norma antes citada, así como garantizar predictibilidad en la actuación de los órganos resolutivos del OEFA.

- (vi) Del desarrollo efectuado a lo largo del presente artículo y, en especial, de la revisión de los ejemplos de restauración y compensación ambiental, se evidencia que el dictado de medidas correctivas requiere conocer su finalidad y naturaleza. Asimismo, para su emisión se requiere observar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, los cuales están vinculados –indefectiblemente– a un trabajo de corte científico por parte de la autoridad administrativa, quien debe justificar técnicamente su decisión.
- (vii) A partir de la aplicación de las medidas correctivas de restauración y compensación ambiental, se aprecia que el Estado prioriza la restauración del ambiente impactado negativamente antes que la imposición de sanciones.

BIBLIOGRAFÍA:

CERVANTES, Dante

2000 *Manual de Derecho Administrativo*. Sexta edición. Arequipa: Editorial Rhodas, p. 1193.

CONESA, Vicente

2010 *Guía metodológica para la evaluación del impacto ambiental*. Cuarta edición. Madrid: Editorial Mundi Prensa, p. 800.

GÓMEZ, Hugo

2013 “El deber jurídico de restauración ambiental”. En DANÓS, Jorge et ál. (Coordinadores). *Derecho Administrativo en el Siglo XXI*, Volumen II. Lima: Adrus Editores, p. 459.

GONZÁLEZ, José Juan

2003 *La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina*. México Distrito Federal: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, pp. 672.

GRUPO DE TRABAJO SOBRE CIENCIA Y POLÍTICAS

2004 “Principios de SER International sobre la restauración ecológica”. *Society for Ecological Restoration (SER) International*. Versión 2. Tucson, octubre 2004. Consulta: 15 de noviembre de 2013.
<<http://www.ser.org/docs/default-document-library/spanish.pdf>>

ENVIRONMENTAL PROTECTION

2009 “The Environmental Damage (Prevention and Remediation) Regulations 2009”. En Legislation.gov.uk. Statutory Instruments, Londres. Consulta: 15 de noviembre de 2013.
<<http://www.legislation.gov.uk/uksi/2009/153/introduction/made>>

LOZANO, Blanca

2009 *Derecho Ambiental Administrativo*. Décima edición. Madrid: Editorial Dykinson, pp. 584.

MORÓN, Juan Carlos

2008 *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Séptima edición. Lima: Gaceta Jurídica, p. 878.

SANDS, Philippe

2003 *Principles of International Environmental Law*. Segunda edición. Cambridge: Cambridge University Press, p. 1166.

SHELTON, Dinah

2013 “Derechos ambientales y obligaciones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En UNIVERSIDAD DE CHILE. *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*. Consulta: 16 de noviembre de 2013. <<http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11486/11847>>

SECRETARÍA GENERAL DEL SENADO REPUBLICANO DE COLOMBIA

2011 “Sentencia C-632/11”. Senado de la República de Colombia. Bogotá, agosto. Consulta: 17 de noviembre de 2013.
<http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-632_1911.htm>

EL REGISTRO DE INFRACTORES AMBIENTALES (RINA) COMO HERRAMIENTA DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

MARIO HUAPAYA NAVA
ERNESTO SOTO CHÁVEZ

“All policies that use information as a tool are premised on the assumption that people respond to information. Therefore, to understand this policy tool, one has to understand the way in which information influences behavior”
The tools of government()*
Janet A. Weiss

Sumario

Mediante el presente artículo, los autores analizan el Registro de Infractores Ambientales - RINA, destacando que es una herramienta implementada por el OEFA como parte de un cambio en el enfoque de la fiscalización ambiental, donde se promueve el respeto a las normas y compromisos ambientales, a través de la transparencia y divulgación de información.

I. Introducción. II. El RINA como expresión de política pública en el marco del nuevo enfoque de la fiscalización. III. El RINA desde la perspectiva del Derecho Administrativo contemporáneo: ¿registro administrativo o registro jurídico? IV. El RINA desde la perspectiva del Análisis Económico. V. Contenido, implementación y funcionamiento del RINA. VI. Conclusiones.

(*) Weiss, Janet A. “Public Information”. En Salamon, Lester M. *The tools of government. A guide of the new governance*, Oxford University Press, 2002, p. 218.

I. INTRODUCCIÓN

En cumplimiento y desarrollo de lo dispuesto por la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente¹ (en adelante, LGA), el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, el OEFA) aprobó la Resolución de Consejo Directivo N° 016-2012-OEFA/CD, disponiendo la implementación del Reglamento del Registro de Infractores Ambientales (en adelante, Reglamento), en el que se registrarán a los infractores reincidentes calificados como tales por el OEFA.

El Registro de Infractores Ambientales (en adelante, RINA) constituye una herramienta del conjunto de mecanismos y políticas públicas que el OEFA ha implementado como parte de un cambio en el enfoque de la fiscalización ambiental, donde uno de los objetivos principales consiste en promover el respeto a las normas y compromisos ambientales a través de la transparencia y divulgación de información.

En esa línea se encuentra también la implementación del Registro de Actos Administrativos, el Registro de Buenas Prácticas Ambientales (en proceso) y, en general, todos los esfuerzos de capacitación, acuerdos institucionales, informes públicos y publicaciones del OEFA en procura del ejercicio –cada vez más informado– del derecho ciudadano a la justicia ambiental.

En ese mismo horizonte, el OEFA ha previsto, a través del RINA, complementado con la Metodología para el Cálculo de Multas Base y Aplicación de Factores Agravantes y Atenuantes², desincentivar la comisión de infracciones ambientales:

- (i) Agravando las sanciones para quienes reinciden en incumplimientos a la normativa ambiental y, por tanto, desincentivando nuevas conductas lesivas del mismo infractor; y,

¹ Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente

“Artículo 139°.- Del Registro de Buenas Prácticas y de Infractores Ambientales

139.1. *El Consejo Nacional del Ambiente - CONAM, implementa, dentro del Sistema Nacional de Información Ambiental, un Registro (...) de aquellos que no hayan cumplido con sus obligaciones ambientales y cuya responsabilidad haya sido determinada por la autoridad competente.*

(...)

139.3. *Se considera infractor ambiental a quien ejerciendo o habiendo ejercido cualquier actividad económica o de servicio, genera de manera reiterada impactos ambientales por incumplimiento de las normas ambientales o de las obligaciones a que se haya comprometido en sus instrumentos de gestión ambiental”.*

² Aprobada por Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD.

- (ii) desincentivando a potenciales nuevos infractores, a través de ejemplificar negativamente la situación de los infractores ya incorporados al RINA.

Para ambos casos, la información agrava el “costo” para los administrados de cometer infracciones ambientales.

En ese sentido, el presente artículo analiza los alcances, el sustento y las principales características y efectos del RINA desde una perspectiva jurídica y económica, así como su aplicación por el OEFA.

II. EL RINA COMO EXPRESIÓN DE POLÍTICA PÚBLICA EN EL MARCO DEL NUEVO ENFOQUE DE LA FISCALIZACIÓN

La implementación del RINA está concebida dentro del nuevo enfoque de la fiscalización ambiental propuesto por el OEFA, la cual busca armonizar el delicado equilibrio entre el ejercicio de las libertades individuales con la protección del ambiente. Uno de los objetivos de este nuevo enfoque es lograr la mayor transparencia y difusión de las acciones de fiscalización ambiental.

En el logro de ese objetivo, los registros de todo tipo, concebidos como herramientas de política pública, constituyen vehículos de expresión de los proclamados gobiernos abiertos o transparentes, donde el ciudadano ejerce casi irrestrictamente el derecho a acceder a información producida como consecuencia del ejercicio del *ius imperium*, bajo la premisa de que esta información permite a los ciudadanos participar de los asuntos públicos y tomar decisiones apropiadas para el ejercicio de sus demás derechos.

Así, se afirma extendidamente que, en gobiernos abiertos o transparentes, el derecho al acceso a la información –por ejemplo, a través de registros administrativos como el RINA– contribuye al ejercicio de los derechos fundamentales³, como a gozar de un ambiente sano y equilibrado o la libertad para decidir no contratar con una empresa registrada como infractor ambiental reincidente.

En el Perú, la práctica de establecer registros administrativos es extensa y, particularmente, los registros de infractores ya son una constante. Así, encontramos el caso del Registro de Sanciones del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), que al igual que el RINA proporciona

3 FREYRE, Milagros y Rachel JIHYUN NAM, “El Acceso a la Información Pública, un Derecho para ejercer otros Derechos”, *Gestión Pública y Desarrollo* N° 73. Lima, año 6, número 73, 2013, pp. A5 - A8.

información que se usa como antecedente para la imposición de nuevas sanciones; el Registro de Infracciones y Sanciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), que publica las sanciones aplicadas a empresas o proveedores, con el fin de orientar a los consumidores en la toma de sus decisiones de consumo; el Registro de Inhabilitados para contratar con el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), que comprende a los proveedores, participantes, postores o contratistas sancionados con inhabilitación por el Tribunal de Contrataciones del Estado; el Registro del Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), que contiene los resultados de las inspecciones del trabajo que culminan con una resolución que declara incumplimientos en materia laboral y; el Registro de Sanciones impuestas por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), entre otros.

Como se observa, el uso de registros administrativos es una política pública extendida en la Administración Pública peruana que, inspirada en la transparencia, procura orientar a la ciudadanía al cumplimiento del marco normativo ambiental y maximizar el desincentivo de la comisión de infracciones ambientales.

En ese contexto, el RINA y los demás mecanismos de transparencia del OEFA cobran mucho más sentido al considerar el derecho y deber fundamental que tenemos todos los ciudadanos de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, tal como lo señala el Artículo 1° de la LGA.

En ese contexto, se revisará los elementos del RINA desde la perspectiva de los registros administrativos en general y desde su implicancia económica.

III. EL RINA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO: ¿REGISTRO ADMINISTRATIVO O REGISTRO JURÍDICO?

Los registros que implementa el Estado pueden ser jurídicos o administrativos. Si bien ambos comparten la característica de que sistematizan información otorgándole publicidad, se diferencian por el alcance de los efectos que producen.

Respecto a los registros jurídicos, estos se caracterizan porque confieren efectos jurídicos a los actos, pactos, o simples datos que a ellos se incorporan. En ese sentido, los registros jurídicos confieren o habilitan el ejercicio de derechos al

administrado desde el momento de la inscripción. En estos casos, la inscripción en el registro funciona como un auténtico título habilitante⁴, pues como se ha señalado:

“aparecen otros (...) tipos de inscripciones registrales que sí constituyen decisiones administrativas habilitantes, toda vez que la inversión de la prohibición relativa no se produce con la mera solicitud presentada por el interesado, sino con el ejercicio de la potestad administrativa”⁵.

Son ejemplos de registros jurídicos, el Registro de Propiedad Inmueble donde se inscriben las hipotecas, administrado por la Superintendencia Nacional de Registros Públicos⁶, el Registro de Patentes y Marcas del INDECOPI o el Registro de Empresas de Valor Añadido del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. En estos casos, la inscripción en el registro confiere ciertos derechos y los publicita, por lo que representa, en última instancia, un vehículo de la seguridad jurídica.

Por su parte, los registros administrativos solo tienen carácter operativo, pues son utilizados por las entidades públicas para registrar y/o publicitar **información vinculada al ejercicio de sus competencias**. Es decir, **no** confieren reales efectos jurídicos a la información que incorporan, por lo que **no constituyen o habilitan el ejercicio de derechos**, sino que sirven a las entidades públicas para que puedan ejercer sus competencias y cumplir sus objetivos.

La información de estos registros, antes que para los administrados, resulta útil para la Administración Pública, para el desarrollo de sus competencias vinculadas a las típicas actividades de limitación (antes denominada poder de policía), actividad de fomento, de **garantía** de prestación de servicios públicos, entre otros.

Así, por ejemplo, el Registro de Servidumbres del Ministerio de Energía y Minas sirve a esta entidad para ejercer acciones de control sobre las empresas que

4 Cierta sector de la doctrina sostiene que realmente no se trata de títulos habilitantes autónomos, sino vinculados a otros como la licencia o la autorización. Al respecto, ver ARROYO, Luis y Luis ORTEGA, *Libre empresa y títulos habilitantes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2004, p. 417.

5 *Ibidem*. p. 415.

6 Cierta sector doctrinario estima que la inscripción en los Registros Públicos no constituyen derechos, sino solo otorgan oponibilidad frente a terceros de buena fe. En cualquier caso, las hipotecas se constituyen desde su inscripción en el registro y no desde la suscripción del contrato de hipoteca, en cuyo caso la inscripción sería solo declarativa. Para una explicación del tema revisar: FORNO, Hugo. “El contrato con efectos reales”. *Ius et Veritas*. Lima, número 7, 1993, pp. 77-87.

solicitan la imposición de servidumbres en el marco de la ejecución de determinados proyectos. De la misma forma, el Registro Estadístico de Exportadores y Sectores que realizan actividades de exportación de servicios fue creado por la Ley N° 29646 - Ley de Fomento al Comercio Exterior de Servicios, “*con la finalidad de monitorear su evolución y actualización*”; para que, en este caso, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) pueda monitorear información vinculada a las exportaciones.

En ese escenario, cabe preguntarse si el RINA otorga algún efecto jurídico a la información que contiene, supuesto en el cual calificaría como registro jurídico, o si sirve como soporte para que las entidades públicas ejerzan sus competencias, por lo cual calificaría como registro administrativo.

Como se detallará en adelante, la información que –según el Artículo 6° del Reglamento del RINA– se debe publicitar es información vinculada estrictamente con la identificación del infractor y la infracción ambiental cometida. Dicha información sirve al OEFA para que pueda calificar supuestos de “reincidencia” en el marco de procedimientos administrativos sancionadores, es decir, en ejercicio de sus competencias de fiscalización y sanción⁷.

Considerando estas características, fundamentalmente que la información del RINA sirve para que el OEFA ejerza sus competencias de fiscalización y sanción, y cumpla sus objetivos de evitar o desincentivar la comisión de infracciones ambientales, el RINA califica como registro administrativo.

Cabe precisar que la inscripción en el registro no confiere la condición de reincidente. Tal condición la otorga la resolución del órgano respectivo del OEFA para, posteriormente, ser incorporada al RINA a efectos de publicitarla.

⁷ De acuerdo con el Artículo 7° del RINA, ante la primera reincidencia el infractor es registrado en el RINA. Entonces, una vez incorporado al registro, el OEFA acudirá al RINA para verificar la segunda o siguiente reincidencia del infractor y, en base a ello, incrementar la multa impuesta, toda vez que la reincidencia es un factor agravante de la multa.

IV. EL RINA DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO

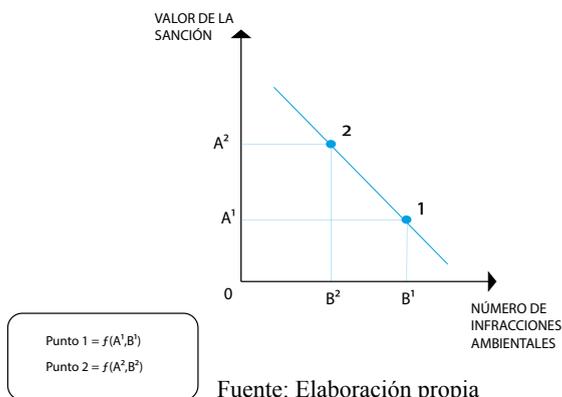
4.1 Objetivo del RINA: Desincentivar la comisión de infracciones administrativas

Desde la perspectiva de la teoría de la justicia, la pena, en el ámbito del Derecho Penal, y la sanción, en el ámbito del Derecho Administrativo, es la retribución proporcional por la comisión de delitos e infracciones, respectivamente. Se trata de un castigo infligido por vulnerar el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la sanción sirve, no solo para infringir castigos que retribuyan la comisión de ilícitos sino, también, para desincentivar la comisión de infracciones mediante la imposición de multas (sanciones pecuniarias) o sanciones de otra índole (sanciones no pecuniarias).

En ese sentido, el Manual Explicativo de la Metodología para el Cálculo de Multas del OEFA⁸, señala que “*el primer y principal objetivo (desincentivo) es que las sanciones aplicadas disuadan al infractor de volver a incurrir en la misma conducta nuevamente (desincentivo específico) y que, al mismo tiempo, disuadan al resto de administrados de incurrir en una conducta similar (desincentivo general)*”. Tal relación entre el “costo” de la sanción⁹ y la comisión de infracciones se ilustra en el siguiente gráfico:

Gráfico 1



8 Aprobada por Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de marzo de 2013.

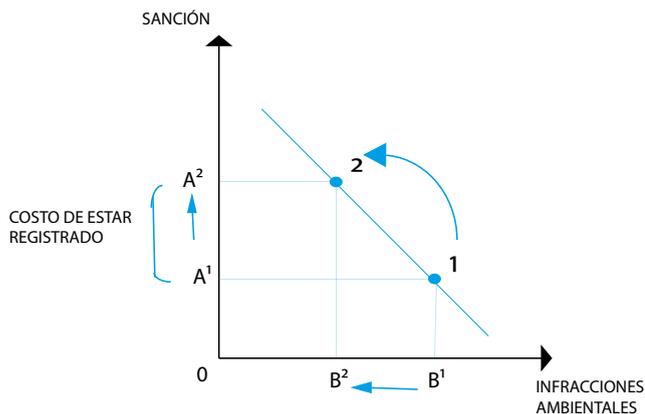
9 Con el objetivo de resaltar los efectos del costo de la sanción, el ejemplo no considera el factor “probabilidad de detección”.

Como se aprecia, las sanciones aplicadas son indirectamente proporcionales a las infracciones ambientales, de modo que si la sanción se incrementa, pasando del punto A1 al punto A2, el número de infracciones ambientales disminuye pasando del Punto 1 al Punto 2.

Ahora bien, la implementación del RINA también es un mecanismo que, al igual que la sanción, busca desincentivar la comisión de infracciones por la vía de publicitar la identidad de aquellos infractores reincidentes. Así, la Exposición de Motivos del RINA¹⁰ señala que su finalidad es “*promover la transparencia y difusión de la información relacionada a infractores reincidentes de la normativa ambiental, y de esta manera desincentivar las conductas infractoras*”. El objetivo es el mismo; el mecanismo, distinto.

Entonces, visto nuevamente desde una perspectiva económica, el registro representa otro “costo” que asumen las personas que reinciden en la comisión de infracciones, encareciendo el costo total de cometer infracciones administrativas, pues al “costo” de la sanción se suma el “costo” del registro. El efecto resulta en el mayor desincentivo para cometer infracciones ambientales, situación que se ilustra en el siguiente gráfico:

Gráfico 2



A^1 = COSTO DE SANCIÓN INICIAL

A^2 = A^1 + COSTO DE ESTAR REGISTRADO

Fuente: Elaboración propia

10 La Exposición de Motivos de una norma jurídica no tiene valor normativo, pero es un elemento sumamente importante para realizar labores de interpretación normativa. El Tribunal Constitucional ha reconocido este valor al señalar que “*a efectos de aclarar el sentido de la norma, resulta útil acudir a la Exposición de Motivos*”. Al respecto, ver el fundamento jurídico 20 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00019-2008-PI/TC.

Como se aprecia, por efecto del RINA, el costo total de la infracción aumenta, pasando del punto A1 que no considera el costo del registro al punto A2 que sí considera el costo del registro, por lo que el número de infracciones ambientales tiende a reducirse. Es decir, cuando una persona reciba una sanción mayor a una primera sanción, tendrá incentivos para no cometer nuevas infracciones.

Entonces, el número de las infracciones ambientales disminuirá pasando del Punto B1 al Punto B2, debido a que, como se ha señalado, el “costo de estar registrado” adicional al costo de la sanción, genera un mayor desincentivo en la comisión de infracciones ambientales.

4.2 Características del RINA: Acceso público y gratuito

Ahora bien, para que el registro pueda cumplir su finalidad: desincentivar la comisión de infracciones, el acceso a la información que contiene debe ser público y gratuito, tal como lo prevé el Artículo 4° del Reglamento del RINA.

En términos legales, estas características se explican porque existe un derecho de acceso a la información pública cuyo contenido garantiza que todos pueden acceder a ella sin necesidad de contar con fundamento alguno y de manera gratuita¹¹. Sin embargo, existe un sustento económico que fundamenta estas características del RINA, que la explicación legal no desarrolla.

El carácter público implica que la información sea divulgada a la sociedad y se encuentre a disposición de cualquier interesado, siempre que no sea información calificada como secreta, reservada o confidencial de acuerdo a la Ley N° 27806 - Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública¹².

11 El pago que se realiza por el costo de la reproducción de la información no califica como una contraprestación.

12 Publicada en el diario oficial El Peruano el 3 de agosto de 2002. Los Artículos 15°, 15°-A y 15°-B de la Ley N° 27806 - Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública prevén los supuestos de información secreta, reservada y confidencial, respectivamente.

De la revisión del Artículo 6° del Reglamento del RINA¹³, se puede verificar que la información que contiene está vinculada estrictamente a la identificación de la persona y la infracción ambiental cometida. Por consiguiente, el contenido del RINA no califica como información secreta, reservada o confidencial, por lo que su divulgación está permitida.

El carácter público de la información del registro se sustenta “*en la medida que la divulgación de información es necesaria para lo eficiente del negocio (...), por lo menos se requiere alguna forma de divulgación*”¹⁴. En esta línea, en el caso del RINA, para impedir la generación de daños ambientales, por la vía de desincentivar la comisión de conductas infractoras, es necesario divulgar la información de aquellos que infringen la normativa ambiental de manera reiterada. El efecto que el RINA produce, como se ha demostrado anteriormente, ayuda a corregir la conducta de los infractores y de las demás personas.

Por otro lado, el carácter gratuito de la información del registro implica que esta se brinde sin mediar pago alguno. En principio, la información, como todo recurso, tiene un costo que sustenta su producción pues, como ilustra la hipótesis de

13 Resolución de Consejo Directivo N° 016-2012-OEFA/CD- Aprueban Reglamento del Registro de Infractores Ambientales del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

“Artículo 6°.- Contenido del RINA

6.1. El RINA deberá contener, como mínimo, la siguiente información:

- a) Nombre, razón o denominación social del infractor ambiental reincidente.
- b) Número de Documento de Identidad o número de RUC del infractor ambiental reincidente y nombre de su representante legal del período en que ocurrieron los hechos.
- c) Sector Económico al que pertenece.
- d) Número y fecha de la resolución que impuso o confirmó la sanción y la calificación de reincidente del infractor ambiental por cada conducta infractora, así como la indicación del respectivo expediente administrativo.
- e) Hecho infractor y norma sustantiva incumplida.
- f) Lugar y fecha de verificación de la conducta infractora.
- g) Tipo de sanción y monto en caso de multa.
- h) Medidas correctivas dictadas, de ser el caso.

(...)”.

14 EPSTEIN, Richard. “El ocultamiento, uso y divulgación de la información”. *Themis*, Lima, 2000, número 44, pp. 7-8.

la “Tragedia de los Comunes”¹⁵, los recursos que se comparten de manera gratuita son insostenibles a largo plazo.

Sin embargo, el carácter gratuito de la información contenida en el RINA se sustenta, por un lado, en la necesidad de facilitar el acceso a información relevante para la sociedad; y, por otro, en su característica de no rivalidad.

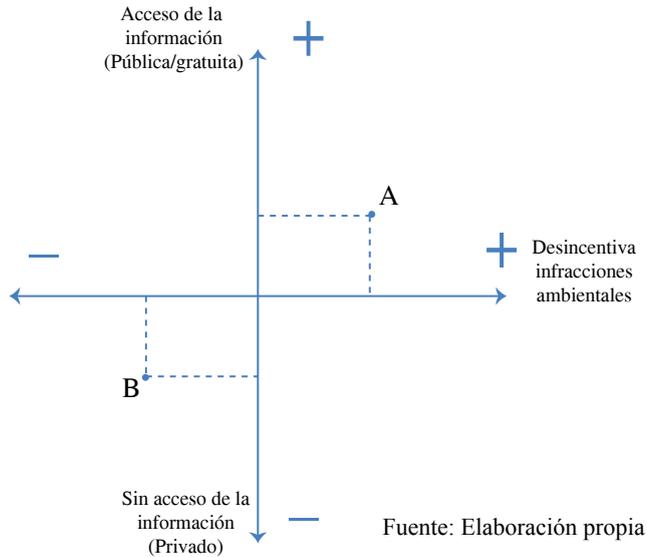
Efectivamente, como el objetivo consiste en desincentivar la comisión de infracciones ambientales, el acceso gratuito a la información del RINA facilita el logro de este objetivo de manera mucho más eficaz que si mediase contraprestación, en cuyo caso el efecto del desincentivo disminuiría debido al menor número de personas que podrían acceder a la información del registro.

El acceso gratuito a la información del RINA también se sustenta en su condición de bien no rival, es decir, en la posibilidad de que varias personas puedan acceder a ella sin limitarse mutuamente, situación que dificulta la formación de un mercado alrededor de este tipo de información, pues resulta muy costoso establecer mecanismos de control para lograr que solo las personas que paguen por la información la utilicen de manera exclusiva¹⁶.

Entonces, el acceso público y gratuito a la información del registro, en vez del acceso reservado y costoso, coadyuvan de manera más eficaz al logro de los objetivos del RINA, situación que se ilustra en el siguiente gráfico:

15 La “Tragedia de los Comunes” es una metáfora popularizada por el biólogo Garrett Hardin que explica cómo el uso común y gratuito de recursos limitados finalmente conlleva su desaparición. La metáfora cuenta sobre un grupo de pastores que utilizaban un mismo pastizal. Uno de ellos pensó que si añadía una oveja más a las que pastaban no afectaría el pastizal común. Cada uno de los demás pastores pensaron también que podían ganar una oveja más, sin deteriorar los pastos. Sin embargo, el uso común produjo un deterioro tal, aunque imperceptible individualmente, que causó la desaparición del pastizal y todos, animales y pastores, murieron de hambre.

16 Un mecanismo consistiría en establecer contratos que incluyan cláusulas de confidencialidad con cada una de las personas que, previo pago, accedan a la información del registro.

Gráfico 3

Como se aprecia, la información pública y gratuita sobre la identificación de los infractores ambientales tiene un efecto positivo al producir un mayor impacto en el desincentivo a reincidir en infracciones ambientales, situación que se ilustra con el Punto A.

Por el contrario, si la información fuese reservada y costosa, se reduce el acceso a la información sobre los infractores reincidentes, situación que disminuye el desincentivo de la comisión de infracciones ambientales, como se ilustra con el Punto B.

En suma, el diseño del RINA considera que la alternativa más eficiente para lograr sus objetivos consiste en brindar acceso público y gratuito a la información que contiene el registro.

V. CONTENIDO, IMPLEMENTACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL RINA

Habiéndose analizado los alcances y fundamentos del diseño del RINA, que es una expresión de una política pública de transparencia y del nuevo enfoque de la fiscalización ambiental, desde una perspectiva jurídica y económica, corresponde analizar su contenido, implementación y funcionamiento.

El Reglamento del RINA, donde descansan todas sus reglas de operación, tiene ocho artículos, dos Disposiciones Complementarias Finales y una única Disposición Complementaria Transitoria. La norma ha fijado un plazo de implementación de 120 días hábiles cumplido el 25 de junio de 2013.

Como todo registro administrativo, el contenido medular del mismo lo constituyen las condiciones de inclusión de los administrados, así como sus condiciones particulares de permanencia y de salida. Estos son los temas que distinguen el Reglamento del RINA, y que analizarán a continuación.

Para el primero de los temas, la identificación y condiciones de incorporación de administrados en el RINA, se requiere de la aplicación de los “*Lineamientos que establecen criterios para calificar como reincidentes a los infractores ambientales bajo el ámbito de competencia del OEFA*”¹⁷.

Es menester referir que el Numeral 139.3 del Artículo 139° de la LGA¹⁸ considera infractor ambiental a quien ejerciendo o habiendo ejercido cualquier actividad económica (o de servicio) genera de manera reiterada impactos ambientales por haber incumplido las normas ambientales o las obligaciones a que se haya comprometido en sus instrumentos de gestión ambiental.

Se establece luego en el Numeral 139.5 del mismo artículo¹⁹, que la autoridad de fiscalización ambiental determinará el procedimiento de inscripción, el trámite especial en casos de gravedad del daño ambiental o de reincidencia del agente

17 Aprobada por Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 020-2013-OEFA/PCD.

18 **Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente**

“Artículo 139°.- Del Registro de Buenas Prácticas y de Infractores Ambientales

(...)

139.3. *Se considera infractor ambiental a quien ejerciendo o habiendo ejercido cualquier actividad económica o de servicio, genera de manera reiterada impactos ambientales por incumplimiento de las normas ambientales o de las obligaciones a que se haya comprometido en sus instrumentos de gestión ambiental.*

(...)”.

19 **Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente**

“Artículo 139°.- Del Registro de Buenas Prácticas y de Infractores Ambientales

(...)

139.5. *Mediante Reglamento, el CONAM determina el procedimiento de inscripción, el trámite especial que corresponde en casos de gravedad del daño ambiental o de reincidencia del agente infractor, así como los causales, requisitos y procedimientos para el levantamiento del registro”.*

infractor, así como las causales, requisitos y procedimientos para el levantamiento del respectivo registro.

Respecto a la autoridad a cargo, el Literal e) del Artículo 40° del Reglamento de Organización y Funciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM²⁰, establece que es función de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (en adelante, la DFSAI) diseñar y administrar el Registro de Infractores y Sanciones Ambientales. Esta función se confirma y precisa en el Numeral 3.3 del Artículo 3° y el Artículo 5° del Reglamento del RINA²¹, que especifica que entre las funciones de tal dirección se encuentra la de emitir resoluciones que califiquen a los administrados como reincidentes, además de publicar y actualizar el registro.

Respecto del procedimiento para el registro de los infractores ambientales, el Numeral 4.2 del Artículo 4° del Reglamento del RINA²², establece que la autoridad a cargo, la DFSAI, tendrá un plazo de quince días hábiles para incorporar al administrado en este registro, contados desde que la resolución que lo califica como

20 Publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de diciembre de 2009.

21 Resolución de Consejo Directivo N° 016-2012-OEFA/CD- Aprueban Reglamento del Registro de Infractores Ambientales del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

“Artículo 3°.- Ámbito de aplicación de la norma

(...)

- 3.3. *La calificación de reincidencia deberá estar determinada en la resolución emitida por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos - DFSAI en su calidad de Autoridad Decisora del OEFA”.*

Resolución de Consejo Directivo N° 016-2012-OEFA/CD - Aprueban Reglamento del Registro de Infractores Ambientales del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

“Artículo 5°.- Autoridad competente para anotar información en el RINA

La DFSAI es la autoridad competente de la publicación y actualización del RINA. Para tal efecto, el referido órgano de línea del OEFA designará al responsable de dicha función”.

22 Resolución de Consejo Directivo N° 016-2012-OEFA/CD - Aprueban Reglamento del Registro de Infractores Ambientales del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

“Artículo 4°.- Anotación de información en el RINA

(...)

- 4.2. *La información de los infractores ambientales reincidentes deberá ser ingresada al RINA dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de: (i) haber quedado consentida la resolución de la DFSAI o (ii) agotada la vía administrativa con la resolución del Tribunal de Fiscalización Ambiental”.*

reincidente haya quedado consentida, en otras palabras, luego de haber transcurrido el plazo sin que el administrado haya interpuesto ningún recurso administrativo, ya sea de reconsideración o apelación, dentro del plazo de 15 días según lo dispone el Artículo 207° de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG)²³.

En el mismo artículo se establece que el plazo de quince días hábiles se aplica, también, una vez agotada la vía administrativa con la resolución del superior jerárquico, es decir, que el Tribunal de Fiscalización Ambiental haya confirmado la calificación de reincidente y, por ende, hubiese agotado la vía administrativa.

Cabe resaltar que es impugnabile el extremo de la decisión administrativa que dispone la incorporación en el registro, toda vez que si la calificación de reincidente es errónea, ello supone una afectación al derecho a la imagen o la marca del administrado, pues tendría que soportar la carga de estar registrado en el RINA indebidamente.

Por otro lado, cabe una impugnación vía proceso contencioso administrativo para que la decisión sea revisada por el Poder Judicial. Sin embargo, la mera interposición de la demanda no suspende la ejecución del acto que dispone el registro del administrado en el RINA, pues no se ha previsto el efecto suspensivo de la interposición de la demanda, quedando, por tanto, indemne la ejecutividad de la decisión de la Administración.

El acto administrativo de registro en el RINA permanecería firme si el Poder Judicial desestima los argumentos del demandante, pero si estos fueran amparados, debería anularse el acto, dejando sin efecto la resolución del Tribunal de Fiscalización Ambiental, lo mismo que ocurriría si se obtuviera una decisión judicial de suspensión por una medida cautelar del acto de sanción, por el que se calificó al mismo como reincidente.

Ahora bien, sobre el tema de las modificaciones o correcciones de las decisiones de la Administración Pública, el Artículo 8° del Reglamento del RINA contempla

23 **Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General**

“Artículo 207°.- Recursos administrativos

207.1. Los recursos administrativos son:

a) Recurso de reconsideración

b) Recurso de apelación

c) Recurso de revisión

207.2. El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días”.

la posibilidad de que, a pedido de parte, el contenido del RINA sea rectificado, excluido, aclarado o modificado²⁴.

Para estos efectos, se ha establecido un plazo de 15 días hábiles siguientes a la recepción para evaluar y decidir respecto a la solicitud del particular.

Desde nuestra perspectiva, se considera que esta solicitud, planteada sin perjuicio de los recursos administrativos ordinarios, tiene la naturaleza de petición administrativa planteada en ejercicio del derecho de petición, previsto en el Artículo 106° de la LPAG²⁵, que faculta a presentar solicitudes de interés particular, de interés general, de contradecir actos administrativos, pedir informaciones, formular consultas y de presentar solicitudes de gracia.

Sobre el mismo tema, cabe afirmar que aun cuando el RINA no lo haya recogido expresamente, las modificaciones o correcciones, podrían ser impulsadas de oficio autocomposición de la Administración Pública. En tales casos y dependiendo si se trata de una corrección únicamente material, por ejemplo, en el nombre del

24 Resolución de Consejo Directivo N° 016-2012-OEFA/CD - Aprueban Reglamento del Registro de Infractores Ambientales del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

“Artículo 8°.- Rectificación, exclusión, aclaración o modificación de la información contenida en el RINA

- 8.1. *La información reportada en el RINA podrá ser rectificada, excluida, aclarada o modificada de oficio o a solicitud de parte. Las solicitudes se presentarán ante la DFSAI del OEFA y serán atendidas en un plazo máximo de quince (15) días hábiles siguientes a su recepción.*
- 8.2. *La permanencia del infractor ambiental reincidente en el RINA será excluida cuando medie sentencia emitida por una autoridad jurisdiccional dejando sin efecto la resolución del Tribunal Fiscalización Ambiental, o cuando el acto administrativo que impuso la sanción haya sido objeto de suspensión a través de una medida cautelar emitida por autoridad jurisdiccional”.*

25 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 106°.- Derecho de petición administrativa

- 106.1. *Cualquier administrado, individual o colectivamente, puede promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante todas y cualesquiera de las entidades, ejerciendo el derecho de petición reconocido en el Artículo 2 inciso 20) de la Constitución Política del Estado.*
- 106.2. *El derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes en interés particular del administrado, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia.*
- 106.3. *Este derecho implica la obligación de dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal”.*

administrado, esta podría ser de cargo de la DFSAI, vía rectificación de error material conforme lo prevé el Artículo 201° de la LPAG²⁶.

De otro lado, si el error a corregir es de otra naturaleza como, por ejemplo, en la calificación (de fondo) de la calidad de reincidente del administrado, entonces correspondería al Tribunal de Fiscalización Ambiental declarar la nulidad del acto administrativo de Registro, al ser el superior jerárquico el órgano que emitió el acto, esto de acuerdo al Numeral 11.2 del Artículo 11^{o27} y Numeral 202.2 del Artículo 202^{o28} de la LPAG.

Una vez inscritos los administrados por un acto administrativo firme o consentido, la siguiente materia a resolver es el plazo de permanencia de estos en el Registro.

Al respecto, se ha decidido aplicar el plazo de una manera gradual y progresiva, estableciendo que si se trata de una primera reincidencia, y siempre y cuando el

26 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 201°.- Rectificación de errores

- 201.1. *Los errores material o aritmético en los actos administrativos pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión.*
- 201.2. *La rectificación adopta las formas y modalidades de comunicación o publicación que corresponda para el acto original”.*

27 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 11°.- Instancia competente para declarar la nulidad

- 11.1. *Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley.*
- 11.2. *La nulidad será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto. Si se tratara de un acto dictado por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad se declarará por resolución de la misma autoridad”.*

28 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 202°.- Nulidad de oficio

(...)

- 202.2. *La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada por resolución del mismo funcionario. Además de declarar la nulidad, la autoridad podrá resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo sólo podrá ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo”.*

sancionado haya pagado la multa impuesta y haya cumplido íntegramente con las medidas administrativas dictadas, su permanencia será únicamente de treinta días hábiles.

De otro lado, si se tratara de una segunda reincidencia, la información del administrado permanecerá registrada en el RINA por un plazo de cuatro años. El efecto buscado es que las sucesivas reincidencias merezcan respuestas de más intensidad por parte de la autoridad administrativa.

Cabe precisar que la decisión de establecer determinados plazos de permanencia resulta, como en la mayoría de los casos similares, una decisión libre de la autoridad administrativa, en este caso del OEFA, adoptada con criterios de razonabilidad, tomando como referencia además a la propia LPAG.

Así, la Exposición de Motivos del RINA indica que el plazo de cuatro años para las sucesivas reincidencias es un plazo razonable considerando la gravedad de la conducta infractora, que implica una segunda reincidencia, vale decir, una misma conducta tipificada como infracción realizada en más de dos oportunidades. Con ello, la autoridad potencia el desincentivo de reincidir en la misma infracción, tanto al propio infractor como al resto de administrados.

Cabe resaltar que el referido plazo de los cuatro años, coincide con el plazo previsto en reglamentos similares²⁹ y con el plazo de prescripción que tiene la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas conforme lo refiere el Numeral 233.1 del Artículo 233° de la LPAG³⁰.

Por consiguiente, la decisión de mantener la información del administrado en el RINA por un plazo mayor (segunda reincidencia) no vulnera el derecho a

29 En materia de protección al consumidor existe el Registro de Infracciones y Sanciones al Código de Protección y Defensa del Consumidor, el cual tiene un plazo de permanencia de cuatro (4) años para cualquier tipo de infracción, sin referirse necesariamente a la reincidencia, según lo dispone el Artículo 5° del Reglamento del Registro de Infracciones y Sanciones al Código de Protección y Defensa del Consumidor aprobado por Decreto Supremo N° 029-2011-PCM.

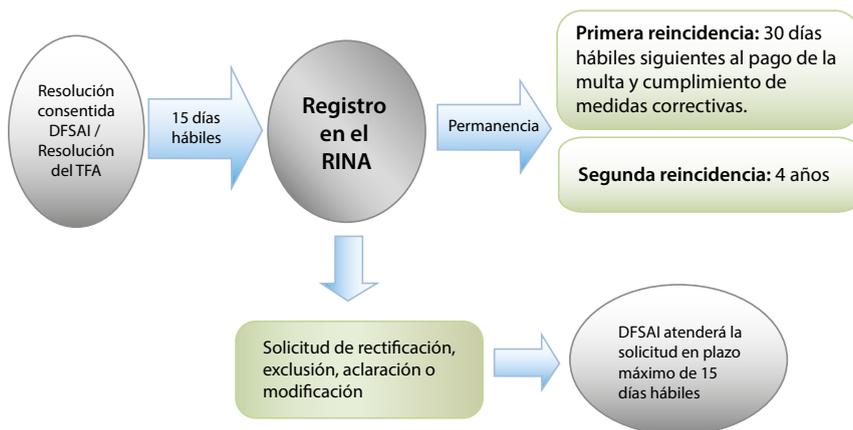
30 “**Artículo 233°.- Prescripción**

233.1. *La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas, prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio del cómputo de los plazos de prescripción respecto de las demás obligaciones que se derivan de los efectos de la comisión de la infracción. En caso ello no hubiera sido determinado, dicha facultad de la autoridad prescribirá a los cuatro (4) años.
(...)”.*

la prescripción, es decir, a que el paso del tiempo impida a la autoridad iniciar un procedimiento sancionador en su contra. Se entiende que este plazo también encuentra lógica su calidad de segundo reincidente puede llevarlo a la de un tercer y cuarto reincidente, para cuya identificación, su condición de inscrito es de gran utilidad para el OEFA.

El procedimiento del registro de reincidentes en el RINA, descrito en los párrafos anteriores, se visualiza en el siguiente flujograma:

Gráfico 4



Fuente: Elaboración propia

Cabe resaltar que el contenido que el RINA sistematiza está vinculado a información referida al nombre, razón o denominación social del infractor, el sector económico al que pertenece, el hecho infractor, la norma sustantiva incumplida, el tipo de sanción, la cuantía de la multa impuesta, las medidas correctivas dictadas, entre otras.

Adicionalmente, el administrado interesado podrá solicitar también el registro en el RINA de la existencia de un proceso contencioso administrativo iniciado contra la resolución del Tribunal de Fiscalización Ambiental que en última instancia confirmó la infracción, así como las acciones de remediación, la corrección de la conducta infractora, el cumplimiento de medidas correctivas y otra información similar.

VI. CONCLUSIONES

El RINA constituye una herramienta del conjunto de mecanismos y políticas públicas que el OEFA ha implementado como parte de un cambio en el enfoque de

la fiscalización ambiental, a través del cual se promueve el respeto a las normas y compromisos ambientales, a través de la transparencia y divulgación de información.

El derecho al acceso a la información –por ejemplo, a través de registros administrativos como el RINA– contribuye al ejercicio de derechos fundamentales, como a gozar de un ambiente sano y equilibrado o la libertad para decidir no contratar con una empresa registrada como infractor ambiental reincidente.

Los registros jurídicos confieren o habilitan el ejercicio de derechos al administrado desde el momento de su inscripción, por lo que el registro representa, en última instancia, un vehículo de la seguridad jurídica. Estos registros están destinados a los particulares con la finalidad de dotar de certidumbre a sus relaciones jurídicas.

Los registros administrativos no confieren reales efectos jurídicos a la información que incorporan sino que son utilizados por las entidades públicas para registrar y publicitar información vinculada al ejercicio de sus competencias y cumplir sus objetivos. Están destinados a dotar de información a la propia Administración Pública para el desarrollo de sus típicas actividades de limitación, fomento de garantía de prestación de servicios públicos, entre otros.

El RINA califica como registro administrativo, toda vez que sirve para que el OEFA ejerza sus competencias de fiscalización y sanción, y cumpla sus objetivos de evitar o desincentivar la comisión de infracciones ambientales.

El RINA es un mecanismo que, al igual que la imposición de sanciones, busca desincentivar la comisión de conductas infractoras por la vía de publicitar la identificación de aquellos infractores ambientales reincidentes.

Mientras un agente económico racional reciba una sanción mayor a la inicial, tendrá incentivos para cometer menos infracciones en un análisis costo - beneficio. Entonces, la comisión de infracciones ambientales disminuirá debido a que el “costo de estar registrado”, adicional al costo de la sanción, genera un mayor desincentivo a la comisión de infracciones ambientales.

La información pública y gratuita del RINA sobre la identificación de los infractores ambientales tiene un efecto positivo al producir un mayor impacto en el desincentivo a reincidir en infracciones ambientales.

BIBLIOGRAFÍA:

ARROYO, Luis y Luis ORTEGA

2004 *Libre empresa y títulos habilitantes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales.

EPSTEIN, Richard

2002 “El ocultamiento, uso y divulgación de la información”. *Themis*. Lima, número 44, pp. 7-8.

FREYRE, Milagros y Rachel JIHYUN NAM

2013 “El Acceso a la Información Pública, un Derecho para ejercer otros derechos”. *Gestión Pública y Desarrollo*. Lima, año 6, número 73, pp. A5-A8.

FORNO, Hugo

1993 “El contrato con efectos reales”. *Ius et Veritas*. Lima, año 4, número 7, pp. 77-87.

WEISS, Janet A.

2002 “Public information”. En SALAMON, Lester M. (editor). *The tools of government. A guide of the new governance*. Oxford: Oxford University Press.

LA APLICACIÓN DE LA REINCIDENCIA EN LAS INFRACCIONES AMBIENTALES

ZAIRA OCAMPOS CANO
ERICK GARCÍA CERRÓN(*)

Sumario

En este artículo se analiza la aplicación de la reincidencia en las infracciones ambientales por el OEFA, que tienen como base el desarrollo de la potestad sancionadora en materia ambiental por parte de la Administración Pública. Asimismo, se explican sus alcances y los elementos que la configuran.

I. Introducción. II. La reincidencia en el ordenamiento jurídico peruano. III. La reincidencia en las infracciones ambientales. IV. Aplicación de la reincidencia por parte de algunos órganos resolutivos administrativos. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la potestad sancionadora en materia ambiental por parte de la Administración Pública constituye una manifestación de la importancia que la protección del medio ambiente ha adquirido para mantener un adecuado orden social. Esto ha conllevado a que –al ascender su ejercicio a nivel de política pública– el Estado deba ejercer su potestad de limitación frente a cualquier actividad que pueda resultar dañosa, o sea peligrosa o susceptible de degradar el ambiente. Para ello se recurre a la imposición de sanciones o se exige el cumplimiento de los deberes establecidos por la normativa vigente.

En esa línea, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) en virtud de las funciones de fiscalización y sanción atribuidas por el Decreto Legislativo N° 1013 - Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente¹, la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental² (en adelante, Ley

(*) Los autores agradecen a Mario Huapaya y a Ernesto Soto por el valioso apoyo brindado en la elaboración y corrección del presente artículo.

1 Publicado en el diario oficial El Peruano el 14 de mayo de 2008.

2 Publicada en el diario oficial El Peruano el 22 de febrero de 2013.

del SINEFA), aprobó la Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 020-2013-OEFA/PCD, norma mediante la cual se dispusieron los “Lineamientos que establecen los criterios para calificar como reincidentes a los infractores ambientales bajo su ámbito de competencia” (en adelante, Lineamientos)³.

De acuerdo a su Exposición de Motivos, el objetivo de los citados Lineamientos es establecer los criterios para que la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos y el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA califiquen como reincidentes a los infractores ambientales que detecten como resultado de los procedimientos administrativos sancionadores que resuelven; ello para efectos de la graduación de las sanciones ambientales, y la incorporación de los infractores reincidentes en el Registro de Infractores Ambientales (RINA).

En ese sentido, el presente artículo busca realizar un análisis técnico de la referida norma, a fin de ahondar en los criterios establecidos por el OEFA para delimitar la reincidencia como agravante de las infracciones en materia ambiental, así como sus características, elementos y efectos.

II. LA REINCIDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

2.1. La reincidencia como institución jurídica del Derecho Penal

La reincidencia como institución jurídica tiene su base en el Derecho Penal. En el caso peruano, se puede encontrar referencias al respecto en el Código Penal de 1924, que precisaba en su Artículo 111° que era “reincidente” quien, después de haber sufrido en todo o en parte una pena privativa de libertad, incurría, antes de pasar cinco años, en otro delito reprimido también con pena privativa de libertad. En estos casos, correspondía aplicársele una pena no menor que la máxima correspondiente al delito.

3 El Literal (i) del Artículo 34° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, prescribe que la reincidencia se considera como circunstancia agravante especial en los procedimientos administrativos sancionadores del OEFA, según sea el caso. Asimismo, el Numeral 3.2 del Artículo 3° del Reglamento del Registro de Infractores Ambientales del OEFA, aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo N° 016-2012-OEFA/CD, dispuso que el Presidente del Consejo Directivo del OEFA expedirá lineamientos que establezcan criterios para calificar como reincidentes a los infractores ambientales bajo el ámbito de competencia del OEFA. En dicho contexto, mediante Resolución N° 015-2013-OEFA/PCD publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de febrero de 2013, la Presidencia del Consejo Directivo del OEFA dispuso la publicación de la propuesta de dichos lineamientos en su portal institucional, durante diez días hábiles, con la finalidad de recibir los comentarios, sugerencias y observaciones de la ciudadanía en general.

Durante mucho tiempo, la reincidencia fue considerada una medida apropiada para controlar las tendencias delictivas en nuestra sociedad. Este criterio respondía a una visión criminalista de larga data que propugnaba aplicar el denominado Derecho Penal de autor. Sin embargo, con el transcurso de los años, la reincidencia fue perdiendo vigencia y llegó, incluso, a ser proscrita del Código Penal vigente (1991), en tanto había sido considerada por su Comisión Revisora como una figura que violentaba el principio *non bis in idem* (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito). Para la Comisión Revisora, la rigurosidad de las penas impuestas en nombre de la reincidencia no había tenido ningún efecto disuasivo.

No obstante, la reincidencia regresaría a nuestro ordenamiento jurídico como parte de las medidas de emergencia implementadas por el Gobierno peruano para el delito de terrorismo. Fue, finalmente, reincorporada para todos los tipos penales a través de una modificación al Código Penal realizada por el Congreso de la República⁴.

El reingreso de la reincidencia en nuestro ordenamiento jurídico no fue pacífico; por el contrario, tanto el Decreto Ley N° 25475⁵, promulgado por el Poder Ejecutivo como la Ley N° 28726⁶, emitida por el Congreso de la República, fueron objeto de procesos de inconstitucionalidad. Sin embargo, estos hechos brindaron la oportunidad para que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre la constitucionalidad de la reincidencia y su relación con los principios *non bis in idem*, culpabilidad, proporcionalidad, entre otros.

4 Es pertinente señalar que, a pesar de todas las modificaciones realizadas desde que se incorporó la reincidencia en el Código Penal en el año 2006 mediante Ley N° 28726 hasta la última modificación realizada a dicho Artículo 46°-B mediante Ley N° 30076, esta aún mantiene la misma base descriptiva de su configuración: *“El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente”*.

5 **Decreto Ley N° 25475 - Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio, publicado en el diario oficial El Peruano el 6 de mayo de 1992**

“Artículo 9°.- Reincidencia

Los reincidentes serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de treinta años. Para efectos del presente Decreto Ley contra el terrorismo, se considera reincidente al delincuente que habiendo sufrido pena privativa de libertad, impuesta por sentencia nacional o extranjera, incurra en la comisión de un nuevo delito antes de transcurrir diez años de la condena precedente”.

6 Ley N° 28726 - Ley que incorpora y modifica normas contenidas en los Artículos 46°, 48°, 55°, 440° y 444° del Código Penal, y el Artículo 135° del Código Procesal Penal.

De acuerdo a los criterios expuestos por el Tribunal Constitucional, la reincidencia constituye una circunstancia específica en la que se halla a una persona a la que se le imputa la comisión de un delito y que abre espacio para la valoración de conductas anteriores, como mira para determinar la graduación de su pena. Por ello señala que “(...) la Reincidencia se ocupa de los problemas de las disposiciones legales que habilitan mayor poder punitivo en razón de que la persona, con anterioridad, ha sido condenada o sufrido pena por otro delito”⁷.

En cuanto a su relación con el principio *non bis in idem*, el Tribunal Constitucional concluye que en tanto el acto delictivo reincidente no era objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, se encontraba solamente agravada como consecuencia de un antecedente respecto al mismo tipo penal. En tal sentido, la mera valoración –a efectos de graduar la sanción– no constituye *non bis in idem*, pues la primera infracción no es sancionada dos veces ni tampoco la segunda que es castigada solo una vez⁸.

Sobre la vulneración al principio de culpabilidad, el Tribunal Constitucional señala que este principio no puede ser evaluado aisladamente, sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculpado, a fin de que se pondere de modo proporcional el nivel de reprochable que merece su accionar, lo que permite determinar que la reincidencia como agravante genérica resulta constitucional⁹.

Respecto al agravio del principio de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional detalla que la aplicación de la reincidencia debe coincidir con una afectación proporcional al hecho cometido, por lo que se debe determinar su importancia por el grado de nocividad social generado. En esa medida, la reincidencia resulta constitucionalmente legítima en tanto que su imposición no vulnera “la prohibición de exceso” que contiene dicho principio¹⁰.

7 ZAFARONI, Eugenio. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 1057. Citado en el fundamento jurídico 44 de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (Pleno Jurisdiccional) del 9 de agosto de 2006, recaída en el Expediente N° 003-2005-PI/TC.

8 Fundamento jurídico 24 de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (Pleno Jurisdiccional) del 19 de enero de 2007, recaída en el Expediente N° 0014-2006-PI/TC.

9 Fundamento jurídico 39 de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (Pleno Jurisdiccional) del 19 de enero de 2007, recaída en el Expediente N° 0014-2006-PI/TC.

10 Fundamentos jurídicos 46 y 47 de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (Pleno Jurisdiccional) del 19 de enero de 2007, recaída en el Expediente N° 0014-2006-PI/TC.

Por lo tanto, resueltas las críticas en el ámbito constitucional, la noción de reincidencia habría de transitar del Derecho Penal hacia el ámbito administrativo sancionador, lo cual conlleva a una reevaluación de los alcances de esta figura, de su naturaleza jurídica, de las características de la infracción reincidente, de los alcances de la sanción que se imponga una vez identificada la reincidencia, del mecanismo más idóneo para administrar la información sobre los reincidentes o del valor que se le otorgue dentro del cálculo de la multa.

2.2. La reincidencia en el Derecho Administrativo Sancionador

La doctrina es unánime en considerar como válida la aplicación de los principios generales del Derecho Penal en el Derecho Administrativo Sancionador. En ese sentido, se pronuncian los maestros García de Enterría y Fernández, quienes, citando al Tribunal Constitucional Español, afirman que:

*“Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado (...) hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales”*¹¹. (Negrilla agregada).

Esto genera como consecuencia práctica que la mayor parte de los principios y garantías que se predicán del Derecho Penal, que son el fruto de una secular elaboración y desarrollo, se apliquen también, con matices, a las infracciones y sanciones administrativas¹². Para ello, deben adecuarse en el marco de los límites y alcances de la potestad sancionadora, a fin de que sean plenamente compatibles con los objetivos que deben alcanzar.

En esa medida, los criterios procedentes del Derecho Penal como la regulación de las causas de justificación, las cláusulas de exclusión de la culpabilidad, las normas sobre concurso real e ideal de delitos, o las circunstancias atenuantes, figuras todas ellas del Derecho Penal, han resultado útiles para regular aspectos no previstos en la normativa administrativa.

De manera similar, la institución de la reincidencia también ha transitado desde su génesis criminalística hacia las disposiciones sobre control e imposición

11 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores, 2011, p. 1069.

12 GÓMEZ, Manuel e Íñigo SANZ. *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General*. Segunda edición. Navarra: Editorial Aranzadi, 2010, p. 110.

de sanciones en materia administrativa que se establecen, en nuestro ordenamiento jurídico, como uno de los criterios del principio de razonabilidad integrante y, a su vez, de los principios especiales de la potestad sancionadora de la Administración Pública. De esta manera, la reincidencia ha sido regulada a través del Literal c) del Artículo 230°.3 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG)¹³, detallado como un criterio para la graduación de las sanciones “la repetición o continuidad en la comisión de la infracción”.

La aplicación de la reincidencia se encuentra estrechamente ligada con otras disposiciones del Artículo 230° de la LPAG. Así, de acuerdo a lo señalado en el Numeral 230.7¹⁴ del referido artículo, para apreciar la reincidencia es necesario que previamente se configure una infracción y que esta haya sido sancionada mediante una resolución que agote la vía administrativa.

En lo que respecta a los detalles sobre el plazo para la aplicación de la reincidencia, las entidades con potestad sancionadora deberán remitirse al Numeral 230.7 del Artículo 230° de la LPAG ya citado, que no establece ninguna restricción para el plazo en el cual puede apreciarse la misma, y deja abierta la posibilidad para que pueda ser delimitada vía reglamentaria. Ejemplos de la aplicación de esta disposición podrán observarse en la sección correspondiente a la aplicación de la reincidencia en los procedimientos administrativos sancionadores de algunos organismos resolutivos peruanos.

III. LA REINCIDENCIA EN LAS INFRACCIONES AMBIENTALES

La intervención del Estado en materia de regulación del medio ambiente y aprovechamiento de recursos naturales se desarrolla, básicamente, en dos etapas: la primera radica en la gestión y certificación (etapa *ex ante*), en la que se realiza

13 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de abril de 2001.

14 Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa (...)”

7. *Continuación de infracciones.- Para determinar la procedencia de la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo. (...)”.*

la evaluación y aprobación de los instrumentos de gestión ambiental que contienen compromisos legales y voluntarios, y la segunda, denominada fiscalización (etapa *ex post*); la cual se realiza a fin de otorgar predictibilidad en sus decisiones y seguridad jurídica a los inversionistas.

Esta intervención administrativa encuentra su fundamento en el deber que tiene el Estado de proveer instrumentos para la defensa del ambiente natural y del ambiente humano, cuya garantía no está asegurada en principio por los simples mecanismos del mercado¹⁵. Ante ello, resulta indispensable contar con una estructura normativa que responda desde su perspectiva con los objetivos y retos que a nivel local y global plantea la protección del medio ambiente.

En ese sentido, siguiendo los lineamientos del Tribunal Constitucional sobre las obligaciones del Estado en materia ambiental, la aprobación de normas ambientales de naturaleza sancionadora constituye una manifestación de la obligación estatal de imponer deberes y obligaciones destinadas a conservar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, que materializa su dimensión positiva¹⁶.

En el marco de dicha obligación estatal, se han emitido normas como la Ley del SINEFA, el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador - Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD y los Lineamientos para la calificación de reincidentes - Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 020-2013-OEFA/PCD, entre otras normas que se encuentran dirigidas a cautelar el cumplimiento de la legislación ambiental y ejercer la potestad sancionadora ante el agravio que sufra el medio ambiente como consecuencia del desarrollo de ciertas actividades económicas. Tal como señala Morón:

“(...) cuando la ley autoriza a una autoridad pública la aplicación de sanciones administrativas le apodera de una competencia marcadamente discrecional que se trasunta en el margen de apreciación subjetiva que tiene para poder tipificar la conducta incurrida, en determinar las pruebas necesarias, en la valoración de las circunstancias agravantes y atenuantes alrededor de la infracción y en la elección de la sanción a aplicarse, dentro del catálogo de sanciones habilitadas por la normativa”¹⁷.

15 DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo: Tomo II*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 263.

16 Fundamento jurídico 14 de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (Pleno Jurisdiccional) del 14 de marzo de 2011, recaída en el Expediente N° 0004-2011-PI/TC.

17 MORÓN, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 699.

Con los Lineamientos, el OEFA busca evitar que las medidas administrativas que disponga, lejos de ser arbitrarias, se caractericen por su previsibilidad y adecuación a los hechos cometidos, lo cual implicará alcanzar el equilibrio entre la protección de los intereses públicos y la garantía de los derechos de los administrados.

3.1. Definición y alcances de la reincidencia en las infracciones ambientales

Conforme a los Lineamientos, la reincidencia se configura cuando se comete una nueva infracción, cuyo supuesto de hecho del tipo infractor es el mismo que el de la infracción anterior.

En relación a esta definición, se analizará la naturaleza de la reincidencia como agravante de la sanción y su alcance.

a) La reincidencia como factor agravante de las infracciones ambientales

El principio de proporcionalidad, en tanto principio general del derecho, se ha constituido como un valioso instrumento de control de la discrecionalidad de la Administración Pública, el cual supone proporción entre los medios utilizados y la finalidad perseguida. En lo que al control de la potestad sancionadora se refiere, implica una necesaria correlación entre la infracción cometida y la sanción a aplicar. Por lo que la Administración debe tener presente las particulares circunstancias de cada caso. Alejandro Nieto, respecto del principio de proporcionalidad, señala:

“(...) el principio opera en dos planos: en el normativo, de tal manera que las disposiciones generales han de cuidarse de que las sanciones que asignen a las infracciones sean proporcionales a éstas; y en el de aplicación, de tal manera que las sanciones singulares que se impongan sean igualmente proporcionales a las infracciones concretas imputadas”¹⁸.

Asimismo, el Tribunal Constitucional sobre el mencionado principio ha señalado:

“La potestad sancionadora administrativa se orienta bajo los siguientes principios: legalidad, tipicidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, causalidad, proporcionalidad. El principio de proporcionalidad se encuentra contenido en el artículo 200º de la Constitución Política (último párrafo) y supone proporción entre los medios utilizados y la finalidad perseguida. Debe existir una correlación entre la infracción cometida y la sanción a aplicar. (...)”¹⁹.

18 NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 2005, p. 351.

19 Fundamento jurídico 13 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de abril de 2007, recaída en el Expediente N° 1767-2007-AA/TC.

El principio de proporcionalidad es reiterado a lo largo de la LPAG. Al regular la potestad sancionadora administrativa, se precisa que las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción. Asimismo, la norma establece el orden de prelación de los criterios que la autoridad debe observar a efectos de graduar la sanción. Esto se refiere a la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, las circunstancias de la comisión de la infracción, el beneficio ilegalmente obtenido, y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor²⁰.

Como se observa, se ha considerado normativamente como un criterio, a efectos de graduar la sanción, la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción. Al respecto, es preciso mencionar que la doctrina ha señalado diversos fundamentos para considerar a la reincidencia como un criterio agravante para la graduación de sanciones, la más aceptada es aquella que se basa en el mayor reproche a quien ya conoce, a partir de su propia experiencia, el sentido de las prohibiciones jurídicas, así como las razones de prevención especial, para aquel sujeto que ha demostrado peligrosa predisposición para trasgredir el ordenamiento jurídico²¹.

Este criterio de graduación, encuentra su justificación en la LPAG, así como en lo dispuesto por nuestro Derecho Penal. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

20 **Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General**

“Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. *Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:*

a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;

b) El perjuicio económico causado;

c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;

d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;

e) El beneficio ilegalmente obtenido; y

f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

(...).”

21 SÁNCHEZ-TERÁN, Juan Manuel. *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*. Valladolid: Lex Nova, 2007, p. 324.

“(...) la Reincidencia constituye una circunstancia específica en que se halla una persona a la que se le imputa la comisión de un delito y que abre espacio para la valoración de sus conductas anteriores, con miras a determinar la graduación de las penas. Por ello, se ha señalado que: (...) la reincidencia se ocupa de los problemas de las disposiciones legales que habilitan mayor poder punitivo en razón de que la persona, con anterioridad, haya sido condenada o sufrido pena por otro. Así, la reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de uno anterior”²².

De ese modo, puede verificarse que la reincidencia, calificada como un criterio agravante para graduar la sanción por la Ley del Procedimiento Administrativo General, ha sido igualmente recogida en el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA²³ y en los Lineamientos materia del presente análisis. Ello con el fin de agravar la sanción para el infractor que persiste en la vulneración de las normas ambientales.

b) Alcance de la reincidencia en las infracciones ambientales

Los Lineamientos exigen que para la aplicación de la reincidencia como agravante, el supuesto de hecho del tipo infractor de la nueva infracción coincida con el supuesto de la infracción anterior. Se entiende, por supuesto de hecho a la hipótesis de conducta, que de producirse provocará la consecuencia. Así, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, se requiere que el hecho sancionado corresponda con la conducta descrita en el tipo de una norma sancionadora.

La Doctrina Penal clasifica la reincidencia en dos tipos:

- i) Reincidencia genérica: En el supuesto de que el delincuente, luego de haber cumplido la condena en todo o en parte, vuelva a recaer en la comisión de un nuevo delito diferente al cometido en la primera ocasión, es decir, que los delitos que se cometan con posterioridad no son de la misma especie que el primer delito. Así, la reiteración radica en la repetición de una variedad o diversificación de hechos o delitos.

²² Fundamento jurídico 17 de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (Pleno Jurisdiccional) del 19 de enero de 2007, recaída en el Expediente N° 0014-2006-PI/TC.

²³ El Literal (i) del Artículo 34° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD.

- ii) Reincidencia específica: Está referida a la comisión del mismo delito, es decir, el nuevo delito cometido posteriormente es idéntico al primero. Algunos autores agregan que puede ser un delito análogo o uno de igual o semejante naturaleza.

En cuanto a la aplicación de la reincidencia específica en el ámbito penal, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Si se consideran los alcances del texto de la norma, se comprende que la reincidencia consiste en una calificación de la conducta delictiva, adicional a la calificación ya prevista por el tipo penal. Esto quiere decir que ante la presunta realización de un delito, el juzgador evalúa, en un primer momento, si la conducta puede subsumirse en los elementos que conforman el tipo penal; si se produce dicha subsunción, la conducta es calificada con el nomen iuris que corresponde al delito (primera calificación). En un segundo momento, el juzgador evalúa nuevamente la conducta para establecer si califica o no como reincidencia, en función a la existencia de antecedentes del imputado por cometer anteriormente el mismo delito (segunda calificación). Una vez que se constata la comisión del delito y su carácter reincidente, se produce la atribución de la sanciones: una sanción por la comisión per se del delito y la agravación de dicha sanción como consecuencia de haberse identificado el carácter reincidente de la persona”²⁴.

24 Fundamento jurídico 18 de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (Pleno Jurisdiccional) del 19 de enero de 2007, recaída en el Expediente N° 0014-2006-PI/TC.

Asimismo, en el fundamento jurídico 47 de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (Pleno Jurisdiccional) del 9 de agosto de 2006, recaída en el Expediente N° 003-2005-PI/TC, se señala: *“Este Tribunal suscribe la primera propuesta, recurriendo a la aplicación de un método interpretativo sistemático por ubicación: el dispositivo analizado no se halla inserto dentro de un régimen general aplicable a toda clase de delitos, como es el caso de los dispositivos contenidos en el Título Preliminar del Código Penal, sino en una norma que tiene una específica materia de tratamiento, un Decreto Ley que versa sobre el delito de terrorismo. En tal sentido, se entenderá que la reincidencia se ha producido cuando existe identificación entre las tipologías penales del primer y segundo delito cometido. Por lo tanto, y considerando los alcances del artículo 9 del Decreto Ley 25475, la figura de la reincidencia consiste en la nueva comisión del delito de terrorismo, producida dentro de los diez primeros años de cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta por la anterior comisión de este mismo delito.”*

Por su parte, la LPAG únicamente contempla como un criterio para la graduación de sanciones: “*La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción*”, de lo cual se infiere que se trata de la comisión de la misma infracción, o una de la misma naturaleza²⁵. En esa línea, el OEFA ha considerado en sus Lineamientos, la aplicación como agravante de la reincidencia específica, es decir, cuando la nueva infracción cometida es idéntica o similar a aquella por la cual el sujeto fue sancionado anteriormente.

Es preciso señalar que la reincidencia como criterio agravante de la sanción no vulnera el principio del *non bis in idem*, lo cual constituye una garantía en favor del administrado que por un mismo hecho no podrá ser sancionado dos veces (dimensión material), ni podrá ser objeto de dos procesos distintos (dimensión procesal)²⁶.

De ese modo, conforme a lo señalado anteriormente, la sentencia del Tribunal Constitucional N° 0014-2006-PI/TC sostiene que la reincidencia prevé la posibilidad de agravar la pena por la comisión de un delito en caso de que existan antecedentes de su anterior consumación, si es que el primer delito cometido no recibe una pena adicional ni una agravación sino que simplemente se toma en consideración para efectos de graduar la pena que se atribuirá a un acto delictivo distinto.

Por su parte, el acto reincidente no es tampoco objeto de una doble imposición de sanción, sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo infractor, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo. Con este razonamiento, el colegiado sostiene que no existe una duplicidad de pena sino, por el contrario, el segundo delito, además de valorar el tipo cometido, lo agrava en virtud del antecedente de haber cometido uno anterior.

3.2 Elementos de la reincidencia en las infracciones ambientales

a) Resolución consentida o que agota la vía administrativa

La necesidad de que la resolución sancionadora previa haya adquirido firmeza, en los términos que se establece en los Lineamientos, está referida al sentido de

25 Así, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la Sentencia 13/2006 del 9 de enero de 2006 señala “*Es bien sabido que el tipo, tanto en Derecho Penal como en Derecho Administrativo Sancionador, es la descripción abstracta de la conducta –acción u omisión– que la norma castiga*”.

26 MORÓN, Juan Carlos. Óp. Cit., p. 728.

firmeza administrativa. Así, es requisito formal que la sanción anteriormente impuesta haya de serlo en virtud de una resolución firme en vía administrativa.

El Numeral 216.1 del Artículo 216° de la LPAG señala que la interposición de cualquier recurso, no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo disposición legal expresa en contrario o de ser el caso, la suspensión de oficio o a petición de parte otorgada de acuerdo con el Numeral 216.2 del Artículo 216° de la Ley antes mencionada²⁷.

En el caso del procedimiento sancionador, existen disposiciones especiales. Por ejemplo, el Numeral 237.2 del Artículo 237° de la LPAG²⁸ señala que la resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. Respecto a este punto, Morón señala que el sentido de la norma es que las resoluciones sancionadoras que no pongan fin a la vía administrativa, no serán ejecutivas en tanto no haya recaído la resolución del recurso que, en su caso, se habrá interpuesto contra estas, o haya transcurrido el plazo para su interposición sin que esta se haya producido²⁹. En esa medida, tenemos que los supuestos que agotan la vía administrativa se encuentran en el Numeral 218.2 del Artículo 218° de la Ley del Procedimiento Administrativo General³⁰.

27 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 216°.- Suspensión de la ejecución

216.1. *La interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.*

216.2. *No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, la autoridad a quien compete resolver el recurso podrá suspender de oficio o a petición de parte la ejecución del acto recurrido cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

a) *Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.*

b) *Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.*

(...)”.

28 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 237°.- Resolución

(...)

237.2. *La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. La administración podrá adoptar las medidas cautelares precisas para garantizar su eficacia, en tanto no sea ejecutiva.”*

29 MORÓN, Juan Carlos. Óp. Cit., p. 752.

30 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 218°.- Agotamiento de la vía administrativa

(...)

De acuerdo con lo antes mencionado, ha de entenderse que la resolución sancionadora adquiere firmeza en vía administrativa con la notificación de la resolución del recurso de reconsideración o apelación, y en caso de que no se interpongan recursos, la firmeza se adquiere una vez transcurridos los plazos para interponer los recursos administrativos³¹.

b) Plazo

Por razones de seguridad jurídica, el OEFA determinó cuatro años de plazo en los cuales un infractor puede ser calificado como reincidente, tomando como criterio el plazo de prescripción³² de la potestad sancionadora de la administración pública.

218.2. *Son actos que agotan la vía administrativa:*

- a) *El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa; o*
- b) *El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica; o*
- c) *El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de revisión, únicamente en los casos a que se refiere el Artículo 210 de la presente Ley; o*
- d) *El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los Artículos 202 y 203 de esta Ley; o*
- e) *Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales”.*

31 GÓMEZ, Manuel e Íñigo SANZ señalan que “*En el caso del acto consentido y firme, ha sido la voluntad del particular (precisamente <no actuando>) la que ha determinado que la sanción impuesta agote la vía administrativa, al no habilitar al superior jerárquico para eventual modificación de la sanción en vía de recurso de alzada*”. Véase: GÓMEZ y SANZ. Óp. Cit., p. 896.

32 **Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General**
“Artículo 233°.- Prescripción

233.1. *La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas, prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio del cómputo de los plazos de prescripción respecto de las demás obligaciones que se deriven de los efectos de la comisión de la infracción. En caso ello no hubiera sido determinado, dicha facultad de la autoridad prescribirá a los cuatro (4) años.*

(...)”.

Tal como se ha señalado, la LPAG no establece ninguna restricción para el plazo en el cual puede apreciarse la reincidencia. En tal sentido, este puede ser delimitado reglamentariamente³³, por lo que se encuentra ante un ámbito de decisión discrecional de la Administración³⁴.

Como se mencionó anteriormente, al ejercer las facultades discrecionales, la Administración Pública no puede decidir y actuar arbitrariamente sino que debe apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa aplicando el principio de proporcionalidad; de ese modo, el OEFA –al establecer el plazo para apreciar la reincidencia– fundamentó su decisión en los bienes jurídicos que tutela, que se encuentran relacionados al medio ambiente³⁵.

Es preciso indicar que la función de la potestad sancionadora ambiental tiene su justificación en la necesidad de cuidar, custodiar, preservar el ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo humano³⁶. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que el contenido esencial del citado derecho fundamental está configurado

33 **Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General**

“Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

4. *Tipicidad.- (...) Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.*

(...)”.

34 SANTAMARÍA y PAREJO sostienen que “*Estaremos frente a una potestad discrecional, si el legislador ha regulado la actividad administrativa mediante normas en las que su supuesto de hecho se encuentra indeterminado, indefinido, insuficiente, etc., parcialmente, cuando el Derecho no establezca los parámetros suficientes de su actuación, sino que ella misma debe establecerlos.*” Véase: SANTAMARÍA, Juan A. y Luciano PAREJO. *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid: Ramón Areces, 1989, p. 129.

35 De esa manera, el OEFA lo recoge en la Matriz que sistematiza y absuelve los comentarios, observaciones y sugerencias recibidas por la entidad durante el periodo de prepublicación: <<http://www.oefa.gob.pe/wp-content/uploads/2013/03/Lineamientos-criterios-calificar-reincidentes.pdf>> (Consultado el 12 de noviembre de 2013)

36 De acuerdo con el Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú, toda persona tiene el derecho fundamental a “*gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida*”.

por: i) el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, y, ii) el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado; lo cual entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute³⁷.

De ese modo, si se considera que el infractor ha repetido su conducta de vulneración de las normas ambientales, es necesario que dicha actuación sea debidamente ponderada al momento de imponer la nueva sanción; por lo que resulta razonable que el plazo para apreciar la reincidencia coincida con el de la prescripción de la potestad sancionadora, a fin de evitar que el transcurso del tiempo consolide una indiferencia respecto de la conducta previa del infractor ambiental³⁸.

El plazo de cuatro años debe contarse a partir de la notificación de la primera sanción. Cabe resaltar que, en aplicación del principio de presunción de inocencia, la notificación de la sanción corresponde a la de la resolución directoral que impone la sanción y no a la Resolución Subdirectorial de inicio del procedimiento administrativo sancionador³⁹.

Igualmente, corresponde indicar que la resolución sancionadora propiamente dicha, es la que dicta la primera instancia, es decir, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA. Las resoluciones que se dictan en los recursos de reconsideración o apelación no tienen la naturaleza de resoluciones sancionatorias, puesto que en ellas no se impone una sanción sino que tienen la naturaleza de actos de revisión en vía administrativa.

37 Fundamento jurídico 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC.

38 En esa línea, Peña Chacón sostiene que *“El derecho ambiental, como parte de los derechos humanos de la tercera generación, posee un carácter transversal. Esto implica que sus valores, principios y normas, contenidos tanto en instrumentos internacionales como en la legislación interna de los distintos Estados, llegan a nutrir e impregnar el entero ordenamiento jurídico de cada uno de ellos.*

Estas peculiaridades distintivas tienen especial importancia en el tema prescriptivo, ya que los efectos de la contaminación suelen exteriorizarse muy lentamente, terminando por favorecer a quien o quienes cometen un daño ambiental, ello debido a que paso del tiempo les permitiría insolventarse, ausentarse, o bien desaparecer física o jurídicamente.

De ahí la importancia de reinterpretar el instituto de la prescripción a la luz de los principios propios del incipiente derecho ambiental, con el fin de evitar a toda costa que el transcurso del tiempo se convierta en un aliado del degradador ambiental y con ello, se llegue a consolidar jurídicamente una denegatoria de justicia, situación a todas luces irracional, desproporcionada, y por tanto inconstitucional.” Véase: PEÑA, Mario, “Daño Ambiental y Prescripción”. <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/19/06_mario_penia_chacon.html> (Consultado el 12 de noviembre de 2013)

39 Para el cómputo de dicho plazo es indiferente que la sanción se haya cumplido o no.

3.3. Efectos de la reincidencia en las infracciones ambientales

a) Agravar la sanción

El verificar los requisitos para que se configure la reincidencia en el ejercicio de la potestad sancionadora tendrá como consecuencia el agravamiento de la sanción, conforme se señaló anteriormente.

Es así que la tabla 3 del Anexo 2 de la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD, que aprueba la “*Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones*”⁴⁰, contempla como uno de los criterios para graduar la sanción la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción.

b) Incorporación al Registro de Infractores Ambientales (RINA)

La calificación del antecedente previo como reincidencia derivará en la incorporación del infractor reincidente en el RINA⁴¹, registro que tiene por objeto la promoción de la transparencia y difusión de la información relacionada a las sanciones impuestas por el OEFA, aspectos que se desarrollan en extenso en la sección correspondiente de la presente publicación.

IV. APLICACIÓN DE LA REINCIDENCIA POR PARTE DE ALGUNOS ÓRGANOS RESOLUTIVOS ADMINISTRATIVOS

El siguiente cuadro busca mostrar las principales características de los criterios establecidos por siete instituciones del Estado que cuentan con potestad administrativa sancionadora, incluido el OEFA, de acuerdo a los procedimientos administrativos sancionadores aprobados por dichos organismos públicos.

40 Publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de marzo de 2013 (separata especial).

41 **Reglamento del Registro de Infractores Ambientales del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental aprobado mediante Resolución N° 016-2012-OEFA/CD**

“**Artículo 6°.- Contenido del RINA**

6.1. *El RINA deberá contener, como mínimo, la siguiente información:*

- a) *Nombre, razón o denominación social del infractor ambiental reincidente.*
- b) *Número de Documento de Identidad o número de RUC del infractor ambiental reincidente y nombre de su representante legal del período en que ocurrieron los hechos.*
- c) *Sector Económico al que pertenece.*
- d) *Número y fecha de la resolución que impuso o confirmó la sanción y la calificación de reincidente del infractor ambiental por cada conducta infractora, así como la indicación del respectivo expediente administrativo.*

(...).”

Cuadro N° 1
Cuadro comparativo de la aplicación de la reincidencia por parte de algunos
órganos resolutivos administrativos

Reincidencia	Naturaleza del hecho	Plazo	Sanción previa
OSINERGMIN (2009) ⁴²	Vuelve a cometer la misma infracción.	Dentro de los dos años siguientes.	Resolución firme o consentida.
OSITRAN ⁴³	Cuando repita los mismos actos que dieron lugar a la infracción anterior.	Sea igual o menor a dos años.	Resolución sancionadora firme o que haya causado estado.
OSIPTTEL ⁴⁴	Infracción reiterada.	Plazo de dos años desde la fecha en que se notificó a la Empresa Operadora la carta de inicio del procedimiento administrativo sancionador.	Resolución anterior que, en vía administrativa, hubiere quedado firme o haya causado estado.
SUNASS ⁴⁵	Comisión de una misma infracción.	En el transcurso de dos años.	---

42 Artículo 6° de la Resolución de Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 233-2009-OS-CD - Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador, publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de diciembre de 2009.

43 Artículo 60° de la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN - Reglamento de Infracciones y Sanciones, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de diciembre de 2003.

44 Artículo 5° de la Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD-OSIPTTEL - Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de julio de 2013.

45 Literal (vii) del Artículo 34° de la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2007-SUNASS-CD - Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las EPS, publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de enero de 2007.

INDECOPI ⁴⁶	La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.	---	Resolución firme ⁴⁷ .
SBS ⁴⁸	Comisión de la misma infracción.	Dentro del plazo de tres (3) meses calendario de haber sido sancionada la infracción.	Resolución firme.
OEFA	Nueva infracción cuyo supuesto de hecho del tipo infractor es el mismo que el de la infracción anterior.	Cuatro (4) años respecto de infracciones anteriores.	Resolución consentida o que agota la vía administrativa, salvo que su eficacia se encuentre suspendida por mandato judicial.

Fuente: Elaboración propia

Se puede verificar que las instituciones recogidas en el presente análisis coinciden en señalar la reincidencia específica como criterio agravante, es decir, la referida a la comisión de una infracción de la misma naturaleza. Asimismo, concuerdan con el requisito formal de que el antecedente se encuentre en una resolución firme en la vía administrativa.

Respecto del plazo, tal como lo señala el Numeral 4 del Artículo 230° de la LPAG: *“Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones”*, se ha verificado que se han aprobado plazos desde tres meses hasta dos años. Con ello, el OEFA se ha distanciado de los demás organismos al establecer cuatro años para apreciar la reincidencia en las infracciones ambientales, lo cual, conforme se ha señalado precedentemente, encuentra su justificación en los bienes jurídicos que se le han encargado tutelar.

46 Literal h) del Artículo 53° del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, publicado en el diario oficial El Peruano el 26 de junio de 2008 y vigente desde el 26 de julio de 2008.

47 La norma especial no lo señala, pero se aplicaría lo dispuesto en el Numeral 7 del Artículo 230° de la Ley N° 27444.

48 Artículo 8° de la Resolución SBS N° 5389-2013 - Reglamento de Infracciones y Sanciones en materia de Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo aplicable a las Empresas que explotan Juegos de Casino y/o Máquinas Tragamonedas, publicada en el diario oficial El Peruano el 14 de setiembre de 2013.

V. CONCLUSIONES

La reincidencia ha transitado, desde su génesis en el Derecho Penal, hacia el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. En esa línea, se ha establecido estableciéndose como un factor agravante para la graduación de las sanciones, que se fundamenta en el mayor reproche a quien, conociendo las prohibiciones jurídicas, vuelve a cometer una infracción, así como en razones de prevención especial, pues el sujeto ha demostrado peligrosa predisposición para trasgredir el ordenamiento jurídico.

Teniendo en cuenta que la potestad sancionadora ambiental tiene su justificación en la necesidad de preservar el ambiente, equilibrado y adecuado para el desarrollo humano, resultaba necesario que el OEFA cuente con lineamientos que permitan complementar las disposiciones que sobre reincidencia había establecido la Ley de Procedimiento Administrativo General, ello a fin de contar con los presupuestos necesarios para la correcta aplicación del referido criterio de agravación de sanciones.

El OEFA, de forma similar que otros organismos resolutivos, ha considerado en sus criterios sancionadores, la aplicación como agravante de la reincidencia específica, es decir, cuando la nueva infracción cometida es idéntica o similar a aquella por la cual el sujeto fue sancionado anteriormente. Además, se requiere que la sanción anteriormente impuesta lo sea en virtud de una resolución firme en vía administrativa.

En aplicación del principio de proporcionalidad, el OEFA, al establecer el plazo para apreciar la reincidencia en las infracciones ambientales, tomó en consideración la importancia de los bienes jurídicos que tutela, por lo que consideró el plazo similar al de la prescripción de la potestad sancionadora, es decir, cuatro años.

La aplicación de la reincidencia pretende enviar un mensaje a los administrados, este es, que la repetición de una infracción no solamente será tomada como una falta más dentro de su récord de incumplimiento ambiental, sino que, además, constituye una causa para justificar una multa más grave y su posterior incorporación en el RINA; situación jurídica que se espera desincentive la comisión de nuevas infracciones ambientales.

BIBLIOGRAFÍA:

DROMI, Roberto
2005 *Derecho Administrativo*. Segundo tomo. Lima: Gaceta Jurídica.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ
2011 *Curso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores.

GÓMEZ, Manuel e Iñigo SANZ

2010 *Derecho Administrativo Sancionador - Parte General*. Segunda edición. Madrid: Editorial Aranzadi.

MORÓN, Juan Carlos

2011 *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena edición. Lima: Gaceta Jurídica.

NIETO, Alejandro

2005 *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.

PEÑA, Mario

2009 “Daño Ambiental y Prescripción”. *Revista electrónica de Derecho Ambiental*. Sevilla, número 19. Consulta: 12 de noviembre de 2013. <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/19/06_mario_penia_chacon.html>

SÁNCHEZ-TERÁN, Juan Manuel

2006 *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*. Valladolid: Lex Nova, p. 324.

SANTAMARÍA, Juan A. y Luciano PAREJO

1989 *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid: Ramón Aceres.

ZAFARONI, Eugenio

2002 *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

EL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL: PROMOTOR DE LAS GARANTÍAS EN LA JUSTICIA AMBIENTAL

HILDA TARAZONA TRIVEÑO
JOSÉ MARÍA MARIÑO TUPIA(*)

Sumario

Los autores explican la conformación y funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental, como órgano de control de la legalidad administrativa. Asimismo, desarrollan los alcances del acceso a la justicia ambiental en el Perú.

I. Introducción. II. Acceso a la justicia ambiental en el Perú. III. Antecedentes del Tribunal de Fiscalización Ambiental. IV. Conformación y funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental. V. El Tribunal como órgano de control de la legalidad administrativa. VI. Gestión resolutoria del Tribunal de Fiscalización Ambiental. VII. Cambios en el Tribunal de Fiscalización Ambiental. VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En 1992, la Declaración de Río marcó un hito respecto a la importancia de la temática ambiental en la política de los gobiernos, así como en el Derecho Internacional. Entre los principios que fueron declarados en aquella oportunidad, el décimo referido al Acceso a la Justicia Ambiental dispuso que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados. Dicha Declaración marcó un punto de partida para los procesos de reforma que tuvieron lugar en Latinoamérica con el fin de consolidar los mecanismos de acceso a la justicia ambiental en sus países.

(*) Los autores agradecen a Mario Huapaya y a Ernesto Soto, por el valioso apoyo brindado en la elaboración y corrección del presente artículo.

El acceso a la justicia en general, recogido en la Constitución Política del Perú¹, de modo implícito, constituye aquella atribución dada a la ciudadanía con el fin de obtener por parte del Estado una solución eficaz a los conflictos que le aquejen cada vez que sus derechos sean lesionados o puestos en peligro, siendo uno de estos el de contar con un medio ambiente equilibrado y adecuado para su desarrollo.

Sin embargo, desde una visión más amplia, el derecho de acceso a la justicia puede entenderse como la posibilidad real de que el Estado cuente con instrumentos judiciales o de otra índole previstos en su ordenamiento jurídico que permitan la protección de derechos o intereses o la resolución de conflictos, lo cual implica la posibilidad de recurrir ante los órganos o instancias competentes y hallar en estas una solución jurídica para la situación planteada².

Bajo esta última perspectiva, podríamos entender que el acceso a la justicia ambiental constituye el derecho a obtener de parte del Estado una solución a los conflictos jurídicos de carácter ambiental, o la protección de derechos vinculados con el ambiente, lo cual supone dos cosas: (i) que todos los ciudadanos se encuentran en igualdad de condiciones para acceder a la justicia ambiental para la solución de conflictos ambientales, y luego, (ii) que, como bien jurídico digno de tutela³, el medio ambiente deba ser protegido directamente por el Estado, a través de la actuación de sus órganos administrativos y jurisdiccionales.

Una característica del régimen de tutela del medio ambiente en esta parte de la región ha sido su gran afinidad por canalizar la mayoría de sus medidas a través del ámbito administrativo, lo que significa la predominancia de un sistema de normas que: (i) disponen obligaciones ambientales; y, (ii) que rigen el ejercicio del poder de policía del Estado, así como su potestad sancionadora.

1 En la sentencia recaída en el Expediente N° 010-2001-AI/TC, el Tribunal Constitucional manifestó “*el derecho de acceso a la justicia es un componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución. Dicho derecho no ha sido expresamente enunciado en la Carta de 1993, pero ello no significa que carezca del mismo rango, pues se trata de un contenido implícito de un derecho expreso.*”

2 CASAL, Jesús María et ál. *Derechos Humanos, Equidad y Acceso a la Justicia*. Caracas: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS), 2005, p. 11-43.

3 Cabe señalar que en su Sentencia C-632-11 la Corte Constitucional de Colombia ha caracterizado al medio ambiente como un bien jurídico constitucionalmente protegido que irradia todo el orden jurídico en cuanto se le atribuye al Estado la obligación de conservarlo y protegerlo, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la nación. Para mayores referencias acceder a: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-632-11.htm>

Desde la década de los noventa, se ha podido evidenciar que en la búsqueda de estructuras administrativas más idóneas para la gestión de justicia ambiental, los Estados de Latinoamérica han apostado por un tránsito más unívoco hacia la creación o reforzamiento de Ministerios o Secretarías Especializadas en medio ambiente. A modo de referencia, puede señalarse que, al concluir dicha década, dieciocho de los veinte países de la región contaban con un Ministerio o una Secretaría especializada en dicha materia⁴.

Si bien el panorama se torna positivo en cuanto a los esfuerzos que realizan los Estados por contar con una adecuada estructura administrativa para la mejora de la gestión de la justicia ambiental en el ámbito administrativo⁵, en la región aún no se ha logrado concretar un régimen homogéneo, sino que todavía existen regímenes de organización administrativa distintos. Un ejemplo de ello lo constituyen los casos de Argentina y Colombia.

En el caso de Argentina, la Constitución Política de 1994 dispuso que correspondía al Estado Nacional dictar normas que contengan presupuestos mínimos de protección al medio ambiente y a las provincias dictar normas complementarias con exigencias tuitivas diferenciadas para cada ámbito local, lo que finalmente trajo como consecuencia la existencia de un régimen complejo donde coexisten normas que regulan el poder de policía del Estado con vigencia en todo el territorio nacional y otras normas propias de cada gobierno provincial. En tal sentido, los aspectos sustanciales y procedimentales que regulan la tutela ambiental y las eventuales responsabilidades deben ser analizadas en función de cada régimen local⁶.

Mientras tanto, en el caso colombiano, se ha dado un avance hacia la consolidación de las normas reguladoras del procedimiento sancionador ambiental, implementado gracias a la puesta en vigencia de la Ley N° 1333 del año 2009, que dispuso las reglas sustantivas y procedimentales aplicables a la potestad sancionadora en materia ambiental y en la cual se señala que la titularidad para el ejercicio de

4 BRAÑES, Raúl. Informe sobre el desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano. Primera edición. México: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2001. p. 88.

5 Para tener un mayor acercamiento de la legislación ambiental vigente y su aplicación efectiva en los países de América Latina puede consultarse: http://www.pnuma.org/gobernanza/legislacion_regional.php.

6 El régimen sancionador argentino presenta una diversidad de normas de naturaleza policial que varía de una provincia a otra, y donde por encima de las regulaciones de tutela mínima que ha dictado el Congreso Nacional, existen disparidades sustantivas entre los regímenes sancionatorios ambientales vigentes en cada ámbito territorial. PINTO, Mauricio, "Particularidades del Derecho Sancionador Ambiental en Argentina". En GARCÍA PACHÓN, María del Pilar y Oscar Darío AMAYA NAVAS (editores). *Derecho Sancionatorio Ambiental*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 47-49.

la potestad sancionadora corresponde al Estado y la ejerce a través del Ministerio del Ambiente, las Corporaciones Autónomas Regionales, las Corporaciones de Desarrollo Sostenible, las Unidades Ambientales de los Grandes Centros Urbanos y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales naturales.

II. ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL EN EL PERÚ

En el Perú, los medios de acceso a la justicia ambiental que el ordenamiento jurídico habilita para la protección del ambiente se dan en cuatro sentidos distintos y excluyentes: Constitucional, Penal, Civil y Administrativo.

Desde la perspectiva constitucional, el fundamento del acceso a la justicia ambiental está definido por la naturaleza de “Derecho Fundamental” que posee la situación activa de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, y las disposiciones relativas al rol del Estado en la protección del medio ambiente y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales⁷. Constituyen vías idóneas para su tutela el proceso de inconstitucionalidad contra normas con rango de ley que vulneren tal derecho⁸ y el proceso de amparo.

Por su parte, la protección penal del medio ambiente se encuentra establecida en el Título XIII del Libro Segundo del Código Penal, el cual tipifica los denominados delitos ambientales. La característica central de estos delitos es que para determinar su configuración resulta necesario remitirse a normas de carácter administrativo que permitan “completar” la descripción de cada tipo. En esa medida, parte central de la imputación del hecho delictivo es la elaboración de un informe técnico fundamentado emitido por parte de la autoridad ambiental competente, conforme a lo establecido en el Numeral 149.1 del Artículo 149° de Ley General del Ambiente⁸ y su Reglamento.

Actualmente, la defensa penal del ambiente se encuentra en decidida implementación, lo que se evidencia no solamente por la creación de una Procuraduría

7 Constitución Política del Perú

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

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

8 El Tribunal Constitucional ya ha consolidado importantes criterios sobre medio ambiente, tales como su dimensión (Expediente N° 0018-2001-PI/TC, fundamento jurídico 9), contenido (Expediente N° 0048-2004-PI/TC, fundamento jurídico 17), obligaciones del Estado (Expediente N° 004-2010-PI/TC, fundamento jurídico 15), entre otros.

Especializada en Delitos Ambientales, que asume la defensa jurídica del Estado en todos los procesos o procedimientos por la comisión de delitos ambientales, sino también por la creación de Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental a nivel nacional y la creación de dos Juzgados de la Investigación Preparatoria especializados en delitos ambientales, en los Distritos Judiciales de Piura y Cusco.

En el caso del acceso a la justicia ambiental desde el ámbito civil, el derecho de acción puede iniciarse para la defensa de intereses particulares, colectivos y difusos, cobrando importancia aquellas acciones dirigidas a tutelar estos últimos, dado que en este rubro se encuentra el ambiente⁹. La legitimidad para ejercer la defensa de intereses difusos es regulada por el Artículo 82° del Código Procesal Civil¹⁰, que restringe su ejercicio a determinadas instituciones, a saber, el Ministerio Público, las instituciones autorizadas por ley, los organismos no gubernamentales que defienden el ambiente siempre que el juez así lo considere, los gobiernos regionales, los gobiernos locales y las comunidades campesinas y nativas.

2.1. La justicia ambiental peruana en el ámbito administrativo

En el ámbito administrativo, la justicia ambiental se encuentra conformada por: (i) aquellos mandatos dirigidos a la Administración Pública para la realización de un conjunto de actos materiales encaminados a prevenir y controlar el deterioro ambiental, y, (ii) la legislación que contempla obligaciones dirigidas a resguardar el desarrollo sostenible de los recursos naturales y el mantenimiento de un ambiente

9 El Tribunal Constitucional ha manifestado que el derecho de gozar de un ambiente adecuado y equilibrado constituye un derecho subjetivo de raigambre fundamental, cuyo titular es el ser humano considerado en sí mismo, con independencia de su nacionalidad, y que además de un derecho subjetivo, se trata también de un derecho o **interés con caracteres difusos**, en el sentido de que es un derecho que lo titularizan todas y cada una de las personas. Al respecto puede verse el fundamento jurídico 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0018-2001-AI/TC, referida a la acción de inconstitucionalidad formulada por el Colegio de Abogados del Santa contra la Ordenanza Municipal N° 016-2001-MSP, emitida por la Municipalidad Provincial del Santa-Chimbote.

10 Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil

“Artículo 82°.- Patrocinio de intereses difusos

Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor.

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello. (...)

saludable, cuyo cumplimiento debe ser garantizado por la Administración. Esto se ve reflejado en la Política Nacional del Ambiente¹¹, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2009-MINAM del 23 de mayo de 2009.

Sobre esto último, corresponde señalar que las obligaciones ambientales dictadas por el Estado con la finalidad de resguardar el medio ambiente implican en la mayoría de los casos restricciones para el ejercicio de derechos (como el de propiedad) o de libertades económicas (de comercio, de trabajo o de empresa) y/o el deber de cumplir con ciertos requisitos antes de la realización de actividades económicas. Un ejemplo de lo manifestado lo constituyen, entre otros, los requerimientos de certificación ambiental para el ejercicio de distintas actividades económicas, la exigencia de estudios de evaluación ambiental debidamente aprobados previos al inicio de actividades, el cumplimiento de límites máximos permisibles, de estándares de calidad ambiental, y la responsabilidad por los pasivos ambientales generados en el desarrollo de las actividades industriales¹².

En el Perú, las entidades que cuentan con facultades sancionadoras integran el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, sistema que tiene por finalidad, según lo establecido en la Ley N° 29325¹³, asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de todas las personas, así como supervisar y garantizar que las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y potestad sancionadora en materia ambiental sean ejercidas de manera independiente, imparcial, ágil y eficiente.

La Ley N° 29325 ha dispuesto que la rectoría del referido sistema lo ejerce el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, quien además de

11 Particularmente, en el Eje de Política N° 2, referido a la Gestión Integral de la Calidad del Ambiente.

12 En cuanto al tema de restricciones consultar: MENDOZA, Dante, “Límite Ambientales a la Libertad de Empresa”. En DANÓS Jorge et ál. (Coordinadores). *Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Derecho Administrativo en el Siglo XXI*. Lima: Adrus Editores, 2013, pp. 669-680. BRAÑES, Raúl, “Informe sobre el desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano”. México. D.F.: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2001, p. 53.

13 **Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental**
“Artículo 4°.- Autoridades competentes

Forman parte del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental:

a) El Ministerio del Ambiente (MINAM).

b) El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

c) Las Entidades de Fiscalización Ambiental, Nacional, Regional o Local.”

actuar como órgano rector ostenta potestades sancionatorias que son ejercidas a través de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos¹⁴ (DFSAI), cuya función es realizar la instrucción de los procedimientos administrativos sancionadores iniciados contra presuntos infractores, así como dictar las sanciones y medidas correctivas correspondientes ante la determinación de responsabilidad.

Recapitulando, hasta este punto hemos visto que en el marco de la justicia administrativa ambiental peruana:

- (i) Las obligaciones ambientales que el Estado impone a los particulares implican, en la mayoría de los casos, la restricción de sus libertades y derechos;
- (ii) que el cumplimiento de tales obligaciones se encuentra garantizado por las entidades que conforman el SINEFA; y,
- (iii) que el OEFA, cuenta con potestad para fiscalizar y sancionar la existencia de infracciones ambientales.

Sin embargo, como correlato de las restricciones que el Estado impone a los derechos y libertades de los particulares, también corresponde a este velar por las garantías de los administrados que se encuentren incurso en procedimientos administrativos sancionadores, velando sobre todo por el desarrollo de un debido procedimiento y la legalidad de los actos administrativos de gravamen impuestos.

En ese sentido, es de suma importancia que el Estado implemente mecanismos de control de los actos administrativos sancionadores. Este objetivo, así como otros que veremos más adelante, sustentan la existencia de los tribunales administrativos en la Administración Pública y de manera específica la existencia del Tribunal de Fiscalización Ambiental en el OEFA.

2.2 El Tribunal de Fiscalización Ambiental y su rol en la justicia ambiental

Si bien existen importantes razones que justifican la promoción de las actividades de fiscalización y sanción de las entidades encargadas de velar por el cumplimiento y eficacia de la regulación ambiental, no debe perderse de vista que tal impulso debe ir acompañado, por un régimen que asegure el respeto de las garantías a favor de los administrados sobre los que recaen dichas actividades.

Es en ese sentido que la legislación que regula la potestad sancionadora ha previsto que tal atribución debe ser ejercida siempre que se observen determinados

¹⁴ Cuyas funciones se encuentran detalladas en el Capítulo II del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM.

estándares para su imposición, entre los cuales se encuentran los principios generales¹⁵ que limitan dicha potestad, previstos en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en ese mismo sentido, en la sentencia recaída en el Expediente N° 00156-2012-PHC/TC del 8 de agosto de 2012, donde exhortó a la Administración Pública que durante la tramitación de procedimientos sancionadores se respeten los principios de legalidad y tipicidad, así como los derechos a la comunicación previa y detallada de la acusación, defensa, presunción de inocencia, a ser juzgado por un órgano independiente e imparcial, a ser juzgado en plazo razonable, el principio del *non bis in ídem*, entre otros.

A efectos de buscar un sano equilibrio entre la necesidad de asegurar la eficacia de las normas ambientales y las garantías de los administrados, diversas legislaciones han apostado por implementar mecanismos de revisión (judicial o administrativo) de los actos administrativos dictados por los órganos que ejercen potestad sancionadora en materia ambiental, siendo una de las medidas la conformación de tribunales administrativos¹⁶ como órganos de alzada encargados de velar por el debido procedimiento y la legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad¹⁷.

De allí que se explique la trascendencia del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA dentro del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los Tribunales Administrativos, la doctrina ha señalado que estos constituyen órganos colegiados¹⁸, cuya titularidad corresponde a un conjunto de personas físicas y cuya voluntad se genera del concurso de la voluntad

15 Los principios de legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, concurso de infracciones, continuación de infracciones, causalidad, presunción de licitud, *non bis in ídem*.

16 El Capítulo 18 del Tratado de Libre Comercio suscrito por el Perú con los Estados Unidos, que incluyen pactos sobre medio ambiente reconoce la necesidad de contar con instancias administrativas que garanticen procesos justos, equitativos y transparentes, así como garantizar la tramitación de un debido procedimiento. Asimismo, la necesidad de contar con tribunales administrativos revisores imparciales e independientes.

17 Además de ello, surgen posiciones que también sustentan la implementación de Tribunales Administrativos debido a la existencia de la “desjudicialización teórica” de materias cuyas competencias primarias pasaron al ámbito administrativo y, por tanto, la necesidad de que en esa sede existan filtros necesarios que garanticen la legalidad y respeto a la garantía de los administrados. Al respecto ver: TASSANO, Hebert. “Tribunal especial económico como última instancia en asuntos regulatorios de servicios públicos”. En ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores, 2010.

de sus miembros. Pero no por ello el acto administrativo emitido dejará de ser un acto simple y no uno complejo, entendido este último como aquel conformado por el concierto de voluntades de distintos órganos (sean unipersonales o colegiados)¹⁹.

Con respecto a su conformación y funcionamiento, la organización interna de los órganos colegiados no es regida bajo relaciones de jerarquía, sino que el principio regulador se encuentra sujeto a la decisión de la mayoría.

En ese sentido, el proceso de formación de la voluntad del órgano se compone de varias etapas, a saber: la convocatoria, la deliberación y la decisión final o resolución. Antes de adoptarse la decisión final, el colegiado debe constituirse y deliberar, siempre que previamente este haya sido constituido por la concurrencia de un determinado número de integrantes (*quórum*)²⁰.

Es justamente esta característica el principal atractivo de la implementación de los Tribunales Administrativos, dado que la dialéctica que se manifiesta en la formación de su voluntad hace que las decisiones adoptadas tengan una garantía de haber sido formadas en el marco de un proceso reflexivo, lo que a su vez genera un mayor nivel de legitimidad de sus pronunciamientos, así como aumenta el nivel de seguridad de los administrados en cuanto a la tutela de las garantías a que tienen derecho.

Considerando esta temática, en el ámbito ambiental se ha planteado la necesidad de que las instancias administrativas cuenten con Tribunales Ambientales Especializados²¹. Esta propuesta también ha sido sustentada, además de las razones planteadas, bajo los siguientes fundamentos:

- (i) Dotar de experticia en el manejo del Derecho Ambiental nacional e internacional y del enlace interdisciplinario en el abordaje de la problemática ambiental;

18 En el ordenamiento jurídico peruano, el régimen de órganos colegiados se encuentra contemplado en el Subcapítulo V del Capítulo II de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

19 PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. Tomo II. *Organización y Empleo Público*. Decimocuarta edición. Madrid: Marcial Pons, 2000, pp. 24-25.

20 CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Lima: Palestra Editores, 2010, pp. 246-247.

21 Una experiencia latinoamericana de creación de tribunales ambientales especializados lo hallamos en Chile, que mediante Ley N° 20.600 creó los Tribunales Ambientales y cuyo Artículo 17° establece sus múltiples competencias, entre ellas la de conocer, cuando sean elevadas en consulta, las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente que apliquen sanciones por infracción de la normatividad ambiental.

- (ii) que la resolución de los casos sea eficiente;
- (iii) mejorar la visibilidad de la cuestión ambiental, de acuerdo a las corrientes de presión a nivel nacional e internacional;
- (iv) asegurar la uniformidad en la interpretación de la normatividad ambiental;
- (v) disminuir los costos debido a que se pueden implementar procedimientos específicos a la resolución de casos ambientales, entre otros²².

Lo desarrollado nos permite afirmar que las funciones que realiza el Tribunal de Fiscalización Ambiental como órgano de alzada del OEFA conforme al marco normativo que lo regula²³ procuran hacer de este colegiado un verdadero garante de los derechos de los administrados que se encuentran incurso en los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por el OEFA. La evolución, funciones y funcionamiento de este colegiado serán desarrollados a continuación.

III. ANTECEDENTES DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

En el marco del programa de reformas estructurales, implementado al inicio de la década de los noventa para promover la libre iniciativa privada en todos los sectores de la actividad económica del Perú, se promulgó el Decreto Legislativo N° 757 - Ley Marco de Crecimiento de la Inversión Privada²⁴. Dicha norma, con disposiciones dirigidas a incentivar un modelo de desarrollo económico en armonía con la conservación del ambiente, estableció que todos los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales fueran autoridades ambientales, de acuerdo con sus competencias, consagrando así la sectorialización de la gestión ambiental en el país.

En este contexto, la fiscalización ambiental en las actividades energéticas y mineras estaba a cargo del Ministerio de Energía y Minas, y su potestad sancionadora

22 CARBALLO, Juan Martín. “Acceso a la justicia en materia ambiental en el ámbito internacional. Estrategias de fortalecimiento desde diferentes perspectivas”. *Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales*. Lima, volumen 1, número 1, pp. 215-234.

23 Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, así como el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD.

24 Decreto Legislativo N° 757 - Ley Marco de la Inversión Privada, publicado el 13 de noviembre de 1991.

era ejercida a través de sus Direcciones Generales de Electricidad, Hidrocarburos y Minería. Las resoluciones sancionadoras emitidas por tales Direcciones eran recurridas ante el Viceministro de Energía, el Ministro de Energía y Minas y el Consejo de Minería, respectivamente.

Por otro lado, la fiscalización ambiental de las actividades pesqueras y acuícolas correspondía al Ministerio de la Producción, siendo la Dirección General de Seguimiento, Control y Vigilancia del Ministerio de la Producción y el Comité de Apelación de Sanciones los órganos de primera y segunda instancia, respectivamente, del procedimiento administrativo sancionador.

De este modelo de fiscalización intrasectorial, en virtud del mandato contenido en el Decreto Legislativo N° 757²⁵, entre otros motivos, la fiscalización de las actividades de energía y minería pasó a un modelo extrasectorial, al considerarse pertinente que dicha tarea se encontrara en manos de una entidad pública políticamente autónoma, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN. Dicho ente regulador ejercía su potestad sancionadora a través de su Gerencia General, cuyas decisiones en materia sancionadora ambiental eran apelables ante el Consejo Directivo. Posteriormente, el Tribunal de Apelación de Sanciones en Temas de Energía y Minería - TASTEM asumiría la función de resolver tales recursos de apelación, en lo que resultara competente de acuerdo a lo que estableciese el Consejo Directivo.

Posteriormente, en el año 2008, en el marco de la reestructuración de la institucionalidad ambiental en el Perú, se creó el Ministerio del Ambiente y se implantó formalmente un modelo de fiscalización transectorial, el cual fue encargado al OEFA, entidad que asumiría las funciones de fiscalización en materia ambiental de diversos sectores productivos (energía, minería, pesquería e industria) progresivamente.

El año siguiente, a través de la Ley N° 29325, se creó el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental - SINEFA, designándose al OEFA como su ente rector, el cual contaría con un Tribunal de Fiscalización Ambiental como última instancia administrativa.

25 FOY, Pierre. “Visión sintética del sistema jurídico ambiental peruano como contexto para comprender la gestión ambiental”. *Actualidad Gubernamental*. Lima, volumen 1, número 46, pp. XIII-1 – XIII-6.

IV. CONFORMACIÓN Y FUNCIONES DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

El Tribunal de Fiscalización Ambiental surge como el órgano del OEFA encargado de ejercer las funciones específicas establecidas en la Ley N° 29325, el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM y el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD²⁶, las cuales consisten en:

- (i) Resolver en segunda y última instancia administrativa, los recursos de apelación contra los actos impugnables emitidos por la Dirección de Supervisión y la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA; así como aquellos interpuestos ante aquellas entidades cuyas funciones en materia ambiental fueron transferidas al OEFA;
- (ii) resolver las quejas administrativas;
- (iii) proponer al Presidente del Consejo Directivo del OEFA mejoras a la normatividad ambiental, dentro del ámbito de su competencia; y
- (iv) ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley.

Tales funciones convierten al Tribunal de Fiscalización Ambiental en el órgano administrativo encargado de controlar la legalidad de la actuación de los órganos de primera instancia del OEFA cuando imponen sanciones y/o medidas administrativas a los administrados, a fin de prevenir o corregir el daño ambiental que pudiera afectar o hubiera afectado los bienes jurídicos protegidos.

Dicho encargo se encuentra sujeto a otro de la misma trascendencia, el de velar por los derechos de los administrados que se encuentren incurso en los procedimientos administrativos que motivaron la imposición de tales sanciones y/o medidas administrativas.

Estas funciones han sido encargadas a este órgano colegiado especializado, que cuenta con autonomía técnica y con independencia en la emisión de sus pronunciamientos, lo cual resulta imprescindible para cumplir sus funciones de manera efectiva.

²⁶ Posteriormente, reemplazado por el Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 050-2013-OEFA/CD.

Es tan importante que el Tribunal de Fiscalización Ambiental cuente con autonomía e independencia que dichos caracteres han sido cautelados normativamente desde diferentes aspectos:

- Desde el momento postulatorio, estableciéndose que para el ingreso a la función como vocal, los candidatos serán elegidos mediante un proceso de evaluación por concurso público de méritos, lo que incluye la exigencia de requisitos previos que aseguren la idoneidad profesional y moral de cada uno de estos²⁷;
- Garantizando a cada miembro del Tribunal un periodo de gestión mínimo de cuatro años, disponiéndose que su remoción del cargo solamente se podrá sustentar en caso de comisión de falta grave, ello siempre que tal imputación sea debidamente comprobada y fundamentada²⁸; y,
- Disponiéndose en el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, que el Tribunal constituye un órgano resolutorio y no uno de línea, lo que implica que sus pronunciamientos solo responden a su criterio.

27 Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental

“Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

(...)

10.2. *El Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) cuenta con salas especializadas, cuya conformación y funcionamiento es regulado mediante Resolución del Consejo Directivo del OEFA. El número de salas especializadas es definido por el Consejo Directivo. Los vocales de cada sala son elegidos, previo concurso público, por resolución del Consejo Directivo, por un período de cuatro años, y removidos de sus cargos si incurren en las causales establecidas en el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).*

10.3. *Para ser vocal del Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) se requiere ser profesional no menor de treinta y cinco años de edad, tener un mínimo de cinco años de titulado, contar con reconocida y acreditada solvencia profesional, así como contar con una amplia experiencia en las materias que configuran el objeto de competencia del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) de acuerdo a cada especialidad (...).”*

28 Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA-CD

“Artículo 4°.- De los vocales que conforman el Tribunal de Fiscalización Ambiental

4.1. *Los vocales del Tribunal de Fiscalización Ambiental son designados, previo concurso público, por resolución del Consejo Directivo, por un período de cuatro (4) años. (...).”*

“Artículo 6°.- Causales de remoción

6.1. *Los vocales solo podrán ser removidos en caso de falta grave debidamente comprobada y fundamentada. La remoción se realizará mediante Resolución de Consejo Directivo del OEFA. (...).”*

Como lo advertimos, estas previsiones legales son garantía de estabilidad y constituyen una protección para la autonomía y la independencia para el cumplimiento de las funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental, lo que contribuye de manera positiva a que ellas se realicen de manera efectiva.

V. EL TRIBUNAL COMO ÓRGANO DE CONTROL DE LA LEGALIDAD ADMINISTRATIVA

La función principal del Tribunal de Fiscalización Ambiental es la resolución de los recursos de apelación interpuestos por los administrados contra los actos administrativos emitidos por los órganos de primera instancia del OEFA, que consideran que sus derechos o sus intereses legítimos han sido afectados por tales actos, a fin de que estos sean revisados y, eventualmente, revocados, modificados, anulados o suspendidos.

La revisión de los actos administrativos otorga a los administrados una mayor certeza de que los mismos han sido emitidos respetando el orden jurídico, los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo que gozan los administrados, lo cual implica el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

De esta manera, se configura como una garantía en favor del administrado frente a una posible inadecuada actuación de la Administración al ejercer su potestad sancionadora.

Pero, por otro lado, la referida revisión es además un mecanismo de autocontrol de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, considerando, tal como lo señala Espinosa - Saldaña que *“(...) los recursos administrativos cumplen una función de garantía para la Administración, dándole la posibilidad de rectificar sus errores o de defender con mayor contundencia el interés público, si estima que actuó correctamente. (...) además que le permite asegurar un control de legitimidad y conveniencia de los actos administrativos de los órganos u organismos inferiores de las Administraciones por sus superiores jerárquicos”*²⁹.

Sin embargo, ya sea como garantía a favor del administrado o para la Administración, el fin último es cautelar los derechos de los administrados, así como la legalidad de la actuación administrativa, en defensa del interés público.

29 ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. “Recursos Administrativos: Algunas consideraciones básicas y el análisis del tratamiento que les ha sido otorgado en la Ley N° 27444”. En DANÓS, Jorge et ál. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444*. Primera edición Lima: Ara Editores, 2011, pp. 433 - 459.

En ese sentido, a través de la impugnación de los actos administrativos se intenta restablecer la legalidad de la actividad administrativa en caso de que ella pudiera haber sido vulnerada, conjugándola con la observancia de las situaciones jurídicas subjetivas particulares. Es decir, se intenta armonizar la defensa de los derechos subjetivos con el interés público que gestiona la Administración Pública³⁰.

Por otro lado, es pertinente señalar que es posible que el órgano de segunda instancia declare de oficio la nulidad de los actos administrativos emitidos por la primera instancia, pese a haber quedado firmes, cuando estos adolezcan de vicios que determinen su nulidad de pleno derecho, a fin de resguardar la legalidad de la actuación de la Administración.

Dicha potestad anulatoria de oficio del Tribunal está prevista de manera excepcional para aquellos actos viciados de nulidad, que perjudiquen el interés público, respecto a los cuales resulta imprescindible restablecer el orden jurídico alterado por dicho acto. Ello es así, toda vez que la Administración también debe proteger la seguridad jurídica de los administrados, teniendo como base el interés público³¹.

En tal sentido, conviene indicar que sobre este último concepto jurídico, el Tribunal Constitucional ha señalado 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, cuya satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. Este interés público se expresa confluyentemente como el valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta atractivo, apreciable y útil. De allí que se entienda como expresiones del valor público que en sí mismo tienen ciertas cosas; o bien como expresión de aquello que únicamente interesa al público³².

Aunado a ello, como se mencionó anteriormente, en reiterados pronunciamientos, el citado órgano constitucional se ha encargado de precisar

30 DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p.502.

31 **Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General**

“Artículo 202°.- Nulidad de oficio

202.1. *En cualquiera de los casos enumerados en el Artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público. (...)”.*

32 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC, fundamento jurídico 11.

que, de acuerdo al Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú, el derecho de la persona de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo, no solo es un derecho subjetivo, sino que se trata también de un derecho o interés de carácter difuso, pues su titularidad corresponde a todas y cada una de las personas³³.

En tal sentido, es válido concluir que el referido derecho fundamental reviste la forma de un interés público, por lo cual la potestad anulatoria de oficio de la Administración podría ejercerse frente a actos administrativos que lo afecten directamente, si estos adolecen de vicios que determinan su nulidad de pleno derecho; pues, lo contrario, la inacción de la Administración o la inaplicación de los mecanismos de control de las actividades de los administrados, colocaría a la comunidad en una situación de indefensión, frente a los daños ambientales que estos pudieran haber generado.

Como ejercicio de la potestad de control de la legalidad de la actuación de la Administración, a lo largo de estos años, el Tribunal ha declarado la nulidad de algunos de los pronunciamientos del órgano de primera instancia, al verificarse que los mismos se apartaron de los principios del procedimiento administrativo sancionador.

VI. GESTIÓN RESOLUTIVA DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

El Tribunal de Fiscalización Ambiental asumió inicialmente una carga procedimental de 187 expedientes, proveniente del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental de las actividades de energía, minería, pesquería, acuicultura e industria de OSINERGMIN (117 expedientes) y el Ministerio de la Producción (70).

En la medida en que la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA fue emitiendo cada vez más resoluciones, también fue aumentando la carga procedimental del Tribunal de Fiscalización Ambiental, así como la emisión de sus resoluciones, siendo que en los años 2011, 2012 y en lo que va del año 2013, emitió 32, 279 y 263 resoluciones, respectivamente, en total 574 resoluciones, de acuerdo con el siguiente detalle:

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0964-2002-AA/TC, fundamento jurídico 8.

Cuadro N° 1
Expedientes resueltos por el TFA - Por Sector

AÑOS	MINERIA	HIDROCARBUROS	ELECTRICIDAD	PESCA	TOTAL
2011	32	0	0	0	32
2012	196	11	4	68	279
2013	172	43	12	36	263
TOTAL	400	54	16	104	574

Fuente: Tribunal de Fiscalización Ambiental - OEFA
 Elaboración propia

La meta programada para el año 2013 es 290 resoluciones, por lo cual se observa el aumento progresivo del número de resoluciones emitidas en estos tres años de gestión del Tribunal de Fiscalización Ambiental, indicador objetivo del avance en el cumplimiento de sus funciones.

6.1. Precedentes administrativos

La consolidación del Tribunal de Fiscalización Ambiental como órgano de control de la legalidad administrativa sienta las bases para la emisión de precedentes administrativos, que constituyen actos administrativos que, al resolver casos particulares interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación. En tal sentido, los precedentes administrativos cubren vacíos legales, lo cual resulta necesario, considerando que la normativa ambiental en el país se encuentra en pleno desarrollo, y aún no están reguladas determinadas situaciones ambientales.

Pero más importante aún es que los precedentes administrativos otorgan seguridad jurídica a los administrados, ya que condicionan a que en el futuro casos semejantes sean resueltos de manera similar por la entidad, pues su observancia es obligatoria, mientras su interpretación no sea modificada. De acuerdo con ello, se señala que si bien no tienen valor normativo estricto, el precedente tiene valor vinculante para la propia Administración, por lo que apartarse de él en un caso concreto sin fundamento alguno, puede ser índice de un trato discriminatorio, de una falta de buena fe, de una actitud arbitraria³⁴.

³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomas-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores, p. 81.

Por lo tanto, el Tribunal de Fiscalización Ambiental juega un rol preponderante para coadyuvar a tales fines, lo cual se concretarán con la emisión de los referidos precedentes³⁵.

VII. CAMBIOS EN EL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

No obstante que la gestión del Tribunal de Fiscalización Ambiental hasta la fecha ha sido eficiente, los avances en el ejercicio de la función de fiscalización ambiental del OEFA determinaron que sea necesario el fortalecimiento de su estructura orgánica. Estos avances están referidos a:

- (i) la intensificación de acciones de evaluación, supervisión y fiscalización;
- (ii) la mayor cobertura territorial en las acciones de evaluación y supervisión;
- (iii) el aumento de sectores sujetos a fiscalización, en mérito a las nuevas transferencias de competencias; y,
- (iv) la implementación de nuevos mecanismos para lograr una fiscalización ambiental efectiva, tales como las medidas preventivas y los mandatos de carácter particular, pasibles de ser apelados y cuya revisión corresponde al Tribunal de Fiscalización Ambiental³⁶.

En tal sentido, en abril de 2013, la Ley N° 30011 modificó la Ley N° 29325, estableciendo que el Tribunal de Fiscalización Ambiental contará con más Salas Especializadas que deberán estar conformadas por vocales. Los que desempeñarán el cargo a tiempo completo y a dedicación exclusiva, siendo que los vocales a tiempo parcial, que actualmente integran el Tribunal de Fiscalización Ambiental, conformarán una Sala Transitoria que coexistirá con la Primera Sala Especializada.

Asimismo, la modificación a la Ley N° 29325 conllevó también a la emisión de un nuevo Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD y modificado posteriormente a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2013-OEFA/CD, la cual se emitió a fin de regular su nueva estructura organizacional, consistente en Salas Especializadas, y Sala Plena, una Secretaría

35 Por lo pronto, el Tribunal de Fiscalización Ambiental ha desarrollado un criterio interpretativo respecto de la definición de daño ambiental contenida en el Numeral 142.2 del Artículo 142° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente.

36 MINISTERIO DEL AMBIENTE. “Fiscalización Para el Cambio” consultado el 10 de noviembre del 2013. <http://www.minam.gob.pe/dmdocuments/presentaci%C3%B3n_ppt_proyecto_1815_sinefa.pdf>

Técnica que brinde soporte técnico, legal y administrativo a todas las Salas para el cumplimiento de sus funciones y que cuente con un equipo de profesionales multidisciplinarios que brinde asesoría técnica especializada a los Vocales, lo cual resulta necesario debido a la complejidad científico-técnica de los casos ambientales.

El fortalecimiento del Tribunal de Fiscalización Ambiental busca garantizar la resolución expeditiva pero, principalmente, eficiente de los recursos de apelación interpuestos por los administrados contra las resoluciones emitidas por los órganos de primera instancia del OEFA, en un plazo aún menor al de 90 días establecido en el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, a fin de que pueda afrontar con éxito el futuro crecimiento de su carga procedimental.

VIII. CONCLUSIONES

El acceso a la justicia ambiental constituye el derecho a obtener de parte del Estado solución a los conflictos jurídicos de carácter ambiental y la protección de derechos vinculados con el ambiente, lo cual supone que el medio ambiente deba ser protegido directamente por el Estado, a través de la actuación de sus órganos administrativos y jurisdiccionales.

Las obligaciones ambientales dictadas por el Estado con la finalidad de resguardar el medio ambiente implican, en la mayoría de los casos, restricciones para el ejercicio de derechos (como el de propiedad) o de libertades económicas (como las de comercio, de trabajo o de empresa).

Sin embargo, como correlato de las restricciones que el Estado impone a los derechos y libertades de los particulares en favor del ambiente, también corresponde a este velar por las garantías de los administrados que se encuentren incurso en procedimientos administrativos sancionadores por presuntas infracciones ambientales, velando sobre todo por el desarrollo de un debido procedimiento y la legalidad de los actos administrativos de gravamen impuestos.

A efectos de buscar un sano equilibrio entre la necesidad de asegurar la eficacia de las normas ambientales y las garantías de los administrados, diversas legislaciones han apostado por implementar mecanismos de revisión de los actos administrativos dictados por los órganos que ejercen potestad sancionadora en materia ambiental. Una de estas medidas es la conformación de tribunales administrativos como órganos encargados de velar por el debido procedimiento y la legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad.

En este contexto, las funciones que realiza el Tribunal de Fiscalización Ambiental como órgano de alzada del OEFA conforme al marco normativo que lo regula hacen de este colegiado un verdadero garante de los derechos de los administrados acusados en los procedimientos administrativos sancionadores del OEFA.

BIBLIOGRAFÍA:

BRÑES, Raúl

2000 *El Acceso a la Justicia Ambiental en America Latina: Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible*. México. D.F.: Asociación Latinoamericana de Derecho Ambiental.

2001 *Informe sobre el desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano*. Primera edición. México: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

CARBALLO, Juan Martín

2011 “Acceso a la justicia en materia ambiental en el ámbito internacional. Estrategias de fortalecimiento desde diferentes perspectivas”. *Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales*. Lima, volumen 1, número 1, pp. 215-234.

CASSAGNE, Juan Carlos

2010 *Derecho Administrativo*. Tomo I. Lima: Palestra Editores.

CASAL, Jesús María et ál.

2005 *Derechos Humanos, Equidad y Acceso a la Justicia*. Caracas: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS), pp. 11-43.

DROMI, Roberto

2005 *Derecho Administrativo*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy

2004 “Recursos Administrativos: Algunas consideraciones básicas y el análisis del tratamiento que les ha sido otorgado en la Ley N° 27444”. En DANÓS, Jorge et ál. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444*. Lima: Ara Editores, pp. 433 - 459.

FOY VALENCIA, Pierre

2012 “Visión sintética del sistema jurídico ambiental peruano como contexto para comprender la gestión ambiental”. *Actualidad Gubernamental*. Lima, volumen 1, número 46, pp. XIII-1 – XIII-6.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ

2006 *Curso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores.

MENDOZA, Dante

2013 “Límite Ambientales a la Libertad de Empresa”. En DANÓS, Jorge et ál. (Coordinadores). *Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Derecho Administrativo en el Siglo XXI*. Lima: Adrus D&L Editores.

PARADA, Ramón,

2000 *Derecho Administrativo. Organización y Empleo Público*. Tomo II. Madrid: Marcial Pons.

PINTO, Mauricio

2013 “Particularidades del Derecho Sancionador Ambiental en Argentina”. En GARCÍA, María del Pilar y Darío AMAYA (Editores). *Derecho Sancionatorio Ambiental*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 47-79.

TASSANO, Hebert

2010 “Tribunal especial económico como última instancia en asuntos regulatorios de servicios públicos”. Asociación Peruana de Derecho Administrativo. *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra, pp. 369 - 391.

REGLAS GENERALES PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL - OEFA

HUMBERTO ZÚÑIGA SCHRODER

Sumario

Este artículo expone las Reglas Generales mediante las cuales el OEFA ejerce su potestad sancionadora. Se aborda la tipificación de infracciones, así como las medidas cautelares, medidas preventivas, medidas correctivas y mandatos de carácter particular. Finalmente, se analiza la responsabilidad objetiva y el régimen de sanciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

I. Introducción. II. Análisis. III. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos más importantes de la esfera de actuación de la Administración Pública descansa en el ejercicio de su potestad sancionadora, entendida en términos amplios como la atribución de la autoridad administrativa de imponer sanciones a terceros a través de un procedimiento especial¹. Bajo ese

1 De acuerdo a lo señalado por Morón, “*la actividad sancionadora tiene un objetivo único: Ejercer la pretensión sancionadora del poder público administrativo, mediante un procedimiento especial, donde el administrado tenga las suficientes garantías para el ejercicio de su defensa*”. MORÓN, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 679. Asimismo, destaca en este punto lo señalado por Danós: “(...) *la potestad sancionadora de la administración pública se justifica principalmente por razones pragmáticas, puesto que es menester reconocer a la administración facultades coercitivas en orden a cautelar el cumplimiento de las normas legales*”. DANÓS, Jorge. “Notas acerca de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública”. *Ius et Veritas*, Año 5, N° 10, Julio 1995, p. 150. Finalmente, según lo establecido en el Numeral 13 de los “Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas previstas en el Literal d) del Numeral 22.2 del Artículo 22° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental”, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD, de fecha 22 de marzo de 2013: “*La imposición de sanciones a los administrados pretende generar un incentivo negativo, en el sentido de inducirlos a cumplir o acatar las obligaciones que les han sido establecidas legalmente. De esta forma se busca desincentivar la puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos, así como su afectación concreta. Así, la aplicación de una sanción administrativa tiene por finalidad castigar al infractor para prevenir una nueva acción similar en el futuro (prevención especial), pero también puede constituir una medida preventiva general, alertando a los demás sujetos sobre los efectos que tendría el incumplimiento de sus obligaciones legales (prevención general)*”.

contexto, el presente artículo estará centrado en el estudio de dicha atribución por parte del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), y de los instrumentos legales a través de los cuales ejerce dicha facultad.

Partiendo de dicha premisa, este estudio se encuentra dividido en dos partes. En la primera, serán abordados algunos conceptos generales relacionados con las características y atribuciones del OEFA, así como en los dispositivos a través de los cuales ejerce dicha potestad sancionadora. La segunda parte, por otro lado, estará más bien focalizada en el estudio de las denominadas Reglas Generales para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobadas por el Consejo Directivo del OEFA en el mes de setiembre del año 2013. Dichas reglas establecen criterios y lineamientos para regular el ejercicio de dicha potestad.

II. ANÁLISIS

2.1. Acerca del OEFA

El OEFA puede ser definido, en términos generales, como un *“organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, constituyéndose en pliego presupuestal, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental que corresponde”*². En ese sentido, el citado organismo se constituye en el ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), creado mediante Ley N° 29325, y cuyo texto fuera publicado en el diario oficial El Peruano el 5 de marzo de 2009.

Una de las funciones primordiales del OEFA es verificar el cumplimiento de la legislación ambiental por todas las personas naturales y jurídicas, y supervisar que las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control, potestad sancionadora y aplicación de incentivos en materia ambiental, realizada a cargo de las diversas entidades del Estado, se efectúen de forma independiente, imparcial, ágil y eficiente, de acuerdo a lo dispuesto jurídicamente en la Política Nacional del Ambiente³. Cabe destacar además que, para el correcto ejercicio de sus funciones, el OEFA cuenta con atribuciones normativas, plasmadas en el Numeral 2 del Artículo 11° de la Ley N° 29325 –de acuerdo al texto modificado por la Ley N° 30011– dispositivo que establece lo siguiente:

2 Segunda Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1013 - Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente.

3 Esta información puede ser encontrada en el portal del OEFA.
< http://www2.oefa.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=89>
(Consultado el 8 de diciembre de 2013).

“Función normativa: comprende la facultad de dictar, en el ámbito y en materia de sus competencias, las normas que regulen el ejercicio de la fiscalización ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), y otras de carácter general referidas a la verificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables de los administrados a su cargo; así como aquellas necesarias para el ejercicio de la función de supervisión de entidades de fiscalización ambiental, las que son de obligatorio cumplimiento para dichas entidades en los tres niveles de gobierno.

“En ejercicio de la función normativa, el OEFA es competente, entre otros, para tipificar infracciones administrativas y aprobar la escala de sanciones correspondientes, así como los criterios de graduación de estas y los alcances de las medidas preventivas, cautelares y correctivas a ser emitidas por las instancias competentes respectivas”. (Negrilla agregada).

Como puede apreciarse, el OEFA se encuentra facultado no solo para tipificar infracciones administrativas sino, también, para aprobar la escala de sanciones correspondientes. Bajo ese marco, el organismo en cuestión ha expedido, a través de Resolución de Consejo Directivo N° 038-2013-OEFA/CD, de fecha 17 de setiembre de 2013, las denominadas Reglas Generales para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora del OEFA, **que establecen criterios y lineamientos para regular el ejercicio de la potestad sancionadora**, incluyendo lo referido a la tipificación de infracciones y el establecimiento de sanciones y medidas correctivas. Estas Reglas tienen carácter vinculante, y constituyen, adicionalmente, una guía para las Entidades de Fiscalización Ambiental - EFA de ámbito nacional, regional y local.

2.2. Sobre las Reglas Generales para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora del OEFA

2.2.1. Tipificación de infracciones

En términos generales, las Reglas bajo análisis tipifican como supuestos de hecho de infracciones administrativas *“aquellas conductas de acción u omisión que signifiquen o expresen el incumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables, incluyendo las vinculadas a la fiscalización ambiental”* (Numeral 4.1 de la Regla General Cuarta). Cabe resaltar que las citadas Reglas Generales hacen alusión a los tipos infractores genéricos definidos en el Artículo 17° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización

Ambiental, destacando además que corresponde al OEFA desarrollar los subtipos infractores, los cuales pueden ser generales, transversales y sectoriales⁴.

Dentro de los tipos infractores genéricos, el Artículo 17° antes citado prevé lo siguiente:

“Artículo 17°.- Infracciones administrativas y potestad sancionadora

Constituyen infracciones administrativas bajo el ámbito de competencias del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) las siguientes conductas:

- a) El incumplimiento de las obligaciones contenidas en la normativa ambiental.*
- b) El incumplimiento de las obligaciones a cargo de los administrados establecidas en los instrumentos de gestión ambiental⁵ señalados en la normativa ambiental vigente.*
- c) El incumplimiento de los compromisos ambientales asumidos en contratos de concesión⁶.*

4 De acuerdo a lo señalado en los Numerales 3.3, 3.4 y 3.5 de la Regla General Tercera, “*los subtipos infractores generales son aquellos relacionados a la obstaculización de las funciones de fiscalización ambiental*”. Los subtipos infractores transversales, por su parte, “*son aquellos vinculados al incumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental o normas ambientales aplicables a diversas actividades económicas fiscalizadas*”. Finalmente, los subtipos infractores sectoriales “*son aquellos relacionados al incumplimiento de obligaciones ambientales comprendidas en la legislación ambiental sectorial aplicable según el tipo de actividad económica*”.

5 De acuerdo a lo señalado en la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, la gestión ambiental, como proceso, se encuentra constituido por el conjunto estructurado de principios, normas técnicas, procesos y actividades, orientado a administrar los intereses, expectativas y recursos relacionados con los objetivos de la política ambiental y alcanzar así una mejor calidad de vida y el desarrollo integral de la población, el desarrollo de las actividades económicas y la conservación del patrimonio ambiental y natural del país (Numeral 1 del Artículo 13°). Por otro lado, según lo estipulado en el Numeral 1 del Artículo 16° del citado dispositivo, los instrumentos de gestión ambiental son mecanismos orientados a la ejecución de la política ambiental, sobre la base de los principios establecidos en la presente Ley, y en lo señalado en sus normas complementarias y reglamentarias.

6 En términos generales, una concesión es el otorgamiento del derecho de explotación, por un período determinado, de bienes y servicios por parte de la Administración o empresa a un tercero. La Carta Política de 1993 contiene dos preceptos que establecen el marco constitucional de las concesiones, tal es el caso de los Artículos 66° referido a recursos naturales y 73° referido a concesiones sobre bienes de dominio público. Véase DANÓS, Jorge, “El Régimen de los Contratos Estatales en el Perú”. En: http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/1_11-El-regimen-de-los-contratos-estatales-en-el-Peru.pdf. p. 166.

d) El incumplimiento de las medidas cautelares, preventivas o correctivas, así como de las disposiciones o mandatos emitidos por las instancias competentes del OEFA.

e) Otras que correspondan al ámbito de su competencia”.

(Negrilla agregada).

Como puede apreciarse, la norma es bastante clara al definir las conductas que son materia de infracción administrativa. No obstante, a efectos de entender a cabalidad los alcances del citado dispositivo, resulta necesario hacer una breve referencia a las denominadas medidas cautelares, preventivas o correctivas a ser dictadas por el OEFA en el ámbito de sus competencias, así como a los “mandatos de carácter particular”, citados en el Literal d) del dispositivo bajo análisis.

2.2.1.1. Medidas cautelares

En términos generales, las medidas cautelares pueden ser definidas como “*instrumentos jurídicos que tienen por finalidad asegurar la ejecución o el cumplimiento de la posterior resolución que se emita como resultado de un procedimiento determinado*”⁷. Dentro del régimen jurídico del OEFA, el Numeral 1 del Artículo 20° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de dicha institución, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, de fecha 7 de diciembre de 2012, establece que las medidas cautelares pueden ser adoptadas antes o una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador y deben ser tramitadas en cuaderno separado. A su vez, el Numeral 2 del Artículo 20° del dispositivo señalado establece que las citadas medidas serán dictadas “*para asegurar la eficacia de la resolución final cuando exista verosimilitud de la existencia de infracción administrativa y peligro de daño por la demora en la expedición de la resolución final*”.

El OEFA recoge las siguientes medidas cautelares en el Numeral 3 del Artículo 20° antes citado:

- (i) El decomiso de objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para el desarrollo de la actividad económica;*
- (ii) El cese o restricción condicionada de la actividad económica;*
- (iii) El retiro, tratamiento, almacenamiento o destrucción de materiales, sustancias o infraestructura;*

⁷ GUZMÁN, Christian. “Medidas cautelares, provisionales, correctivas y reparativas en el procedimiento sancionador”. En Jorge Danós y otros (Coordinadores). *Derecho Administrativo en el Siglo XXI*. Volumen I. Lima: Adrus D&L Editores S.A.C., 2013, p. 678.

- (iv) *El cierre parcial o total del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad económica; u,*
- (v) *Otras que sean necesarias para evitar un daño irreparable al ambiente, los recursos naturales o la vida o salud de las personas”⁸.*

Cabe destacar que las medidas cautelares serán ordenadas por la Presidencia del Consejo Directivo (Numeral 20.3 del Artículo 20°), pudiéndose incluso dictar acciones complementarias a estas, como lo son la instalación de distintivos, pancartas o avisos que identifiquen la medida impuesta, así como la colocación de precintos, dispositivos o mecanismos que impidan, restrinjan o limiten el desarrollo de la actividad o la continuación de la construcción, entre otros (Artículo 22°). Nótese además que contra las medidas cautelares procede la interposición de recurso de reconsideración, debiendo este ser resuelto en un plazo máximo de sesenta días hábiles (Numerales 24.1 y 24.6 del Artículo 24°).

2.2.1.2. Medidas preventivas

Las medidas preventivas pueden ser definidas, según el Reglamento de Supervisión Directa del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA/CD⁹, como toda “*disposición a través de la cual se ordena al administrado la ejecución de una obligación en particular –sea de hacer o de no hacer– cuando se evidencia un peligro inminente o alto riesgo de la generación de daño grave al ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas, así como también para mitigar las causas que generan la degradación o el daño ambiental*” (Literal j) del Artículo 5°).

Las medidas preventivas que puede dictar el OEFA, según lo dispuesto en el Artículo 24° del citado dispositivo, son las siguientes:

- “a) La clausura temporal, parcial o total del local, establecimiento o instalaciones donde se lleva a cabo la actividad que pone en riesgo el ambiente o la salud de las personas.*
- b) La paralización temporal, parcial o total de las actividades que ponen en riesgo el ambiente o la salud de las personas.*
- c) El decomiso temporal de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados que ponen en riesgo al ambiente o la salud de las personas.*

8 Numeral 3 del Artículo 20° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD.

9 Publicado en el diario oficial El Peruano el 28 de febrero de 2013.

- d) *La destrucción o acción análoga de materiales o residuos peligrosos que pongan en riesgo al ambiente o la salud de las personas*
- e) *Cualquier otra medida idónea para alcanzar los fines de prevención de acuerdo con lo establecido en el Artículo 22° del presente Reglamento”.*

Cabe destacar que, según el Artículo 22-A° de la Ley N° 29325, modificado por la Ley N° 30011, “*para disponer una medida preventiva, no se requiere el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.*” Adicionalmente, debe precisarse que dicha medida puede ejecutarse sin perjuicio de la sanción administrativa a que hubiere lugar, extendiéndose su vigencia hasta que se haya verificado su cumplimiento o que hayan desaparecido las condiciones que la motivaron.

2.2.1.3. Medidas correctivas

En términos generales, una medida correctiva tiene por objeto “*corregir la situación generada como resultado de la infracción administrativa, reponiéndola a su estado anterior*”¹⁰. En el ámbito del OEFA, el Numeral 22.1 del Artículo 22° de la Ley N° 29325 reconoce la posibilidad de dictar medidas correctivas “*para revertir, o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas*”.

Entre las medidas correctivas que puede dictar dicho organismo se encuentran, de manera enunciativa, las siguientes (Artículo 38° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA):

- “(i) *El decomiso de objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para el desarrollo de la actividad económica;*
- (ii) *El cese o restricción condicionada de la actividad económica causante de la infracción;*
- (iii) *El retiro, tratamiento, almacenamiento o destrucción de materiales, sustancias o infraestructura;*
- (iv) *El cierre parcial o total del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad económica causante de la infracción;*
- (v) *La obligación del responsable del daño de restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso, y de no ser posible ello, la obligación a compensarla en términos ambientales y/o económicos¹¹;*
- (vi) *Cursos de capacitación ambiental obligatorios, cuyo costo es asumido*

10 GUZMÁN, Christian. “Medidas cautelares, provisionales, correctivas y reparativas en el procedimiento sancionador”. En Jorge Danós y otros (Coordinadores). *Derecho Administrativo en el Siglo XXI*. Volumen I. Lima: Adrus D&L Editores S.A.C., 2013, p. 684 (citando a Morón Urbina).

11 El texto de este literal se encuentra también recogido en el Literal d) del Numeral 22.2 del Artículo 22° de la Ley N° 29325.

- por el infractor y cuya asistencia y aprobación es requisito indispensable;*
- (vii) *Adopción de medidas de mitigación del riesgo o daño;*
 - (viii) *Imposición de obligaciones compensatorias sustentadas en la Política Ambiental Nacional, Regional, Local o Sectorial, según sea el caso;*
 - (ix) *Procesos de adecuación conforme a los instrumentos de gestión ambiental propuestos por la autoridad competente;*
 - (x) *Otras que se consideren necesarias para revertir o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas; y,*
 - (xi) *Otras que se consideren necesarias para evitar la continuación del efecto nocivo que la conducta infractora produzca o pudiera producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas*¹².

Cabe destacar, adicionalmente, que mediante Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD¹³, fueron aprobados los “Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas previstas en el Literal d) del Numeral 22.2 del Artículo 22° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental”, con el objeto de permitir a los administrados y órganos resolutivos del OEFA “comprender la aplicación y alcances de las medidas correctivas” previstas en el Literal d) del citado Artículo 22°.2.

Finalmente, debe precisarse que, de acuerdo a lo señalado en la norma en comento, existen claras diferencias conceptuales entre las medidas correctivas y las sanciones administrativas como se afirma en la siguiente cita:

“Las sanciones son medidas administrativas que afectan negativamente la esfera jurídica de los administrados infractores, y que tienen por objeto desincentivar la realización de conductas ilegales. Las sanciones pueden tener carácter monetario (v.gr. la multa) como no monetario (v.gr. la

12 Numeral 2 del Artículo 38° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD. Nótese que de acuerdo a lo señalado por Guzmán: “La mayor intensidad en la aplicación de medidas reparadoras la podemos encontrar en el ámbito del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, en donde incluso es posible emitir medidas correctivas que incluyan la obligación del responsable del daño a restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según corresponda, y si ello no es factible, dichas medidas correctivas pueden implicar la obligación de compensarla (sic) situación alterada en términos ambientales y/o económicos. En este caso podemos afirmar que nos encontramos ante la posibilidad de que OEFA pueda emitir medidas correctivas que tengan una finalidad resarcitoria o indemnizatoria, lo cual hasta hace algún tiempo solo podía hacer un juez”. GUZMÁN, Christian. “Medidas Cautelares, Provisionales, Correctivas y Reparativas en el Procedimiento Sancionador”. En *Derecho Administrativo en el Siglo XXI*. Volumen I. Lima: Adrus D&L Editores S.A.C., 2013, p. 690.

13 Publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de marzo de 2013.

amonestación). Por su parte, las medidas correctivas tienen por objeto 'revertir' o 'disminuir en lo posible' el efecto nocivo de la conducta infractora; buscan corregir los efectos negativos de la infracción sobre el bien jurídico protegido; reponer el estado de las cosas a la situación anterior al de la comisión de la infracción. Como se observa, los fines de las sanciones y las medidas correctivas son distintos"¹⁴.

2.2.1.4. Mandatos de carácter particular

Además de las medidas cautelares, preventivas y correctivas antes mencionadas, las infracciones administrativas sancionables comprenden los mandatos de carácter particular, a través de los cuales "*se puede requerir información, disponer la realización de auditorías, estudios, entre otros*" (Numeral 5.2 de la Regla Quinta). Como puede apreciarse, esta relación es meramente ejemplificativa, pudiendo ampliarse dependiendo del caso y circunstancias particulares.

2.2.1.5. Conclusiones

Las Reglas Generales para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora del OEFA han tipificado de manera clara las infracciones susceptibles de ser fiscalizadas por dicho organismo. Dentro de este grupo se encuentran las infracciones administrativas relativas al incumplimiento de medidas administrativas (v. gr. medidas cautelares, preventivas, correctivas, y mandatos de carácter particular), incumplimiento de las obligaciones contenidas en la normativa ambiental, y el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los administrados establecidas en los instrumentos de gestión ambiental, entre otros. Nótese además que, de acuerdo a lo señalado en la Regla Tercera, el OEFA establecerá los subtipos infractores, pudiendo ser estos generales, transversales y sectoriales, en los términos previstos en el referido dispositivo.

2.2.2. Responsabilidad objetiva y régimen de sanciones

Sobre el particular, las Reglas Generales reconocen, siguiendo lo estipulado en el Artículo 18° de la Ley N° 29325¹⁵, que la responsabilidad en materia ambiental es

14 Numeral 19 de los "Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas previstas en el Literal d) del Numeral 22.2 del Artículo 22° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental".

15 "**Artículo 18°.- Responsabilidad Objetiva**

Los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA".

objetiva. Esto quiere decir que la conducta del sujeto –es decir, su intencionalidad o culpabilidad– es un factor no relevante en el análisis de la comisión del daño, bastando simplemente la concurrencia del hecho perjudicial como criterio para atribuir responsabilidad. Nótese, sin embargo, que el administrado imputado podrá eximirse de responsabilidad si acredita la fractura del nexo causal sea por caso fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero (Numeral 6.2 de la Regla Sexta).

Las sanciones que pueden imponerse ante una infracción administrativa son monetarias o no monetarias. La sanción no monetaria es la amonestación y la sanción monetaria es la multa. De conformidad con lo establecido en el Literal b) del Numeral 136.2 del Artículo 136° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, modificado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30011, el Consejo Directivo del OEFA tipificará como multa tope, para las infracciones más graves, el monto de 30 000 Unidades Impositivas Tributarias - UIT (Números 7.1 y 7.2 de la Regla Séptima).

En este aspecto, un punto que merece ser destacado es la expedición por parte del OEFA de la “Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 6° del Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM” (junto con un Manual Explicativo), aprobada por Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de marzo de 2013¹⁶. La importancia de la citada Metodología radica en que esta proporciona criterios objetivos para la graduación de las sanciones que la autoridad administrativa determine por el incumplimiento de la normativa ambiental. Así, a manera de ejemplo, si la resolución que impone una multa incluye además el dictado de medidas correctivas como las previstas en el Literal d) del Numeral 22.2 del Artículo 22° de la Ley N° 29325, según el Manual, la multa base estará conformada por el beneficio ilícito, una proporción del daño ambiental y la probabilidad de detección, según la fórmula especificada en el Numeral 37 del Manual Explicativo antes citado.

De acuerdo a la Regla Octava del dispositivo bajo análisis, la escala de sanciones se establece en función de la gravedad de la infracción administrativa. En ese sentido, el Numeral 8.2 de dicha Regla establece lo siguiente:

16 Cabe señalar que si bien la Metodología aprobada resulta aplicable a la gran y mediana minería de acuerdo a lo previsto en el Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM, esta podrá aplicarse a las demás actividades fiscalizables por el OEFA según la regla de supletoriedad señalada en la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD.

“(...) el Consejo Directivo del OEFA aprobará la escala de sanciones observando lo establecido en el Numeral 19.1 del Artículo 19° de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, el cual señala que las infracciones y las sanciones se clasifican como leves, graves y muy graves, y su determinación debe fundamentarse en la afectación a la salud y el ambiente, en su potencialidad o certeza de daño, en la extensión de sus efectos y en otros criterios que puedan ser definidos de acuerdo a la normativa vigente”.

Bajo esa premisa, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 042-2013-OEFA/CD, fue aprobada la “Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones vinculadas con la Eficacia de la Fiscalización Ambiental”¹⁷, aplicable a las personas naturales o jurídicas que desarrollen actividades económicas que se encuentran bajo el ámbito de competencia del OEFA¹⁸.

Brevemente, esta última norma clasifica las infracciones en tres grupos: (i) las infracciones relacionadas con la entrega de información a una Entidad de Fiscalización Ambiental (EFA), por ejemplo, la negativa de entregar información o la remisión de información fuera del plazo, forma o modo establecido; (ii) las infracciones referidas a no obstaculizar la función de supervisión directa, tales como impedir la instalación u operación de equipos para realizar monitoreos en las instalaciones de las empresas supervisadas; y (iii) las infracciones referidas a la presentación del reporte de emergencias ambientales como, la remisión de información falsa sobre dichos reportes¹⁹. Asimismo, establece que las infracciones pueden ser catalogadas como leves, graves y muy graves. Para determinar la multa a imponer en un caso concreto, se aplicará la “Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones” antes mencionada, o la norma que la sustituya.

17 Publicada en el diario oficial El Peruano el 16 de octubre de 2013. Esta norma entrará en vigencia el 1 de enero de 2014.

18 La Resolución antes mencionada tipifica conductas infractoras de carácter general. En atención a ello, dicha tipificación podrá ser aplicada supletoriamente por las demás Entidades de Fiscalización Ambiental - EFA de ámbito nacional, regional y local, de conformidad con lo establecido en el Artículo 17° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

19 Esta información puede ser encontrada en el portal del OEFA <www.oefa.gob.pe/?p=30995> (Consultado el 8 de diciembre de 2013). Cabe destacar que en cada uno de los tres grupos antes mencionados se ha incluido un tipo infractor agravado, relativo a realizar las conductas infractoras descritas en cada grupo en un contexto de daño ambiental real o potencial. Así, por ejemplo, se configuraría el tipo agravado si se remite información falsa a la EFA con la finalidad de ocultar un derrame de hidrocarburos.

Por otro lado, cabe resaltar que la norma ha contemplado criterios para establecer la escala de sanciones, entre las que se encuentran: (i) el riesgo ambiental de los parámetros involucrados; (ii) el daño real a la flora, fauna, la salud o vida humana; (iii) el porcentaje de superación de los Límites Máximos Permisibles; (iv) el desarrollo de actividades en áreas o zonas prohibidas; y (v) el no contar con los títulos habilitantes para el aprovechamiento de recursos naturales (Regla Octava). Además, resulta importante destacar que se reprimirán con una sanción mayor las actividades ilegales (que se desarrollen en una zona prohibida) e informales (que se realicen sin título habilitante).

Finalmente, debe precisarse que, en aplicación del principio de no confiscatoriedad, la multa a ser aplicada no será mayor al diez por ciento (10%) del ingreso bruto anual percibido por el infractor el año anterior a la fecha en que cometió la infracción. Además, en caso de que el administrado esté realizando actividades en un plazo menor al establecido en el párrafo anterior, se estimará el ingreso bruto anual multiplicando por doce el promedio de ingreso bruto mensual registrado desde la fecha de inicio de tales actividades (Regla Décima)²⁰.

III. CONCLUSIONES

Las “Reglas Generales sobre el Ejercicio de la Potestad Sancionadora del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA” establecen criterios y lineamientos para regular el ejercicio de la potestad sancionadora, incluyendo lo referido a la tipificación de infracciones y el establecimiento de sanciones y medidas correctivas, con la finalidad de asegurar la observancia de los principios de legalidad, tipicidad, proporcionalidad y no confiscatoriedad y, al mismo tiempo, lograr una protección ambiental eficaz y oportuna.

Las Reglas Generales tienen carácter vinculante y constituyen, adicionalmente, una guía para las Entidades de Fiscalización Ambiental - EFA de ámbito nacional, regional y local.

En las Reglas Generales se han establecido los alcances de la función de tipificación del OEFA. En tal sentido, se ha indicado que en el Artículo 17° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental se encuentran previstos los tipos infractores genéricos, correspondiendo al OEFA

20 Se ha establecido además que el monto de la multa impuesta será reducida en un veinticinco por ciento (25%) si el administrado la cancela dentro del plazo de quince (15) días hábiles contado desde la notificación del acto que contiene la sanción y, a su vez, no impugna la sanción impuesta. La reducción será hasta un treinta por ciento (30%) si adicionalmente a los requisitos antes mencionados, el administrado ha autorizado en su escrito de descargos que se le notifiquen los actos administrativos por correo electrónico durante el procedimiento sancionador (Regla Décima Primera).

desarrollar los subtipos infractores, los cuales pueden ser generales, transversales y sectoriales.

Las Reglas Generales han contemplado criterios para establecer la escala de sanciones, entre estos: (i) el riesgo ambiental de los parámetros involucrados; (ii) el daño real a la flora, fauna, la salud o vida humana; (iii) el porcentaje de superación de los Límites Máximos Permisibles; (iv) el desarrollo de actividades en áreas o zonas prohibidas; y (v) el no contar con los títulos habilitantes para el aprovechamiento de recursos naturales. Resulta importante destacar que se reprimirán con una sanción mayor las actividades ilegales (que se desarrollen en una zona prohibida) e informales (que se realicen sin título habilitante).

Existen diversas normas emitidas por el OEFA, entre ellas, el “Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador”, el “Reglamento de Supervisión Directa del OEFA” y los “Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas previstas en el Literal d) del Numeral 22.2 del Artículo 22° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental”, que resultan de utilidad para efectos del entendimiento y aplicación de las presentes Reglas Generales.

BIBLIOGRAFÍA:

DANÓS, Jorge

1995 “Notas acerca de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública”. *Ius et Veritas*. Lima, julio, año 5, número 10, p. 150.

2012 “El Régimen de los Contratos Estatales en el Perú”. *Revista de Estudiantes Ita Ius Esto*. Piura, 27 de noviembre. Consulta: 12 de diciembre de 2013. <http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/1_11-El-regimen-de-los-contratos-estatales-en-el-Peru.pdf>

GUZMÁN, Christian

2013 “Medidas cautelares, provisionales, correctivas y reparatorias en el procedimiento sancionador”. En DANÓS, Jorge et ál. (Coordinadores). *Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Derecho Administrativo en el Siglo XXI*. Lima: Adrus D&L Editores, pp. 678-684.

ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

2012a “Se aprueba la tipificación de infracciones y escala de sanciones vinculadas con la eficacia de la fiscalización ambiental”. Portal del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Lima, 18 de octubre de 2013. Consulta: 8 de diciembre de 2013. <<http://www.oefa.gob.pe/?p=30995>>

2012b “¿Qué es el OEFA? Portal del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Consulta: 8 de diciembre del 2013. <http://www2.oefa.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=89>

DESAFÍOS DE LA FACULTAD DE TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES AMBIENTALES A CARGO DEL OEFA

MARTHA INÉS ALDANA DURÁN

Sumario

La autora presenta los antecedentes de la facultad de tipificación de infracciones ambientales en la vía reglamentaria, así como la experiencia que en esta materia se tuvo en el Ministerio del Ambiente a través de la tipificación para actividades de explotación minera. Asimismo, desarrolla el proceso de formulación de la normativa que actualmente le otorga al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) la facultad de tipificación de las infracciones y sanciones. De igual manera, presenta las primeras tipificaciones de infracciones y sanciones actualmente aprobadas por el OEFA. Por último, aborda algunos de los retos que se presentan para el futuro en el ejercicio de esta importante función ahora a su cargo.

I. Introducción. II. Antecedentes de la tipificación de infracciones y sanciones en vía reglamentaria en materia ambiental. III. La regulación de la tipificación de infracciones y sanciones en la Ley del SINEFA del año 2009. IV. Experiencia de la tipificación de infracciones y sanciones mediante Decreto Supremo del MINAM. V. Modificaciones introducidas en la Ley N° 30011 sobre la facultad de tipificación de infracciones y sanciones a cargo del OEFA. VI. Las primeras tipificaciones de infracciones y sanciones aprobadas por el OEFA. VII. Retos futuros en materia de tipificación de infracciones y sanciones. VIII. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La función de fiscalización y sanción constituye una expresión del poder que los ciudadanos le entregan al Estado para que este, en nombre de la sociedad, reprima las conductas transgresoras de las reglas con el objetivo de propiciar que, a través de su cumplimiento inducido, se logren los objetivos de interés público que estas aspiran lograr.

En una sociedad ideal, si todos cumplieran con los deberes que les corresponden, no se necesitaría establecer castigos o consecuencias gravosas por las conductas

infractoras. La responsabilidad social y las prácticas ambientalmente positivas de naturaleza voluntaria serían el estándar regular de comportamiento. Sin embargo, la realidad nos demuestra que existe la necesidad de contar con mecanismos de coerción que aseguren que las personas respeten los derechos de terceros y cumplan con los mandatos establecidos en las normas. Ello es particularmente crítico en temas ambientales, debido a la fragilidad de los ecosistemas naturales que sirven de sustento para nuestra sobrevivencia, y a los daños que estas conductas transgresoras pueden llegar a ocasionar en el ambiente y en la salud de la población.

En este contexto, la aprobación de una escala de infracciones y sanciones constituye un medio que, por su propia existencia, propicia el cumplimiento de las obligaciones mediante el establecimiento del posible castigo aplicable a las conductas infractoras. A su vez, la tipificación de infracciones y sanciones constituye una de las garantías del debido proceso, que busca asegurar predictibilidad en las decisiones de la administración.

Las infracciones y sanciones aplicables en materia ambiental han sido establecidas en la normativa sectorial, tomando como marco lo regulado en la Ley General del Ambiente. Sin embargo, es notorio que su regulación no ha obedecido a criterios comunes que aseguren una racionalidad transversal en su formulación. Con el nuevo enfoque de la fiscalización ambiental que se está implementando en el país, las infracciones y sanciones buscan ser coherentes entre sí y disuasivas de similar manera, más allá de las particularidades aplicables a cada actividad.

El proceso de formulación de una escala de infracciones y sanciones ambientales es complejo debido a su nivel técnico y que la generación de obligaciones sustantivas en normas ambientales se da de manera constante. Por tal razón, el legislador ha establecido bajo determinadas reglas, la colaboración reglamentaria como mecanismo para el desarrollo de esta herramienta.

En este artículo, se presentan los antecedentes de la tipificación de infracciones y sanciones en vía reglamentaria en materia ambiental, con particular énfasis en el ejercicio de esta función a cargo de organismos reguladores. Asimismo, aborda la experiencia adquirida con la tipificación de infracciones y sanciones aprobada mediante Decreto Supremo del Ministerio del Ambiente en materia de actividades de explotación minera, y se presentan las nuevas reglas sobre esta materia establecidas en la modificatoria de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), a través de la Ley N° 30011. También se precisa el contenido de las primeras escalas de infracciones y sanciones aprobadas por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, que pueden ser supletoriamente aplicadas por otras Entidades de

Fiscalización Ambiental (EFA), diferentes al OEFA. Finalmente, se presentan los principales retos futuros en esta importante materia.

II. ANTECEDENTES DE LA TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES Y SANCIONES EN VÍA REGLAMENTARIA EN MATERIA AMBIENTAL

El antecedente más directo del ejercicio de la facultad de tipificación vía reglamentaria a través de resoluciones de su máximo órgano directivo se encuentra en la experiencia de los organismos reguladores.

En efecto, la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos del año 2000 fue modificada en enero del año 2002¹ para incorporar expresamente como parte de la función normativa de los organismos reguladores, la siguiente:

Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos

“Artículo 3°.- Funciones:

(...)

c) Función normativa: (...) Comprende a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquéllas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador”.

Es con esta base legal que se han aprobado, mediante Resolución de Consejo Directivo de los diferentes organismos reguladores, las escalas de infracciones y sanciones aplicables por incumplimiento de las obligaciones bajo sus respectivos ámbitos de competencia².

1 Modificación introducida por Ley N° 27631, publicada en el diario oficial El Peruano el 16 de enero de 2002.

2 En el caso del OSINERGMIN, existe una diversidad de resoluciones de Consejo Directivo que regulan la tipificación de infracciones y sanciones. No se ha establecido una escala única que las compendie.

Si bien las reglas en el ámbito del OSINERGMIN señalan que sus normas deben ser objeto de prepublicación, en el caso de las tipificaciones de infracciones y sanciones, han sido diversos los casos en los que estas normas se han visto exceptuadas de dicho requisito por razones de urgencia³.

Cabe señalar que en la norma que reguló la transferencia de funciones del OSINERGMIN al OEFA⁴ se estableció, que esta última entidad estaba facultada a sancionar las infracciones en materia ambiental tipificadas mediante normas y reglamentos emitidos por el OSINERGMIN, aplicando la escala de sanciones que para tal efecto hubiere aprobado dicho organismo regulador.

De esta manera, si bien el OEFA se encuentra en proceso de aprobación de sus propias escalas de infracciones y sanciones, todavía continúa haciendo uso de algunas escalas de las aprobadas por el OSINERGMIN que siguen teniendo vigencia, como es el caso de la escala aplicable a las actividades de exploración minera⁵.

III. LA REGULACIÓN DE LA TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES Y SANCIONES EN LA LEY DEL SINEFA DEL AÑO 2009

Si bien el OEFA fue creado en mayo de 2008, mediante la misma norma que creó el Ministerio del Ambiente (MINAM)⁶, se determinó que era necesario emitir una normativa complementaria mediante la creación de un sistema funcional y que se desarrolle y aclare las funciones a su cargo.

De este modo en diciembre de 2008, el Poder Ejecutivo propuso la creación del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA) mediante el Proyecto de Ley N° 2952/2008-PE. En lo relacionado a la función normativa regulada en el segundo párrafo del Numeral 5 del Artículo 11° del Proyecto comprendía lo siguiente:

3 Sobre la base de lo establecido en el Artículo 25° del Reglamento General de OSINERGMIN aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM. Es el caso de las Resoluciones de Consejo Directivo N° 388-2007-OS/CD, N° 188-2010-OS-CD, N° 308-2009-OS/CD, entre otras.

4 Artículo 4° del Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM.

5 Resolución de Consejo Directivo N° 211-2009-OS/CD.

6 Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013.

“La facultad de proponer la tipificación de las infracciones por incumplimiento de obligaciones ambientales establecidas por normas legales y técnicas, así como de la Escala de Sanciones respectiva, los que serán aprobados por Decreto Supremo refrendado por el Ministro del Ambiente”.

A su vez, en el Artículo 17° del indicado Proyecto de Ley, en el Título IV sobre la Potestad Sancionadora Administrativa del OEFA, dentro del Capítulo I sobre Reglas Generales, se señalaba que:

“El MINAM a propuesta del OEFA está facultado a tipificar mediante Decreto Supremo los hechos y omisiones que configuren infracciones administrativas ambientales de conformidad con la función normativa prevista en el inciso e) del artículo 11 de la presente Ley”.

Complementariamente, en el segundo párrafo del Artículo 19° del indicado Proyecto de Ley se señalaba que:

“El MINAM, a propuesta del OEFA, aprobará la escala de sanciones donde se establecerá las sanciones aplicables para cada tipo de infracción, tomando como base las sanciones establecidas en el artículo 136 de la Ley General del Ambiente”.

Sin embargo, luego del debate parlamentario, la versión original del Artículo 17° de la Ley N° 29325 - Ley del SINEFA, fue redactada de la siguiente manera:

Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental

“Artículo 17°.- Infracciones

Las conductas sancionables administrativamente por infracciones ambientales son las previstas en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente y demás leyes sobre la materia”.

Como puede apreciarse en la redacción final, este artículo omitió señalar que el MINAM estaba facultado a tipificar mediante Decreto Supremo las infracciones administrativas ambientales, lo cual sí se encontraba recogido en el Proyecto de Ley respectivo.

Al respecto, no se hicieron esperar algunas observaciones:

“(…) en la Ley del SINEFA no se ha contemplado la facultad del OEFA para realizar las propuestas de tipificación de infracciones a ser aprobadas por el MINAM; indicándose que únicamente ello sería aplicable respecto de la

aprobación de la respectiva escala de sanciones. Esto constituiría una seria limitante en el ejercicio de funciones propias de dicha entidad”⁷.

En el proceso de implementación del OEFA, se advirtió la necesidad de contar con la herramienta que permita la tipificación de infracciones. Por esta razón, el Poder Ejecutivo presentó al Congreso el Proyecto de Ley N° 3493, ingresado el 11 de setiembre de 2009.

Dicho proyecto contenía como Artículo Único una disposición que restituía la idea que se presentó originalmente en el Proyecto de Ley del SINEFA a fin de facultar explícitamente al MINAM para tipificar las infracciones correspondientes en vía reglamentaria. Al respecto, en la Exposición de Motivos de la indicada propuesta legislativa se señalaba lo siguiente:

“(…) el artículo 17 de la Ley N° 29325, prevé únicamente que las conductas sancionables administrativamente por infracciones ambientales son las previstas en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente y demás leyes sobre la materia, sin otorgar explícitamente la posibilidad de que se tipifiquen por vía reglamentaria, lo cual constituye una limitación a la función fiscalizadora y sancionadora de la OEFA (...)”⁸.

El Proyecto de Ley fue aprobado y, finalmente, se logró la promulgación de la Ley N° 29514⁹ que modificó el Artículo 17° de la Ley del SINEFA con el siguiente texto:

“Artículo 17°.- Infracciones

Mediante decreto supremo, refrendado por el Ministro del Ambiente y en vía reglamentaria, se tipifican las conductas sancionables administrativamente por infracciones ambientales previstas en la Ley num. 28611, Ley General del Ambiente, y demás normas sobre la materia”.

Con esta herramienta legal, desde marzo de 2010, el OEFA contaba con los medios para formular la propuesta normativa correspondiente (proyecto de decreto supremo) que permitiría complementar y/o actualizar las tipificaciones requeridas para ejercer de mejor manera las funciones a su cargo. Ya en ese mismo año,

7 ALDANA, Martha. “Pasado, Presente y Futuro de la Institucionalidad Ambiental en el Perú”. GN - La Revista de Gas Natural. Gerencia de Fiscalización de Gas Natural. Organismo Supervisor en Energía y Minería - OSINERGMIN, Lima, año 1, número 1, 2009, p. 241.

8 Proyecto de Ley N° 3493/2009-PE. Exposición de Motivos. p. 6.

9 Promulgada el 26 de marzo de 2010.

también se había aprobado la primera norma para la transferencia de funciones de fiscalización ambiental del OSINERGMIN al OEFA¹⁰.

En el marco de esta transferencia de funciones se identificó la necesidad de actualizar la escala de infracciones y sanciones aplicable para el desarrollo de las actividades de explotación minera en tanto se encontraba vigente una escala aprobada por el Ministerio de Energía y Minas en el año 2000¹¹. Esta escala, además de establecer multas fijas (no graduables) aplicables a las infracciones allí descritas, recogía un tope máximo de sanción aplicable que no concordaba con el tope máximo de multas aplicables a infracciones ambientales.

En efecto, de acuerdo a dicha escala, la sanción de multa máxima aplicable era de 600 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), que era el tope aplicable establecido en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales¹². Sin embargo, al año 2012, el tope máximo de multas aplicables por infracciones ambientales subió hasta 10 000 UIT (desde el año 2005), con la aprobación de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente.

Por tanto, al contar con la habilitación legal correspondiente para la formulación de la tipificación de infracciones y sanciones, se priorizó la actualización de la indicada escala aplicable a la actividad minera.

IV. EXPERIENCIA DE LA TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES Y SANCIONES MEDIANTE DECRETO SUPREMO DEL MINAM

El OEFA remitió al MINAM la propuesta de escala de infracciones y sanciones aplicables la actividad de explotación minera y actividades conexas¹³. El MINAM, por su parte, procedió a su prepublicación mediante la Resolución Ministerial N° 267-2010-MINAM del 31 de diciembre de 2010.

10 Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM.

11 Aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

12 Artículo Único de la Ley N° 26913 que modifica el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, promulgado por el Decreto Legislativo N° 613, publicado en el diario oficial El Peruano el 20 de enero de 1998. Actualmente, ambas normas se encuentran derogadas por la Cuarta Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente. En su versión original, el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales estableció un monto máximo de multas por infracciones ambientales de 200 UIT.

13 Mediante el Oficio N° 1626-2010-OEFAPCD del 9 de diciembre de 2010.

Así pues, la implementación de la facultad de tipificación a cargo del MINAM se concretó en la aprobación, en noviembre de 2012, de la nueva escala de infracciones y sanciones aplicables a tales actividades¹⁴. Esta norma actualizó el tope máximo de sanción de multa hasta el monto de 10 000 UIT (entonces vigente como monto máximo de sanciones ambientales aplicables). Esta es la escala que, a la fecha, se utiliza para la sanción de las infracciones ambientales en estas actividades.

Sin embargo, como puede apreciarse, transcurrió alrededor de dos años entre la prepublicación de la propuesta y la publicación de la escala aprobada.

Esta demora, y la necesidad de contar con un mecanismo más ágil para el desarrollo de las tipificaciones aplicables por el OEFA, condujo a que, en el marco de las modificaciones a la Ley del SINEFA, se incluyera la facultad de tipificación como parte del ejercicio de la función normativa a cargo del OEFA, siguiéndose el mismo modelo vigente y aplicable a los organismos reguladores desde el año 2002.

V. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA LEY N° 30011 SOBRE LA FACULTAD DE TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES Y SANCIONES A CARGO DEL OEFA

Cuando el Poder Ejecutivo presentó el Proyecto de Ley N° 1851/2012-PE, a efectos de introducir modificaciones a la Ley del SINEFA, se incorporó expresamente dentro de la función normativa del OEFA, y como parte de las facultades del Consejo Directivo de la entidad, la facultad de aprobar la tipificación de infracciones y sanciones aplicables mediante resoluciones de este órgano colegiado.

Este proyecto normativo no sufrió ningún cambio, en lo relativo a esta facultad y, por tanto, con la publicación de la Ley N° 30011 (del 26 de abril de 2013), el OEFA cuenta con habilitación legal en esta materia.

Como producto de las modificatorias introducidas por la indicada norma, la facultad de tipificación de infracciones y sanciones a cargo del OEFA se encuentra regulada en la Ley N° 29325 - Ley del SINEFA de la siguiente manera:

*“Artículo 11°.- Funciones generales
(...)”*

¹⁴ Cuadro de Tipificación de Infracciones Ambientales y Escala de Multas y Sanciones aplicables a la Gran y Mediana Minería respecto de Labores de Explotación, Beneficio, Transporte y Almacenamiento de Concentrados de Minerales aprobado por Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM, publicado en el diario oficial El Peruano el 10 de noviembre de 2012.

11.2 El OEFA, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), ejerce las siguientes funciones:

a) *Función normativa:*

(...)

En ejercicio de la función normativa, el OEFA es competente, entre otros, para tipificar infracciones administrativas y aprobar la escala de sanciones correspondientes, así como los criterios de graduación de estas y los alcances de las medidas preventivas, cautelares y correctivas a ser emitidas por las instancias competentes respectivas.

(...)”.

“Artículo 17º.- Infracciones administrativas y potestad sancionadora

Mediante resolución de Consejo Directivo del OEFA se tipifican las conductas y se aprueba la escala de sanciones aplicables. La tipificación de infracciones y sanciones generales y transversales será de aplicación supletoria a la tipificación de infracciones y sanciones que utilicen las EFA”.

“Artículo 19º.- Clasificación y criterios para la clasificación de sanciones

(...)

19.2 El Consejo Directivo del OEFA aprueba la escala de sanciones donde se establecen las sanciones aplicables para cada tipo de infracción, tomando como base las establecidas en el artículo 136 de la Ley 28611, Ley General del Ambiente”.

En relación a esta regulación, cabe señalar que el propio Tribunal Constitucional (en adelante, el TC) ha reconocido la validez legal de la delegación de la facultad de tipificación en vía reglamentaria.

En efecto, el principio de legalidad en materia sancionatoria¹⁵ impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si esta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si esta no está también determinada por la ley¹⁶.

15 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 230º. Principios de la potestad sancionadora administrativa

1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

(...)”

16 Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC.

Este principio, señala el TC, impone tres exigencias¹⁷:

- (i) la existencia de una ley (*lex scripta*);
- (ii) que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*); y,
- (iii) que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

Cabe resaltar que el TC hace hincapié en lo siguiente:

“No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad¹⁸. El primero, garantizado por el ordinal ‘d’ del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos, como se infiere del artículo 168° de la Constitución. La ausencia de una reserva de ley absoluta en esta materia, como indica Alejandro Nieto (Derecho administrativo sancionador, Editorial Tecnos, Madrid 1994, Pág. 260), “provoca, no la sustitución de la ley por el reglamento, sino la colaboración del reglamento en las tareas reguladoras, donde actúa con subordinación a la ley y como mero complemento de ella”¹⁹.

(Negrilla agregada).

En este marco conceptual, el TC, en el Expediente N° 05262-2006-PA, señaló lo siguiente:

“(…) debe dejarse en claro que es perfectamente posible y constitucionalmente legítimo el establecimiento de sanciones a través de reglamentos, siempre y

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 010-2002-AI/TC.

¹⁸ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 230°. Principios de la potestad sancionadora administrativa

(…)

4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

(…)”.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC.

*cuando éstos no desnaturalicen la finalidad y la razón de ser de la ley que pretenden regular, en estricta observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que también forman parte del derecho al debido proceso*²⁰.

En ese sentido, Durán Martínez afirma:

*“Lo cierto es que, es frecuente que la conducta ilícita no solo esté descrita en la ley sino que, a menudo, la ley se remite al reglamento. Se produce lo que se ha llamado la colaboración reglamentaria o la complementariedad reglamentaria*²¹.

Pero, añade Nieto:

*“El reglamento únicamente puede regular lo que le ha encomendado la ley y dentro de las instrucciones y pautas por ella proporcionados*²².

En ese sentido, Morón refiere lo siguiente:

*“(…) la propia ley puede convocar la concurrencia o el apoyo de la Administración para concluir la labor de tipificación (…). Se trata de una suerte de delegación de tareas que el legislador hace en la Administración por considerar que se abordan aspectos técnicos o muy dinámicos que no justifican mantenerlos dentro de la reserva legal, pero siempre determinando lo esencial de la conducta antijurídica*²³.

Es en este marco que la Ley N° 30011 contiene una descripción de los tipos infractores genéricos, que corresponde que sean desarrollados en la vía reglamentaria autorizada por esta norma. En efecto, la descripción de las conductas sancionables por el OEFA se encuentran descritas en la primera parte del Artículo 17° de esta Ley, la cual señala:

20 Expediente N° 05262-2006-PA. Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A. Item 6.

21 DURÁN, Augusto. *Principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad*. En DANÓS, Jorge et ál. *Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Derecho Administrativo en el Siglo XXI*, Vol. 1, p. 492. Citando a Nieto y Vásquez Pedrouzo.

22 NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 2011, p. 267.

23 MORÓN, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 8ª ed., Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 687.

“Artículo 17º.- Infracciones administrativas y potestad sancionadora

Constituyen infracciones administrativas bajo el ámbito de competencias del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) las siguientes conductas:

- a) El incumplimiento de las obligaciones contenidas en la normativa ambiental.*
- b) El incumplimiento de las obligaciones a cargo de los administrados establecidas en los instrumentos de gestión ambiental señalados en la normativa ambiental vigente.*
- c) El incumplimiento de los compromisos ambientales asumidos en contratos de concesión.*
- d) El incumplimiento de las medidas cautelares, preventivas o correctivas, así como de las disposiciones o mandatos emitidos por las instancias competentes del OEFA.*
- e) Otras que correspondan al ámbito de su competencia”.*

Por tanto, la función de tipificación a cargo del OEFA consistirá en la facultad de regular el contenido específico de estos tipos infractores, que (en sentido positivo) constituyen la fuente de las obligaciones ambientales fiscalizables u obligaciones sustantivas a cargo de los administrados. No es legalmente viable que a través de la tipificación de infracciones y sanciones, el OEFA establezca nuevas obligaciones para los administrados²⁴.

Cabe anotar, que la delegación reglamentaria establecida en la Ley N° 30011 responde a la complejidad técnica de los temas objeto de tipificación, así como a la necesidad de atender el dinamismo de la actividad que está permanentemente sujeta a nuevas regulaciones que pueden establecer nuevas obligaciones ambientales fiscalizables que requieren contar con un mecanismo que permita que, de manera permanente, se realice su tipificación a fin de hacer viable su fiscalización.

La determinación de la escala de sanciones aplicables por parte del OEFA, ello debe ser acorde a lo establecido en la Ley del SINEFA²⁵ que refiere lo siguiente:

24 Numeral 4.2 de la Regla Cuarta de la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2013-OEFA/CD - Aprueban las “Reglas Generales sobre el ejercicio de la Potestad Sancionadora del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA”.

25 Ello, a su vez, corresponde que se realice en el marco de la regulación que sobre la materia establece la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente que contiene una descripción de las sanciones aplicables en materia ambiental (Artículo 136º). Esta norma debe ser interpretada de manera concordante con la Ley del SINEFA que, a su vez, establece las facultades del OEFA para establecer medidas correctivas (Artículo 22º), de manera tal de evitar que una misma consecuencia punible sea tanto una sanción como también una medida correctiva.

“Artículo 19°.- Clasificación y criterios para la clasificación de sanciones

19.1. Las infracciones y sanciones se clasifican como leves, graves y muy graves. Su determinación debe fundamentarse en la afectación a la salud y al ambiente, en su potencialidad o certeza de daño, en la extensión de sus efectos y en otros criterios que puedan ser definidos de acuerdo a la normativa vigente”.

De esta manera, la Ley del SINEFA, con las modificaciones introducidas por la Ley N° 30011, brinda el marco legal necesario para el adecuado ejercicio de la función de tipificación, ahora, a cargo del OEFA.

VI. LAS PRIMERAS TIPIFICACIONES DE INFRACCIONES Y SANCIONES APROBADAS POR EL OEFA

A efectos de ordenar el ejercicio de esta importante función, la primera acción del Consejo Directivo del OEFA en esta materia fue aprobar mediante Resolución de Consejo Directivo N° 038-2013-OEFA/CD²⁶, las “Reglas Generales sobre el ejercicio de la Potestad Sancionadora del OEFA”.

Dentro de estas Reglas Generales²⁷ se señala que los subtipos infractores (que desarrollan los tipos infractores establecidos en el Artículo 17° de la Ley del SINEFA) pueden ser:

- (a) Generales: Son los relacionados a la obstaculización de las funciones de fiscalización ambiental²⁸.
- (b) Transversales: Son los vinculados al incumplimiento de los instrumentos de

26 Publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de setiembre de 2013.

27 Numeral 3.3 de la Tercera Regla de las “Reglas Generales sobre el ejercicio de la Potestad Sancionadora del OEFA”, aprobadas por la Resolución de Consejo Directivo N°038-2013-OEFA/CD.

28 En este caso, el concepto de fiscalización ambiental debe ser entendido en su sentido amplio. De acuerdo a lo establecido en el Régimen Común de Fiscalización Ambiental, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM, la fiscalización ambiental en sentido amplio comprende las acciones de vigilancia, control, monitoreo, seguimiento, verificación, evaluación, supervisión, fiscalización (ambiental) en sentido estricto y otras similares, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables y de aquellas derivadas del ejercicio de la fiscalización ambiental. Fiscalización ambiental en sentido estricto, de acuerdo a esta misma norma, comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y de imponer sanciones (Numeral 2.2 del Artículo 2°).

gestión ambiental o normas ambientales aplicables a diversas actividades económicas fiscalizadas.

- (c) Sectoriales: Son los relacionados al incumplimiento de obligaciones ambientales comprendidas en la legislación ambiental sectorial aplicable según el tipo de actividad económica.

De acuerdo a lo establecido en la Ley del SINEFA²⁹, la tipificación de infracciones generales y transversales será de aplicación supletoria a la tipificación de infracciones y sanciones que utilicen las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA)³⁰ que tienen atribuida la potestad sancionadora. Con esta regla, se ha buscado dar la habilitación legal requerida a las EFA, los cuales adolecen de esta herramienta legal. Tal efecto corresponderá a que la máxima autoridad de la EFA emita una norma jurídica para dar publicidad a dicha aplicación supletoria con el fin de que los administrados sujetos a su ámbito de competencia conozcan de forma oportuna qué conductas se encuentran proscritas y cuál es la sanción que se les podría imponer.

A la fecha de elaboración del presente artículo, en ejercicio de las facultades otorgadas al OEFA y, con el marco dado por las antes indicadas Reglas Generales y luego de la consulta pública respectiva³¹, su Consejo Directivo ha aprobado dos normas que regulan tipificaciones de infracciones y sanciones, que serán presentadas a continuación:

6.1. Tipificación de infracciones y escala de sanciones relacionadas a la eficacia de la fiscalización ambiental (infracciones generales)

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 042-2013-OEFA/CD, publicada en el diario oficial El Peruano el 16 de octubre de 2013, se aprobó la “Tipificación de infracciones y escala de sanciones vinculadas con la eficacia de la fiscalización ambiental aplicables a las actividades económicas que se encuentran bajo el ámbito de competencia del OEFA”. Esta desarrolla subtipos infractores de carácter general.

29 Artículo 17° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

30 De acuerdo al Literal a) del Numeral 2.1. del Artículo 2° del “Régimen Común de Fiscalización Ambiental son EFA las entidades públicas de nivel nacional, regional o local que tienen atribuida alguna o todas las acciones de fiscalización ambiental en sentido amplio.

31 Las normas que emite el OEFA son objeto de prepublicación en el diario oficial El Peruano, de acuerdo al mandato establecido en el Artículo 39° del Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales aprobado por Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM. Adicionalmente a este mecanismo de acceso, el OEFA realiza reuniones donde convoca a quienes han formulado comentarios durante el período de consulta de las normas para asegurar el mayor nivel de participación ciudadana en el proceso de formulación de normas a su cargo.

Las infracciones previstas en la referida norma se clasifican en tres grupos:

- (i) infracciones relacionadas con la entrega de información a la EFA.
- (ii) infracciones referidas a no obstaculizar la función de supervisión directa.
- (iii) infracciones referidas a la presentación del reporte de emergencias ambientales.

A continuación, se presentará el detalle de estas infracciones³²:

a) Infracciones relacionadas con la entrega de información

Este conjunto de infracciones está relacionado con la obligación de los administrados de entregar información a efectos de permitir el adecuado desarrollo de la fiscalización ambiental.

En este grupo, se han previsto las siguientes conductas infractoras:

- **Negarse injustificadamente a entregar la información o la documentación que requiera el supervisor en el marco de una supervisión de campo, siempre que el administrado tenga la obligación de contar con esa documentación en las instalaciones supervisadas**

Sobre el particular, el Artículo 18° del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA³³ establece que el administrado deberá mantener en su poder, de ser posible, toda la información vinculada a su actividad en las instalaciones y lugares sujetos a supervisión directa, debiendo entregarla al supervisor cuando este la solicite.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, se sanciona la conducta del administrado de no entregar la información requerida por el supervisor, siempre que tenga la obligación de contar con esta en sus instalaciones. Esto es, siempre que dicha obligación se encuentre recogida en la normativa aplicable, en su instrumento de gestión ambiental o en un mandato emitido por el OEFA. Dicha infracción es leve.

- **No remitir a la Entidad de Fiscalización Ambiental la información o la documentación requerida, o remitirla fuera del plazo, forma o modo establecido**

32 Tomado de la Exposición de Motivos de esta norma.

33 Numeral 18.1. del Artículo 18° del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA/CD.

Al respecto, los Artículos 18° y 19° del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA establecen que el administrado tiene la obligación de remitir la información requerida, a través de medios físicos o electrónicos, de acuerdo a la forma y plazos establecidos en la normativa aplicable o según lo dispuesto por el OEFA. Para tal efecto, se podrán desarrollar procedimientos y aprobar los formatos que resulten necesarios.

En este sentido, se tipifica como infracción la no entrega de la información requerida, así como la entrega realizada fuera del plazo, forma o modo establecido en la legislación o en los mandatos emitidos por el OEFA. Esa infracción es leve.

A modo de ejemplo, en los proyectos de exploración minera, la perforación mediante taladros debe estar registrada para comparar la profundidad y ángulos aplicados en cada caso con los declarados en el instrumento de gestión ambiental. Sin esta información, la fiscalización de tales compromisos podría dilatarse o perder eficacia. Por ende, en estos casos, la no entrega de dicha información corresponde ser sancionada.

- **Remitir información o documentación falsa a la Entidad de Fiscalización Ambiental**

La remisión de información falsa vulnera la fe pública, incluso, impide el ejercicio oportuno de las acciones de fiscalización ambiental que la autoridad ambiental habría realizado si hubiera contado con la información correcta. Debido a ello, esta infracción califica como grave.

De manera enunciativa, se puede considerar como información falsa al documento que ha sido adulterado en su contenido.

Finalmente, cabe indicar que esta infracción será sancionada administrativamente, sin perjuicio de otras acciones legales a que hubiere lugar.

- **Existiendo una situación de daño ambiental potencial o real, incurrir en cualquiera de las conductas precedentes**

Se ha considerado conveniente reprimir con una sanción mayor el desarrollo de las conductas antes descritas en un contexto de daño ambiental potencial o real. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la comisión de esta infracción podría impedir que la autoridad de fiscalización ambiental realice una intervención oportuna con la finalidad de evitar o remediar el daño ambiental. Por tal motivo, esta infracción califica como muy grave.

A modo de ejemplo, incurrirá en esta infracción el administrado que entregue información falsa a la autoridad de fiscalización ambiental a fin de ocultar un derrame de hidrocarburos. En circunstancias como esta, la eficacia de la fiscalización ambiental puede verse seriamente afectada, pues ello podría limitar que se adopten medidas oportunas para remediar el daño ambiental ocasionado.

b) Infracciones referidas a no obstaculizar la función de supervisión directa

Este conjunto de infracciones está relacionado con la obligación de los administrados de no interferir en el ejercicio de las acciones de supervisión directa a cargo del OEFA.

Este grupo comprende los siguientes supuestos:

- **Demorar injustificadamente el ingreso a las instalaciones o infraestructura objeto de supervisión directa**

Sobre el particular, el Artículo 20° del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA refiere que el administrado está obligado a brindar al supervisor todas las facilidades para el ingreso a las instalaciones en un plazo no mayor de diez minutos.

Teniendo en cuenta el parámetro antes mencionado, la autoridad competente determinará en cada caso si la demora resulta o no injustificada, en aplicación del principio de razonabilidad, siendo que la demora injustificada constituye infracción en tanto perjudica el desarrollo de la supervisión directa. Este supuesto infractor califica como leve.

A modo de ejemplo, constituye una demora injustificada el indicar a los supervisores que no pueden ingresar a una unidad minera mientras no se encuentre la persona designada para acompañarlos en la supervisión. En estos casos, usualmente, la espera puede prolongarse durante una o dos horas, lo que impide el desarrollo regular de la supervisión.

- **No brindar las facilidades para el ingreso a las instalaciones o infraestructura objeto de supervisión, o para su desarrollo regular**

En este caso, se establece como infracción la omisión del administrado de brindar las facilidades para el ingreso a las instalaciones y el desarrollo de la supervisión, dado que esto dificulta o limita el ejercicio de la fiscalización ambiental. Esta infracción califica como leve.

Cabe indicar que entre las facilidades que se deben brindar al supervisor están el transporte, el equipamiento especial y otros medios que permitan el desarrollo regular de la supervisión.

A modo de ejemplo, incurriría en esta infracción el administrado que no brinde al supervisor el transporte necesario para su desplazamiento al interior de un lote de exploración o que no facilite que un personal lo acompañe para la ubicación de las baterías de explotación, alegando que no cuenta con personal para tal efecto, pero sin sustento alguno.

- **Negar el ingreso a las instalaciones o infraestructura objeto de supervisión directa**

En este caso se tipifica como infracción la conducta del administrado consistente en negar el ingreso a sus instalaciones, que se impida la realización de la supervisión y, con ello, la toma de acciones oportunas para proteger el ambiente. Por tal motivo, esta infracción califica como grave.

A modo de ejemplo, constituiría infracción no permitir el ingreso del supervisor a la planta de procesamiento pesquero alegando un presunto cambio de domicilio no sustentado.

- **No brindar las facilidades para el transporte, alojamiento y alimentación del supervisor cuando realice una supervisión de campo en instalaciones ubicadas en lugares de difícil acceso**

Para que se configure este supuesto, en primer lugar, la supervisión debe realizarse en lugares de difícil acceso. Por ejemplo, las zonas donde no existen vías de comunicación que permitan el tránsito motorizado, o en las que la prestación del servicio público de transporte terrestre, fluvial o marítimo tenga una sola frecuencia diaria (ida o vuelta), o en las que existan otras restricciones. En segundo lugar, el OEFA debe haber solicitado el apoyo del administrado para que brinde al supervisor el transporte, el alojamiento y la alimentación que resulten necesarios.

En este contexto, si el administrado no cumple con brindar dichos bienes o servicios, incurre en una infracción administrativa, la cual no solo pone en riesgo la eficacia de la fiscalización ambiental, sino, la seguridad y salud de los supervisores. Por tales motivos, esta infracción califica como grave.

- **Obstaculizar las labores de supervisión directa mediante la exigencia desproporcionada o injustificada de requisitos de seguridad y salud aprobados por el administrado**

Durante el desarrollo de la inspección, el supervisor se encuentra obligado a cumplir con los requisitos de seguridad y salud aprobados por el administrado. No obstante, dichos requisitos no deberían ser desproporcionados o injustificados, pues ello obstaculizaría el ejercicio de la función de supervisión directa. En este sentido, si en aplicación del principio de razonabilidad se verifica en un caso concreto que los requisitos aprobados fueron desproporcionados, se configuraría una infracción administrativa, calificada como leve.

Por ejemplo, el OEFA ha sancionado a una empresa por haber impedido el ingreso del supervisor a la refinería y fundición alegando que en dicha área se estaba realizando la entrega de minerales preciosos a la empresa encargada de transportarlos. Para el OEFA, esta medida de seguridad no resultaba razonable.

- **Obstaculizar o impedir el ejercicio de las facultades del supervisor relativas a la obtención o reproducción de archivos físicos o digitales**

Esta infracción perjudica la obtención de medios probatorios necesarios para la eficacia de la fiscalización ambiental. Dicha infracción califica como leve.

- **Obstaculizar o impedir las labores de los peritos y técnicos que acompañen al supervisor durante el desarrollo de la supervisión de campo**

De manera similar a la infracción anterior, la obstaculización de las labores de los peritos y técnicos perjudica la obtención de medios probatorios relevantes para la fiscalización ambiental. Esta conducta constituye una infracción leve.

- **Obstaculizar o impedir la instalación u operación de equipos para realizar monitoreo en los establecimientos de las empresas supervisadas o en las áreas geográficas vinculadas a la actividad supervisada, siempre que dichos equipos no dificulten las actividades o la prestación de los servicios de los administrados que son materia de supervisión**

La instalación y operación de equipos para realizar monitoreos resulta trascendente para conocer la presencia y concentración de contaminantes en el ambiente, así como el estado de conservación de los recursos naturales en las instalaciones del administrado o en sus áreas vinculadas a esta. Por tal motivo, la conducta del administrado de no permitir la instalación u operación de estos equipos constituye una infracción administrativa, la cual califica como leve.

En un caso concreto, se impediría la instalación de los equipos de monitoreo si, por ejemplo, no se permite que puedan ser conectados a un tomacorriente. En cambio, se obstaculizaría su operación si se dispone el corte de energía una vez que el equipo ya se encuentra instalado. Ambos supuestos constituyen infracciones administrativas.

- **Brindar declaraciones falsas durante la supervisión de campo**

En este tipo infractor, el administrado vulnera el deber de probidad y, con ello, impide que la autoridad administrativa realice oportunamente las acciones de fiscalización que resulten necesarias. Por tal motivo, esta infracción es calificada como grave.

- **Existiendo una situación de daño ambiental potencial o real, incurrir en cualquiera de las conductas precedentes**

Este tipo infractor agravado se configura cuando se realiza cualquiera de las conductas antes descritas, en un contexto de daño ambiental potencial o real. Por tal motivo, esta infracción califica como muy grave.

Por ejemplo, se configura esta infracción cuando se impide la instalación de equipos de monitoreo a efectos de evitar que la autoridad ambiental descubra la presencia de contaminantes en el ambiente en el área supervisada.

c) Infracciones vinculadas a la presentación del reporte de emergencias ambientales

Este conjunto de infracciones están referidas al incumplimiento de la obligación del administrado de presentar oportunamente los reportes de emergencias ambientales.

En este grupo, se han contemplado las siguientes infracciones:

- **No remitir a la Entidad de Fiscalización Ambiental los Reportes de Emergencias Ambientales, o remitirla fuera del plazo, forma o modo establecidos**

Sobre el particular, cabe señalar que el Numeral 4.1. del Artículo 4° del Reglamento de Reporte de Emergencias Ambientales de las actividades bajo el ámbito de competencia del OEFA³⁴, refiere que los administrados deben reportar las emergencias ambientales al OEFA de acuerdo a los plazos y formatos establecidos. En tal sentido, si un administrado omitiera reportar una emergencia ambiental o lo hiciera fuera de plazo, forma o modo establecido en el mencionado Reglamento, sería sancionado. Esta infracción califica como leve.

34 Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 018-2013-OEFA/CD.

- **Remitir a la Entidad de Fiscalización Ambiental información o documentación falsa sobre los Reportes de Emergencias Ambientales**

Debe indicarse que mediante los reportes de emergencias ambientales el administrado informa a la autoridad ambiental sobre las características y circunstancias en las que se produjo una emergencia de este tipo (incendio, explosión, derrame, entre otros).

Si el administrado remite información falsa sobre los daños generados o las causas que produjeron la emergencia ambiental, podría afectar seriamente la eficacia de la fiscalización ambiental, pues impediría que se realicen las intervenciones que resulten pertinentes. Debido a ello, esta infracción califica como grave.

- **Existiendo una situación de daño ambiental potencial o real, incurrir en cualquiera de las conductas precedentes**

Por último, se ha contemplado un tipo infractor agravado consistente en realizar las conductas antes descritas en un contexto de daño ambiental real o potencial. Por lo que, esta infracción califica como muy grave.

A modo de ejemplo, se configura esta infracción si el administrado no remite información (reporte de emergencia ambiental) sobre el vertimiento de sustancias tóxicas a un cuerpo hídrico, que habría generado un daño potencial o real a la fauna que habita en la zona. Ello con la finalidad de evitar la responsabilidad administrativa.

Dependiendo de la gravedad de la infracción, la autoridad competente podrá imponer como sanción una amonestación o una multa. En el caso de multas, el tope máximo asciende a 1 000 UIT³⁵.

La norma ha establecido una *vacatio legis* para su entrada en vigencia. En este sentido, se ha previsto que la tipificación de infracciones y escala de sanciones vinculadas con la eficacia de la fiscalización ambiental habrá de entrar en vigencia el 1 de enero de 2014.

35 Para determinar la multa a imponer en un caso concreto, tanto para esta tipificación como para las demás que aplique el OEFA, se aplicará la “Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones”, aprobada por Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD o la norma que la sustituya.

Cabe señalar que el OEFA ha venido aplicando la tipificación de estas infracciones de acuerdo a la regulación aplicable a sector que fiscaliza (energía³⁶, minería³⁷ y producción³⁸). Sin embargo, estas tipificaciones generales no son uniformes ni homogéneas por lo que una diversidad de sanciones aplicables ante similares infracciones cometidas por los administrados. Por ejemplo, en las actividades pesqueras y acuícolas la sanción máxima por obstaculizar las supervisiones es de 30 UIT cuando por similar infracción en el sector minero energético la sanción llega hasta 1 000 UIT.

Asimismo, las tipificaciones que se han venido utilizando contemplan conductas genéricas para sancionar la obstaculización de la fiscalización ambiental con rangos de sanción, a veces, demasiado amplios.

En efecto, en el Sector Energía, la Resolución de Consejo Directivo del OSINERG N° 028-2003-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 191-2011-OS/CD, contempla como infracción la acción de *“impedir, obstaculizar, negar o interferir con la función supervisora del OSINERGMIN y/o las empresas supervisoras”*. Dicha infracción es sancionada con una multa de hasta 1 000 UIT.

A diferencia de este régimen anterior, la tipificación aprobada, por el OEFA especifica las conductas proscritas, uniformiza y gradúa las sanciones aplicables, y aprueba una sola tipificación para todos los sectores que se encuentren bajo el ámbito de competencia del OEFA, tomando en cuenta que las conductas que obstaculizan la eficacia de la fiscalización ambiental son comunes en todos los sectores fiscalizados.

36 En el Sector Energía (electricidad e hidrocarburos) se emplea la tipificación de infracciones y escala de sanciones prevista en la Resolución de Consejo Directivo del OSINERG N° 028-2003-OS/CD, modificada por el Artículo 5° del Reglamento del Registro de Hidrocarburos, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 191-2011-OS/CD.

37 En el Sector Minería se emplea la tipificación de infracciones y escala de sanciones vigente contemplada en la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM y la Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 185-2008-OS/CD.

38 En el Sector Producción (pesquería) se toma en cuenta la tipificación de infracciones y escala de sanciones contemplada en el Texto Único Ordenado del Reglamento de Inspecciones y Sanciones Pesqueras y Acuícolas - RISPAC, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2011-PRODUCE.

6.2. Tipificación de infracciones y escala de sanciones relacionadas al incumplimiento de los límites máximos permisibles (infracciones transversales)

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD, publicada en el diario oficial El Peruano el 13 de noviembre de 2013, se aprobó la “Tipificación de infracciones y escala de sanciones relacionadas al incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles (LMP) previstos para actividades económicas bajo el ámbito de competencia del OEFA”. Esta es la primera norma que desarrolla subtipos infractores de carácter transversal³⁹.

Para establecer las infracciones y la respectiva escala de sanciones, se ha considerado si las conductas generan daño potencial o real a la flora o fauna o a la vida o salud humana. En este sentido, se han previsto dieciséis conductas infractoras.

Las primeras doce de estas conductas se han tipificado en función del daño potencial. En estos casos, para determinar la escala de sanciones, se ha considerado el porcentaje de excedencia del Límite Máximo Permissible - LMP (10%, 25%, 50%, 100% y 200%), así como la naturaleza del parámetro involucrado⁴⁰, en función de si este involucra o no un mayor riesgo ambiental.

Las cuatro conductas restantes se han tipificado en función del daño real. En estos casos, para determinar la escala de sanciones se ha tenido en cuenta la relevancia del bien jurídico protegido (*v. gr.* flora, fauna, salud o vida humana) y si la actividad contaba o no con autorización para descargar efluentes o emisiones al ambiente. El rango más alto está previsto para cuando el administrado desarrolle sus actividades sin contar con dicha autorización y generando un daño real a la vida o salud humana. La multa más alta (25 000 UIT) se impondrá al administrado informal que genere un daño real a la vida o salud humana y haya incurrido en los factores agravantes más significativos.

39 Posteriormente, el OEFA ha aprobado otra norma de tipificación transversal como es la tipificación de infracciones y sanciones relacionadas a instrumentos de gestión ambiental y actividades en zonas prohibidas, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD, publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de diciembre de 2013. Esta norma entrará en vigencia el 1 de febrero de 2014. A futuro, se habrán de aprobar otras tipificaciones de temas de carácter transversal.

40 Para la determinación de estos parámetros se ha tomado como referencia la regulación establecida en el Artículo 7° del Reglamento de la Ley que regula la declaratoria de Emergencias Ambientales aprobado por Decreto Supremo N° 024-2008-PCM.

Para la aplicación de esta tipificación de infracciones, la norma establece que el número de parámetros que exceden los LMP y la cantidad de puntos de control en los que ocurra dicha excedencia no constituyen nuevos tipos infractores, sino factores agravantes para la graduación de la sanción.

Al respecto, en la Exposición de Motivos respectiva para la aplicación de esta nueva regla se señala lo siguiente:

“(...) puede darse el caso de que la autoridad administrativa verifique que un administrado ha excedido el límite máximo permisible en tres puntos de control. En el primero, que haya excedido en 10% el límite máximo permisible establecido para plomo. En el segundo, que haya excedido en 25% el límite máximo permisible previsto para hierro. En el tercero, que haya excedido en 50% el límite máximo permisible contemplado para plomo. En este supuesto, solo se imputará la comisión de una infracción. Para tal efecto, se considerará la infracción más grave, que en este caso sería aquella que representa el mayor porcentaje de excedencia del parámetro que involucra un mayor riesgo ambiental (exceder en 50% el límite máximo permisible previsto para plomo). El número de parámetros rebasados y la cantidad de puntos de control en los que verifica dicha excedencia serían considerados como factores agravantes de la posible sanción a imponer”⁴¹.

Cabe indicar que, al igual que la escala de infracciones generales antes descritas, para esta tipificación también se ha establecido una *vacatio legis* para la entrada en vigencia de la tipificación aprobada. En ese sentido, se ha previsto que la tipificación de infracciones y escala de sanciones relacionadas al incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles habrá de entrar en vigencia el 1 de enero de 2014.

Debemos anotar que con esta tipificación se aborda específicamente el incumplimiento referido a exceder el LMP establecido. Así pues, esta infracción corresponde que sea complementada con los tipos infractores establecidos en la tipificación sectorial correspondiente, de acuerdo a cada actividad⁴².

41 Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Proyecto de Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones relacionadas al incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles. Exposición de Motivos. Item 1.2.4 Factor agravante.

42 Donde se tipifican infracciones relacionadas a la realización de monitoreos en puntos de control, con determinada frecuencia y respecto de determinados parámetros, la entrega de reportes de monitoreo, entre otros. Estas infracciones continuarán siendo sancionadas bajo las tipificaciones sectoriales actualmente aplicables en tanto el OEFA no apruebe la tipificación de infracciones sectoriales de la actividad en particular.

Los LMP son instrumentos de gestión ambiental de naturaleza transversal. Su fiscalización debe también obedecer a ese mismo criterio. Actualmente, ya se cuenta con una sola tipificación en esta materia aplicable a todos los sectores que se encuentren bajo el ámbito de competencia del OEFA; ello sin dejar de lado la consideración de las características particulares que cada actividad pueda presentar.

VII. RETOS FUTUROS EN MATERIA DE TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES Y SANCIONES

El OEFA continuará con la importante tarea de aprobar las tipificaciones de infracciones y sanciones a su cargo. Esta será, en realidad, una tarea permanente que deberá acompañar el proceso de actualización de la legislación ambiental que es impulsado por el Ministerio del Ambiente⁴³.

La experiencia de la aplicación práctica de las tipificaciones que el OEFA apruebe demostrará si el enfoque y las opciones de desarrollo normativo adoptados a la fecha fueron los correctos o no. En todo caso, se contará con un mecanismo ágil de aprobación de estas normas, a través de su Consejo Directivo, lo que con seguridad permitirá agilizar el desarrollo y consolidación de esta herramienta fundamental para una fiscalización ambiental fortalecida.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

La tipificación de infracciones y sanciones constituye una herramienta indispensable para que los administrados conozcan las posibles infracciones en las que pueden incurrir y sus posibles consecuencias gravosas. Es una garantía tanto para los obligados a cumplir con las normas, como también un medio para evitar la arbitrariedad por parte de la Administración.

Cuando se creó el OEFA en el año 2008, no se reguló la función de tipificación de infracciones y sanciones, lo cual fue corregido por la Ley del SINEFA en el año 2009, pero de manera incompleta, por lo que se hizo necesario que en el 2010 se expidiera una ley específica para dotar de tales facultades al Ministerio del

43 En enero de 2012, el MINAM aprobó la Resolución Ministerial N° 018-2012-MINAM a través de la cual estableció mandatos para la actualización de la legislación ambiental sectorial. En cumplimiento de tal disposición se han establecido normas ambientales sectoriales que antes no se habían aprobado (en el Sector Vivienda y Agricultura) y están en proceso de actualización las normas de los demás sectores. En la medida en que se dicten normas aplicables a sectores bajo la competencia del OEFA, se requerirá elaborar las respectivas tipificaciones de infracciones y sanciones aplicables.

Ambiente y se señaló que dicha autoridad ejercería tal función a través de la emisión de decretos supremos. Durante la vigencia de esta norma, únicamente, se logró la aprobación de la escala de infracciones y sanciones aplicables a las actividades de explotación minera y actividades similares, vigente a la fecha.

Actualmente, como producto de las modificaciones introducidas en la Ley N° 30011, el OEFA cuenta con la habilitación legal para, a través de su Consejo Directivo, establecer la tipificación de infracciones y sanciones ambientales cuya fiscalización se encuentra a su cargo. Las infracciones y sanciones de carácter general y transversal que apruebe, podrán ser utilizadas supletoriamente por las Entidades de Fiscalización Ambiental de ámbito nacional, regional o local.

A la fecha de redacción del presente artículo, el OEFA, luego de los procesos de consulta pública respectivos, ha aprobado la tipificación aplicable a las infracciones y sanciones relacionadas a la eficacia de la fiscalización ambiental, así como la tipificación de infracciones y sanciones por exceso de límites máximos permisibles. Continuar con el ejercicio de la función normativa en esta materia constituye una de las tareas prioritarias a cargo de esta entidad.

BIBLIOGRAFÍA:

ALDANA, Martha Inés

2009 “Pasado, Presente y Futuro de la Institucionalidad Ambiental en el Perú”.
GN - La Revista de Gas Natural. Lima, noviembre, año 1, número 1, p. 241.

DURÁN, Augusto

2013 “Principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad”. En DANÓS, Jorge et al. (Coordinadores). *Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Derecho Administrativo en el Siglo XXI*. Lima: Adrus D&L Editores.

MORÓN, Juan Carlos

2009 *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Octava edición. Lima: Gaceta Jurídica.

NIETO, Alejandro,

2011 *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos.

REGLAMENTO DEL BENEFICIO DE FRACCIONAMIENTO Y/O APLAZAMIENTO DEL PAGO DE MULTAS IMPUESTAS POR EL OEFA

ANMARY NARCISO SALAZAR
LUZ ORELLANA BAUTISTA
PERCY GRANDEZ BARRÓN

Sumario

Los autores consideran que el Reglamento del Beneficio de Fraccionamiento y/o Aplazamiento del Pago de Multas impuestas por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) constituye una medida que facilita el pago de las sanciones monetarias impuestas a los administrados por el incumplimiento de sus obligaciones ambientales.

I. Introducción. II. La potestad de ejecución forzosa de las multas administrativas. III. Reglamento de Fraccionamiento y/o Aplazamiento del Pago de Multas. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas que a menudo afrontan los administrados es la falta de liquidez para cumplir con el pago de las multas ambientales que mantienen con el OEFA, pese a su voluntad de cumplimiento. Por tal motivo, diversas empresas solicitan recurrentemente al OEFA la posibilidad de fraccionar y/o aplazar las multas impuestas.

En tal sentido, con la finalidad de optimizar y facilitar el cumplimiento del pago de las multas ambientales y a fin de evitar que la falta de liquidez resulte un problema que dificulte dicho cumplimiento, a partir del 17 de octubre de 2013 entró en vigencia el Reglamento de Fraccionamiento y/o Aplazamiento del Pago de Multas impuestas por el OEFA (en adelante, el Reglamento). Este ha sido aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 041-2013-OEFA/CD, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 043-2013-OEFA/CD.

En ese contexto, se explicarán las principales medidas dispuestas en el Reglamento, entre las que destacan los plazos de fraccionamiento y/o aplazamiento de la multa ambiental, los requisitos para acogerse a los citados beneficios, las características del procedimiento de calificación y otorgamiento y las causales de pérdida.

II. LA POTESTAD DE EJECUCIÓN FORZOSA DE LAS MULTAS ADMINISTRATIVAS

En términos generales, la sanción administrativa o contravencional¹ puede definirse como aquella retribución negativa prevista por el ordenamiento jurídico e impuesta por la Administración Pública –previamente facultada a través de la atribución de una potestad sancionadora expresa– por la comisión de una infracción administrativa².

La sanción administrativa, entendida como la consecuencia jurídica negativa de una conducta ilícita, no solo tiene una finalidad represiva sino que, además, persigue un fin de prevención general frente a la colectividad (carácter ejemplificador) y especial frente al infractor. En ese contexto, resulta de especial relevancia que las sanciones que impone la autoridad administrativa no queden en el plano de lo declarativo sino que sean ejecutadas de manera efectiva, de tal manera que se garantice el cumplimiento de los fines que persigue.

Por ello, una de las características de la sanción administrativa es su ejecutoriedad, la cual faculta a la Administración Pública a obtener forzosamente su cumplimiento, sin necesidad de recurrir a los tribunales jurisdiccionales³. Así, la ejecución forzosa puede entenderse como el mecanismo que utiliza la Administración Pública para, previo apercibimiento al obligado, procurar el cumplimiento de la sanción administrativa impuesta en un acto administrativo, frente a la negativa de este de cumplir de forma espontánea con el pago de dicha sanción.

La potestad de ejecución forzosa de las sanciones administrativas se realiza a través del procedimiento previsto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26979

1 JORGE, Pedro José. “Base Constitucional de la Potestad Sancionadora”. En *Derecho Administrativo en el Siglo XXI*. Vol. I. Lima: Adrus Editores, 2013, pp. 454-455.

2 Cf. BERMÚDEZ, Jorge. “Elementos para definir las sanciones administrativas”. *Revista Chilena de Derecho*. Número Especial, 1998, pp. 324-326.

3 Esta característica se encuentra prevista en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, cuyo Artículo 192° señala lo siguiente:

Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 192°.- Ejecutoriedad del acto administrativo

Los actos administrativos tendrán carácter ejecutivo, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley”.

- Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, aprobado por el Decreto Supremo N° 018-2008-JUS⁴, que en su Artículo 1° señala lo siguiente:

“La presente Ley establece el marco legal de los actos de ejecución coactiva que corresponde a todas las entidades de la Administración Pública. Asimismo, constituye el marco legal que garantiza a los obligados al desarrollo de un debido procedimiento coactivo.”

En ese sentido, se define al procedimiento de ejecución coactiva como un instrumento procesal que permite a la Administración Pública satisfacer directamente su crédito mediante la afectación jurídica (embargo) de los bienes del deudor y su posterior enajenación forzada para, con su producto, cancelar la deuda puesta a cobro.

El procedimiento de ejecución coactiva no tiene una naturaleza cognitiva sino ejecutiva. Por ello, solo se limita a dar cumplimiento a lo ordenado por un acto administrativo anterior. Por lo mismo, no se admite la posibilidad de impugnar los actos que tienen por finalidad ejecutar lo ordenado.

Sin embargo, a fin de garantizar el derecho a un debido proceso, el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva ha establecido diversas causales de suspensión del procedimiento de ejecución coactiva⁵. En efecto, no obstante el carácter de ejecutoriedad, las resoluciones que imponen

4 En la actualidad, existen dos normas legales que regulan el procedimiento de ejecución coactiva: a) el Código Tributario que resulta de aplicación por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT; y, b) el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, aprobado mediante Decreto Supremo N° 018-2008-JUS, que resulta de aplicación solo por los gobiernos locales y por entidades del gobierno nacional distintas a la SUNAT (como puede ser un ministerio) y entidades públicas descentralizadas (por ejemplo, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI).

5 **Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, aprobado por Decreto Supremo N° 018-2008-JUS**

“Artículo 16°.- Suspensión del procedimiento

- 16.1. *Ninguna autoridad administrativa o política podrá suspender el Procedimiento, con excepción del ejecutor que deberá hacerlo, bajo responsabilidad, cuando:*
- a) La deuda haya quedado extinguida o la obligación haya sido cumplida;*
 - b) La deuda u obligación esté prescrita;*
 - c) La acción se siga contra persona distinta al Obligado;*
 - d) Se haya omitido la notificación al Obligado, del acto administrativo que sirve de título para la ejecución;*

sanciones administrativas no podrán ser ejecutadas cuando, por ejemplo, exista un pronunciamiento judicial que disponga la suspensión de sus efectos. Al respecto, Guzmán⁶ señala lo siguiente:

“(...) los actos administrativos generan sus efectos aun cuando fuesen impugnados en sede administrativa o hayan sido impugnados judicialmente mediante el contencioso administrativo, a menos que, en este último, el administrado haya obtenido una medida cautelar”.

Al respecto, con relación a las multas impuestas por el OEFA, es importante advertir que, conforme lo establece el Artículo 20º-A de la Ley N° 29325 - Ley

-
- e) *Se encuentre en trámite o pendiente de vencimiento el plazo para la presentación del recurso administrativo de reconsideración, apelación, revisión o demanda contencioso-administrativa presentada dentro del plazo establecido por ley contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución, o contra el acto administrativo que determine la responsabilidad solidaria en el supuesto contemplado en el artículo 18, numeral 18.3, de la presente Ley;*
 - f) *Exista convenio de liquidación judicial o extrajudicial o acuerdo de acreedores, de conformidad con las normas legales pertinentes o cuando el Obligado haya sido declarado en quiebra;*
 - g) *Exista resolución concediendo aplazamiento y/o fraccionamiento de pago;*
 - h) *Cuando se trate de empresas en proceso de reestructuración patrimonial al amparo de lo establecido en la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal, o norma que la sustituya o reemplace, o se encuentren comprendidas dentro de los alcances del Decreto Ley N° 25604; e,*
 - i) *Cuando se acredita que se ha cumplido con el pago de la obligación no tributaria en cuestión ante otra Municipalidad que se atribuye la misma competencia territorial por conflicto de límites. Dilucidado el conflicto de competencia, si la Municipalidad que inició el procedimiento de cobranza coactiva es la competente territorialmente tendrá expedito su derecho de repetir contra la Municipalidad que efectuó el cobro de la obligación no tributaria.*
- 16.2 *Adicionalmente, el procedimiento de ejecución coactiva deberá suspenderse, bajo responsabilidad, cuando exista mandato emitido por el Poder Judicial en el curso de un proceso de amparo o contencioso administrativo, o cuando se dicte medida cautelar dentro o fuera del proceso contencioso administrativo. En tales casos, la suspensión del procedimiento deberá producirse dentro del día hábil siguiente a la notificación del mandato judicial y/o medida cautelar o de la puesta en conocimiento de la misma por el ejecutado o por tercero encargado de la retención, en este último caso, mediante escrito adjuntando copia del mandato o medida cautelar y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 23 de la presente Ley en lo referido a la demanda de revisión judicial.*
- (...)”.*

6 GUZMÁN, Christian. *El Procedimiento Administrativo*. Primera edición. Lima: Ara Editores, 2007, p. 222.

del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, modificado por la Ley N° 30011, la sola presentación de una demanda contencioso-administrativa, de amparo u otra, no interrumpe ni suspende el procedimiento de ejecución coactiva de las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa referidas a la imposición de sanciones administrativas emitidas por el OEFA.

En efecto, el Artículo 20°-A de la citada Ley dispone que, para que el administrado solicite una medida cautelar que tenga por objeto suspender o dejar sin efecto las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa referida a la imposición de una multa, deberá acreditar previamente la presentación de una contracautela de naturaleza personal (solo carta fianza) o real a nombre del OEFA por el íntegro del importe de la deuda.

De igual modo, el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva recoge como otro de los supuestos de suspensión del procedimiento, la existencia de una resolución que concede el aplazamiento y/o fraccionamiento del pago de la multa. A pesar de que tales figuras no han sido previstas de manera explícita, diversas entidades han regulado el otorgamiento de tales beneficios como una forma de facilitar el cumplimiento de su pago⁷.

En ese contexto, es importante anotar que, desde el punto de vista conceptual, se puede entender el fraccionamiento como la facilidad de pago que se concede a los administrados para que la multa impuesta sea abonada en cuotas a lo largo de un determinado período de tiempo; mientras que en el caso del aplazamiento, la facilidad consiste en diferir el pago de la multa por un período de tiempo determinado. Ambas facilidades tienen como finalidad permitir al administrado honrar de forma voluntaria las deudas generadas por la imposición de sanciones administrativas de carácter pecuniario (multas).

III. REGLAMENTO DE FRACCIONAMIENTO Y/O APLAZAMIENTO DEL PAGO DE MULTAS

A fin de optimizar y facilitar el cumplimiento de las sanciones pecuniarias impuestas por infringir las normas ambientales, mediante Resolución de Consejo

⁷ Entre estas entidades, se encuentran, por ejemplo, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria - SUNAT, la Autoridad Portuaria Nacional - APN, entre otras.

Directivo N° 041-2013-OEFA/CD⁸, se aprobó el Reglamento de Fraccionamiento y/o Aplazamiento del pago de las multas impuestas por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, que establece el procedimiento de calificación y otorgamiento de los referidos beneficios.

Dicho Reglamento de alcance general se presenta como una medida que procura dar respuesta a las numerosas solicitudes presentadas por los administrados para la concesión de facilidades para el pago de las multas impuestas por los órganos del OEFA. En ese sentido, se otorga a los administrados un instrumento que les permita cumplir con tales obligaciones, ya sea a través del fraccionamiento del importe de las multas en plazos de hasta cinco años; o mediante el aplazamiento del pago de dichas multas hasta un máximo de siete meses en caso de tramitarse independientemente del fraccionamiento.

3.1. Multas objeto de acogimiento

En el Reglamento están expresamente previstas las multas que son materia de fraccionamiento y/o aplazamiento, así como aquellas multas y deudas que no están sujetas al citado beneficio.

En ese sentido, se ha precisado que podrán ser objeto de fraccionamiento y/o aplazamiento, las multas que consten en resoluciones emitidas por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, siempre que las resoluciones no hayan sido objeto de impugnación administrativa o se acredite el desistimiento del recurso presentado. Asimismo, podrán ser objeto de este beneficio, las multas impuestas por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos y el Tribunal de Fiscalización Ambiental que se encuentren en procedimiento de cobranza coactiva y aquellas que, después de ser impugnadas judicialmente, se acrediten el desistimiento de la pretensión impugnada.

Por otro lado, no se podrán acoger a los beneficios de fraccionamiento y/o aplazamiento, las multas coercitivas impuestas por el OEFA; las multas por proporcionar información falsa o por ocultar, destruir o alterar información o cualquier tipo de registro o documento requerido por el OEFA; las multas impuestas por negarse injustificadamente a entregar información o por impedir o entorpecer mediante violencia o amenaza el ejercicio de las funciones de competencia del OEFA; las multas que hubieran sido materia de fraccionamiento y/o aplazamiento anterior; entre otros supuestos establecidos en el Reglamento.

⁸ Publicada en el diario oficial El Peruano el 16 de octubre de 2013.

3.2. Plazos para el fraccionamiento y/o aplazamiento de la multa

El Reglamento ha previsto que el beneficio de fraccionamiento y/o aplazamiento se otorgará independientemente del importe de la multa. De este modo, se estableció un esquema de plazos para su pago, que se otorgará en función al monto de la multa impuesta como sanción por el incumplimiento de obligaciones ambientales.

Debe precisarse que el Reglamento permite que el administrado pueda pagar por adelantado las cuotas programadas, lo cual conlleva a que la Oficina de Administración realice el nuevo cálculo de intereses correspondiente.

Cuadro N° 1
Plazos máximos para el otorgamiento de los beneficios según el monto de la multa

Escalas según el monto de la multa	Plazos máximos para el otorgamiento de los beneficios
Para multas inferiores o iguales a 500 UIT ⁹	<ul style="list-style-type: none"> - Hasta 6 meses en caso de fraccionamiento. - Hasta 2 meses en caso de aplazamiento. - Hasta 1 mes de aplazamiento y 5 meses de fraccionamiento, cuando ambos se otorguen en forma conjunta.
Para multas superiores a 500 UIT y menores o iguales a 1 000 UIT	<ul style="list-style-type: none"> - Hasta 12 meses en caso de fraccionamiento. - Hasta 4 meses en caso de aplazamiento. - Hasta 2 meses de aplazamiento y 10 meses de fraccionamiento, cuando ambos se otorguen en forma conjunta.
Para multas superiores a 1 000 UIT y menores o iguales a 5 000 UIT	<ul style="list-style-type: none"> - Hasta 24 meses en caso de fraccionamiento. - Hasta 4 meses en caso de aplazamiento. - Hasta 2 meses de aplazamiento y 22 meses de fraccionamiento, cuando ambos se otorguen en forma conjunta.
Para multas superiores a 5 000 UIT y menores o iguales a 10 000 UIT	<ul style="list-style-type: none"> - Hasta 36 meses en caso de fraccionamiento. - Hasta 5 meses en caso de aplazamiento. - Hasta 3 meses de aplazamiento y 33 meses de fraccionamiento, cuando ambos se otorguen en forma conjunta.
Para multas superiores a 10 000 UIT y menores o iguales a 20 000 UIT	<ul style="list-style-type: none"> - Hasta 48 meses en caso de fraccionamiento. - Hasta 6 meses en caso de aplazamiento. - Hasta 3 meses de aplazamiento y 45 meses de fraccionamiento, cuando ambos de otorguen en forma conjunta.
Para multas superiores a 20 000 UIT	<ul style="list-style-type: none"> - Hasta 60 meses en caso de fraccionamiento. - Hasta 7 meses en caso de aplazamiento. - Hasta 3 meses de aplazamiento y 57 meses de fraccionamiento, cuando ambos se otorguen en forma conjunta.

Fuente: Reglamento de Fraccionamiento y/o Aplazamiento del pago de las multas impuestas por el OEFA

Elaboración propia

⁹ Unidades Impositivas Tributarias.

3.3. De la solicitud de fraccionamiento y/o aplazamiento

La solicitud para acogerse al beneficio de fraccionamiento y/o aplazamiento debe ser dirigida a la Oficina de Administración y presentada dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la resolución que declara consentida la resolución de multa impuesta por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, o desde la notificación de la resolución del Tribunal de Fiscalización Ambiental que agota la vía administrativa.

Dicha solicitud, así como la documentación que adjunte el administrado, debe ser presentada en la mesa de partes del OEFA o de la Oficina Desconcentrada del OEFA que corresponda al domicilio del administrado. Basta que el OEFA reciba la solicitud para que se suspenda transitoriamente el inicio del procedimiento de cobranza coactiva, en caso este no se haya iniciado.

No obstante, en caso de que se hubiese iniciado el procedimiento de cobranza coactiva, el administrado aun tiene la oportunidad de acogerse al beneficio de fraccionamiento y/o aplazamiento. Este debe presentar la solicitud dentro de los siete días hábiles siguientes de notificada la resolución de inicio de dicho procedimiento.

3.4. La garantía personal como requisito para acogerse al beneficio

El administrado que manifieste interés en acogerse al beneficio de fraccionamiento y/o aplazamiento debe otorgar una carta fianza bancaria a fin de asegurar el pago de la multa en su totalidad a favor del OEFA.

La referida carta fianza bancaria debe ser presentada al OEFA dentro del plazo improrrogable de diez días calendario desde la notificación de la calificación positiva emitida por la Oficina de Administración. El administrado debe, además, indicar expresamente que la carta fianza bancaria es otorgada para garantizar el pago de la multa materia de fraccionamiento o aplazamiento.

Sin perjuicio de lo indicado, es importante precisar que cuando la multa sea menor a 5 UIT, no será necesario que el administrado otorgue una carta fianza bancaria a favor del OEFA.

De otro lado, corresponde resaltar que, entre las facilidades que el Reglamento le ha brindado al administrado, se encuentra la posibilidad de renovar o sustituir la carta fianza, siempre que se realice por otra que sea por lo menos igual al saldo de la multa materia de fraccionamiento y/o aplazamiento.

3.5. Otorgamiento o denegatoria de los beneficios

La Oficina de Administración, previo al otorgamiento del beneficio, debe calificar la solicitud de fraccionamiento y/o aplazamiento en un plazo máximo improrrogable de diez días hábiles contados desde la fecha de su presentación en la Mesa de Partes del OEFA o de la Oficina Desconcentrada del OEFA que corresponda al domicilio del administrado.

En caso de que la Oficina de Administración emita una calificación positiva, se procederá a notificar al administrado dicha calificación y le requerirá que, dentro del plazo de diez días calendario de notificado, presente el pago inicial de la multa, en función a la oportunidad de presentación de la solicitud de beneficio, conforme se detalla a continuación.

Cuadro N° 2
Porcentajes para el pago inicial en relación a la oportunidad de presentación de la solicitud

Porcentaje del pago inicial	Oportunidad de presentación de la solicitud de beneficio
Se pagará el 20% del monto de la multa objeto del fraccionamiento y/o aplazamiento.	En caso de que la solicitud hubiese sido presentada dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la resolución que declara consentida la resolución de multa impuesta por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, o desde la notificación de la resolución del Tribunal de Fiscalización Ambiental que agota la vía administrativa.
Se pagará el 40% del monto de la multa objeto de fraccionamiento y/o aplazamiento.	En caso de que la solicitud hubiese sido presentada dentro de los 7 días siguientes de notificada la resolución de inicio del procedimiento de ejecución coactiva.
Se pagará el 60% del monto de la multa objeto de fraccionamiento y/o aplazamiento, así como el total de las costas y gastos que haya generado el procedimiento coactivo.	En caso de que se hayan vencido los plazos señalados anteriormente. Para tal efecto, se concederá el beneficio sin perjuicio de las medidas cautelares trabadas en garantía del pago de la multa.

Fuente: Reglamento de Fraccionamiento y/o Aplazamiento del pago de las multas impuestas por el OEFA.

Elaboración propia

Una vez cumplidos los requisitos del otorgamiento de la carta fianza bancaria y la acreditación del pago inicial de la multa, la Oficina de Administración del OEFA emitirá una resolución que contenga el período de aplazamiento, en caso de haberse

solicitado; el número de cuotas mensuales con indicación de su monto y fecha de vencimiento, en caso de fraccionamiento; la tasa de interés aplicada, que será la que estuvo vigente a la fecha de la presentación de la solicitud; y, la descripción de la carta fianza bancaria otorgada a favor del OEFA.

Asimismo, la Oficina de Administración deberá expedir la citada resolución en un plazo máximo de diez días hábiles contados desde el día siguiente de la presentación de la acreditación del pago inicial que le corresponda pagar.

En ese contexto, cabe advertir que si el administrado no cumple con acreditar el pago inicial que le corresponde pagar, o lo hace de manera parcial, la Oficina de Administración emitirá una resolución denegando la solicitud, lo cual conllevará a que se reanude el trámite para el inicio del procedimiento de cobranza coactiva, si este hubiese sido suspendido por la sola presentación de la solicitud para acogerse al beneficio.

No obstante, el administrado tendrá el derecho de presentar un recurso de reconsideración ante la Oficina de Administración, sustentando su pretensión en el cumplimiento de los requisitos exigidos en el Reglamento.

Sin perjuicio de lo indicado, cabe precisar que el Reglamento, a fin de otorgar mayor seguridad jurídica, ha previsto que el interés que se aplicará al beneficio será la tasa de interés legal efectiva en moneda nacional vigente a la fecha de la solicitud.

3.6. Pérdida del beneficio de fraccionamiento y/o aplazamiento

En el Reglamento también se han establecido las causales de pérdida del beneficio de fraccionamiento y/o aplazamiento de la multa impuesta por el OEFA. En tal sentido, se ha previsto que el administrado perderá el beneficio de fraccionamiento y/o aplazamiento cuando:

- (a) No cumpla con pagar una cuota establecida en el cronograma de pagos, o cuando lo haga de manera parcial;
- (b) no cumpla con mantener vigente la carta fianza bancaria otorgada a favor del OEFA o la sustituya por un monto menor al saldo de la multa materia de fraccionamiento y/o aplazamiento; o,
- (c) interponga recursos administrativos o judiciales contra la resolución que impuso la multa sujeta al pago fraccionado y/o aplazado.

Finalmente, cabe precisar que, así como el otorgamiento del beneficio de fraccionamiento y/o aplazamiento es aprobado a través de una resolución expedida por la Oficina de Administración del OEFA, la pérdida del fraccionamiento y/o

aplazamiento también será declarada bajo la misma formalidad, es decir, mediante una resolución expedida por la citada Oficina.

IV. CONCLUSIONES

Cuando la administración ejerce su potestad sancionadora administrativa, que es entendida como una de las manifestaciones del poder punitivo del Estado, lo hace a fin de que las sanciones sean cumplidas, de tal manera que no solo se cumpla su finalidad represora, sino también el fin de prevención general y especial de las mismas.

Para lograr este propósito existen herramientas importantes que permiten su cumplimiento, incluso cuando del pago de multas se trata. Es así que una de estas herramientas, y seguramente una de las principales, es la figura jurídica del fraccionamiento y/o aplazamiento de las multas impuestas por la administración.

En ese contexto, el Reglamento de Fraccionamiento y/o Aplazamiento del pago de las multas impuestas por el OEFA, se concibe como un instrumento que se otorga al administrado que afronta dificultades para asumir el pago de la obligación en los plazos y modos regulares, a pesar de tener voluntad de cumplimiento. Para ello, se prevé la posibilidad de fraccionar el importe de las multas en plazos de hasta cinco años o aplazar el pago de las mismas hasta un máximo de siete meses en caso se tramite independientemente del fraccionamiento.

BIBLIOGRAFÍA:

BERMÚDEZ, Jorge

1998 “Elementos para definir las sanciones administrativas”. *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, pp. 324-326.

JORGE, Pedro José

2013 “Base Constitucional de la Potestad Sancionadora”. En DANÓS, Jorge et al. (Coordinadores) *Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Derecho Administrativo en el Siglo XXI, Volumen I*. Lima: Adrus D&L Editores, pp. 454-455.

GUZMÁN, Christian

2007 *El Procedimiento Administrativo*. Lima: Ara Editores, p. 222.

LA RED UNIVERSITARIA DE CAPACITACIÓN Y EDUCACIÓN EN FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

ERIKA BEDOYA CHIRINOS (*)

Sumario

Este artículo desarrolla el concepto de la participación ciudadana a través del empoderamiento de jóvenes universitarios que tengan un especial interés en temas ambientales. El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) tiene el rol de brindarles las herramientas de capacitación en dichos temas y, sobre todo, en la fiscalización ambiental. Se explora, además, cómo la Red Universitaria de Capacitación y Educación en Fiscalización Ambiental (RUCEFA) fortalece la institucionalización del OEFA en la ciudadanía en general.

I. Introducción. II. El desarrollo de capacidades como instrumento para el fortalecimiento institucional y de promoción de la participación ciudadana. III. Red Universitaria de Capacitación y Educación en Fiscalización Ambiental. IV. Metas de la RUCEFA. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), al cumplir cinco años, como parte de la tarea de formar una cultura de participación ciudadana en fiscalización ambiental que tenga como uno de sus principales componentes el brindar herramientas para acceder a la justicia ambiental, considera necesario capacitar a jóvenes universitarios con la finalidad de especializarlos y formar una red de capacitadores a nivel nacional que promuevan la participación ciudadana a través de la presentación de denuncias ambientales.

En ese sentido, el OEFA apuesta por involucrar a las universidades públicas y privadas del país a través de convenios de cooperación interinstitucional dirigidos a constituir una red de jóvenes universitarios. Ellos podrán capacitar a escolares y

(*) La autora agradece a María Teresa Ezquerro Benavides, Bruno Contti Chávez y Martín Garzón Herrera por el valioso apoyo brindado en la recopilación de información para la elaboración del presente artículo.

ciudadanos del país que tienen menores posibilidades de acceder a información y educación especializada en materia ambiental.

II. EL DESARROLLO DE CAPACIDADES COMO INSTRUMENTO PARA EL FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL Y DE PROMOCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Es preciso mencionar que la apuesta por el desarrollo de capacidades para buscar el fortalecimiento institucional y promover la participación ciudadana ha precedido al OEFA. Instituciones como el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS) han realizado esfuerzos en los últimos años para capacitar a la población en las materias de sus competencias.

El INDECOPI suscribió convenios con el Ministerio de Educación para llevar a cabo el programa “INDECOPI Educa” a fin de llevar una cultura de mercado y respeto por los derechos de los consumidores. Mientras que el MINJUS¹ estableció convenios con diferentes universidades del país para difundir y promover la cultura legal entre los sectores sociales marginados, de manera que puedan superarse las barreras que impidan el acceso a la justicia y fortalecer la gobernabilidad del país².

Tomando como ejemplo las iniciativas del INDECOPI y el MINJUS, el OEFA, vio conveniente desarrollar las capacidades de los estudiantes universitarios con el objeto de capacitar a la población y consolidar en el tiempo una cultura de fiscalización ambiental en el país.

III. RED UNIVERSITARIA DE CAPACITACIÓN Y EDUCACIÓN EN FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

3.1. Aspectos generales

La Red Universitaria de Capacitación y Educación en Fiscalización Ambiental (RUCEFA)³ se crea con el objetivo de colaborar en el proceso de fortalecimiento

1 Programa Nacional de Enseñanza Legal para la Inclusión Social (PRONELIS).

2 DERECHO & SOCIEDAD CIVIL. “Minjus fortalecerá la inclusión legal”. En <<http://blog.pucp.edu.pe/item/28177/minjus-fortalecera-la-inclusion-legal>> (Consultado el 28 de noviembre de 2013).

3 Resolución de Consejo Directivo N° 024-2013-OEFA/CD del 28 de mayo de 2013.

de la fiscalización ambiental a través de la participación ciudadana. Esta red está conformada por estudiantes universitarios que serán capacitados para contribuir a la difusión de la normativa ambiental, prioritariamente en la población escolar, comunidades campesinas o nativas, pueblos indígenas, organizaciones sociales de base, poblaciones vulnerables y otros grupos poblacionales asentados en zonas de alta conflictividad socioambiental, o ubicados en áreas con alta incidencia de pobreza.

La RUCFEA debe entenderse como un instrumento a través del cual se garantiza que los ciudadanos tengan un mayor conocimiento sobre las obligaciones ambientales, así como de los mecanismos para realizar denuncias ambientales a través del Servicio de Información Nacional de Denuncias Ambientales (SINADA), con el objeto de que puedan interponer acciones frente a la violación o amenaza de vulneración de sus derechos.

Para alcanzar dicho propósito, se articulan acciones de formación y capacitación a la ciudadanía en materia de fiscalización ambiental. Asimismo, se establecen alianzas con actores públicos y privados de distintos sectores como el educativo, empresarial, gubernamental y con la sociedad civil.

El trabajo de la RUCFEA buscará promover la responsabilidad social ambiental de los estudiantes universitarios e incentivar, a su vez, el interés de la comunidad universitaria en la incorporación de temas vinculados a la fiscalización ambiental en sus respectivos currículos académicos.

Esto permitirá que las universidades que establezcan convenios de cooperación interinstitucional con la RUCFEA logren, eventualmente, insertar al mercado laboral profesionales con una ventaja diferencial: estar altamente capacitados y sensibilizados en materia de fiscalización ambiental.

3.2. Objetivos

La RUCFEA apunta a obtener el reconocimiento del OEFA como promotor de la cultura ambiental que incentiva el interés de los estudiantes y de la población en general en temas medioambientales y, en especial, los referidos a su fiscalización. Para ello, trabajará en base a los siguientes objetivos:

- (a) Colaborar en el proceso de fortalecimiento de la fiscalización ambiental a través de la participación ciudadana.
- (b) Apoyar en la difusión de la normativa que regula la fiscalización ambiental a cargo del OEFA.

- (c) Promover la vigilancia ciudadana para prevenir y denunciar hechos contrarios a la normativa ambiental.
- (d) Coadyuvar en la difusión del Servicio de Información Nacional de Denuncias Ambientales (SINADA).
- (e) Promover la responsabilidad social de los estudiantes universitarios.
- (f) Propiciar el interés de la comunidad universitaria en la incorporación de temas vinculados a la fiscalización ambiental en sus respectivos currículos académicos.

3.3. Implementación de la red

Para participar en la RUCEFA, el OEFA suscribe convenios de cooperación interinstitucional con las universidades interesadas, para luego identificar a estudiantes universitarios con un grado de interés y compromiso hacia la temática ambiental. Adicionalmente, los interesados deben cumplir con los siguientes requisitos para integrar la red:

- (a) Pertenecer al tercio superior.
- (b) Haber culminado el cuarto ciclo o el segundo año de estudios, como mínimo.
- (c) Adjuntar una carta de presentación de la autoridad universitaria competente (el decano de la Facultad, director académico, director de carrera, etc.).

El programa de la RUCEFA contempla dos fases a desarrollar para cumplir con el propósito y objetivos anteriormente expuestos. La primera fase es la capacitación de estudiantes universitarios y la segunda se refiere a la realización de actividades educativas a cargo de los estudiantes acreditados y que estarán dirigidas al público objetivo.

a) Fase I: Capacitación

En el siguiente cuadro, se detallarán los tres talleres que involucran la capacitación hacia los estudiantes universitarios; asimismo, se muestran las distintas temáticas que incluye cada uno de los talleres y su respectiva duración.

Fase de capacitación	Temas	Duración
Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA) y Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA)	<p>¿Qué es el SINEFA? ¿Qué es una EFA? El rol del OEFA sobre las EFA</p>	3 horas lectivas
OEFA	<p>¿Qué es el OEFA? Competencias del OEFA ¿Qué es la fiscalización ambiental?</p> <p>Proceso de la fiscalización ambiental: - Evaluación - Supervisión - Fiscalización y sanción</p> <p>Obligaciones ambientales de los administrados.</p> <p>Logros del OEFA</p>	3 horas lectivas
Sistema Nacional de Denuncias Ambientales (SINADA)	<p>¿Qué es el SINADA? Mecanismos para formular denuncias ambientales Medios para presentar una denuncia ambiental Elementos clave para una denuncia ambiental Aportes actuales de las denuncias ambientales ciudadanas Participación ciudadana como derecho ciudadano Participación ciudadana aplicada a la gestión ambiental</p>	5 horas lectivas
Componentes en la ejecución de los talleres RUCFEA	<p>¿Por qué es importante la comunicación? El rol de la comunicación en la prevención de conflictos Modelos y tipos de comunicación Actores en el proceso de comunicación Estrategias de comunicación aplicadas a la capacitación Herramientas comunicacionales en contextos rurales Taller práctico para diseñar talleres hacia la ciudadanía</p>	4 horas lectivas

La primera fase de la implementación de la RUCFEA involucra dos evaluaciones a los estudiantes participantes. Se desarrollarán de la siguiente manera:

- (a) Un examen de entrada, que permitirá evaluar el grado de conocimiento actual sobre el tema.

- (b) Un examen final, que permitirá evaluar el grado de conocimientos adquiridos.

Además, esta etapa contempla un proceso de certificación y acreditación a los estudiantes universitarios capacitados en materia de fiscalización ambiental. Esto será indispensable para el logro de los objetivos de la RUCFEA, los cuales apuntan a formar una ciudadanía responsable con el ambiente. Dicha certificación deberá darse antes del inicio de las actividades de la segunda fase.

b) Fase II: Actividades educativas para el público objetivo

La implementación de la RUCFEA permitirá que cada uno de los actores involucrados en este programa obtenga beneficios concretos y duraderos.

Las universidades se benefician al contar con profesores y estudiantes universitarios capacitados en fiscalización ambiental, materia que se encuentra estrechamente vinculada a la responsabilidad social, elemento clave en la formación universitaria. Además, la red será una herramienta para brindar al mercado peruano futuros profesionales que sean capaces de insertarse, tanto en el sector público como en el privado, con la especialización en fiscalización ambiental.

Por su parte, el Estado se beneficia al materializar el efecto multiplicador a través de los jóvenes universitarios y capacitar a un mayor número de ciudadanos, sobre todo, a aquellos que no tengan la posibilidad de acceder a la información sobre el significado de la cultura de vigilancia y fiscalización ambiental.

La sociedad civil también se beneficia, al tomar conciencia sobre la posibilidad de formar parte del macroproceso de la fiscalización ambiental. Un medio para lograrlo es, por ejemplo, presentar una denuncia cuando el ciudadano se percata de la existencia de un impacto negativo en el ambiente. Mientras consideren acudir al OEFA como una opción para advertir al Estado sobre este daño, los ciudadanos ejercen su derecho de participación ciudadana, por lo que su accionar vigilante forma parte de la fiscalización ambiental.

Finalmente, las empresas se benefician al encontrar en el mercado estudiantes universitarios que se convertirán en profesionales capacitados en fiscalización ambiental, lo que mejorará a todo nivel el cumplimiento de sus obligaciones ambientales.

En la medida en que las universidades, los estudiantes, la sociedad civil, las empresas y el OEFA incrementen progresivamente sus esfuerzos en la búsqueda de resultados, tanto el desarrollo de la RUCFEA como el de ellos mismos se verá

materializado en los aspectos anteriormente mencionados. Asimismo, el desarrollo de alianzas reflejará una mejora en la calidad de vida de la sociedad en su conjunto y en la institucionalización y legitimación de la fiscalización ambiental a nivel nacional, fin último del OEFA.

IV. METAS DE LA RUCFEA

Las metas planteadas para la implementación de la RUCFEA están proyectadas anualmente, con el objeto de tener presencia en todas las universidades del país.

4.1. Pasos iniciales

Desde la creación de la RUCFEA en mayo de 2013, se han implementado distintas estrategias a fin de convocar a las universidades públicas y privadas a nivel nacional.

En esta primera etapa, el criterio para la búsqueda de universidades con las cuales se suscribe el convenio de cooperación interinstitucional es la coincidencia de la ubicación de la institución educativa con el departamento en el que se ubican las Oficinas Desconcentradas del OEFA.

Otra característica para elegir a la universidad con la que se suscribe dicho convenio es el área de incidencia de la entidad educativa. Los veinte convenios suscritos a diciembre de 2013 se han celebrado en distintos departamentos al interior del país, considerando que el Perú se encuentra en proceso de mejorar la implementación de sus políticas de manera descentralizada. Por este motivo, las acciones del OEFA y, en consecuencia de la RUCFEA, deben cobrar mayor énfasis al interior del país.

Es así que, a los primeros siete meses de creada la RUCFEA, se han logrado suscribir convenios de cooperación interinstitucional en diez de los veinticuatro departamentos del Perú. Es muy importante señalar que, con el objetivo de que la fiscalización ambiental se institucionalice y se legitime a nivel nacional, al finalizar el año 2014 se proyecten suscribir este tipo de alianzas en todos los departamentos del Perú.

4.2. Primeras proyecciones de la RUCFEA

Las primeras proyecciones que posee la RUCFEA son las siguientes:

- (a) Suscribir convenios con todas las universidades del país.
- (b) Acreditar estudiantes por cada una de las universidades con las que se suscriba un convenio de cooperación interinstitucional.
- (c) Realizar, como mínimo, veinte talleres anuales de capacitación para el

público objetivo de la RUCEFA por cada una de las universidades con las que se ha suscrito un convenio.

- (d) A través de los estudiantes acreditados, cada universidad capacitará a un mínimo de dos mil (2 000) personas en los talleres de capacitación de la RUCEFA.
- (e) Promocionar a la RUCEFA con un espacio visible y exclusivo por medio de los otros sitios web del Ministerio del Ambiente (MINAM), los del OEFA y en cada uno de los sitios web de las asociaciones que agrupan a las empresas supervisadas.
- (f) Promocionar a la RUCEFA como un espacio visible y exclusivo, por medio de las *fan pages* del Facebook del Ministerio del Ambiente (MINAM), así como en la del OEFA.

4.3. Proyecciones al 2018

La RUCEFA busca convertirse en un programa educativo a largo plazo, por lo que presenta las siguientes proyecciones al 2018:

- (a) Institucionalizar la fiscalización ambiental a nivel nacional por medio de la suscripción de convenios de cooperación interinstitucional con universidades públicas y privadas ubicadas tanto en los veinticuatro departamentos del Perú, así como en la Provincia Constitucional del Callao.
- (b) Legitimar la fiscalización ambiental en las instituciones educativas superiores a nivel nacional por medio de la presentación de la RUCEFA para la suscripción de convenios en todas las universidades existentes tanto públicas como privadas⁴.
- (c) Promover el desarrollo y mejora de la fiscalización ambiental por medio de la investigación académica.
- (d) Promover un congreso nacional de fiscalización ambiental anual.
- (e) Convertir a los gobiernos regionales en colaboradores estratégicos para el óptimo desenvolvimiento de las funciones de la RUCEFA.
- (f) Lograr un trabajo coordinado, planificado y documentado entre los gobiernos provinciales a nivel nacional y los miembros de la RUCEFA.

4 Según el censo a universidades del año 2012, realizado por la Asociación Nacional de Rectores - ANR, se indica que existen 137 universidades a nivel nacional, tanto públicas como privadas. Las proyecciones acerca de la creación de universidades a nivel nacional se estiman en un incremento promedio de 4 por año; lo que implicaría que para el año 2018 habrán en el Perú alrededor de 161 instituciones educativas superiores. En: ASAMBLEA NACIONAL DE RECTORES - ANR, *Estadísticas Universitarias 2012*, p. 7. <http://www.anr.edu.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=663:estadisticas> (Consultado el 12 de noviembre de 2013).

- (g) Las oficinas desconcentradas del OEFA, a nivel nacional, difundirán los procesos de selección de personal, entre los estudiantes acreditados que hayan concluido su carrera universitaria y se hayan desempeñado de manera óptima en el ejercicio de las actividades de la RUCEFA.
- (h) El OEFA realizará, por lo menos, una actividad académica en cada una de las universidades públicas y privadas con las que se firme el convenio de cooperación interinstitucional.
- (i) La RUCEFA organizará, por lo menos, un taller de capacitación para el público objetivo, en cada una de las 195 provincias del Perú.
- (j) Se incrementará el número de estudiantes universitarios acreditados en las universidades en las que los convenios de cooperación interinstitucional tengan más de dos años de suscritos.
- (k) Se implementará un plan de retroalimentación de parte de los exmiembros de la RUCEFA hacia los nuevos miembros de la red, en las universidades donde los convenios de cooperación interinstitucional tengan más de cuatro años de suscritos.

V. CONCLUSIONES

La RUCEFA busca ser el principal aliado de la institución en el ánimo de formar una cultura de fiscalización y de cumplimiento de las obligaciones ambientales por parte de las empresas supervisadas. Busca llegar a cada rincón del país, a través de la participación de los estudiantes universitarios. La formación que el OEFA les brindará tiene como objetivo que ellos vuelquen los conocimientos adquiridos fuera de su centro de estudios para capacitar a la población y propiciar el acceso a la justicia ambiental.

BIBLIOGRAFÍA:

ASAMBLEA NACIONAL DE RECTORES

2012 *Estadísticas Universitarias 2012*. Lima. Consulta: 12 de noviembre de 2013. <http://www.anr.edu.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=663:estadisticas>

DERECHO & SOCIEDAD CIVIL

2008 “Minjus fortalecerá la inclusión legal”. Lima, 8 de diciembre. Consulta: 28 de noviembre de 2013. <<http://blog.pucp.edu.pe/item/28177/minjus-fortalecera-la-inclusion-legal>>

DIRECTOR DE LA OBRA

HUGO GÓMEZ APAC

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente, Presidente del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), Vicepresidente de la Comisión de Protección al Consumidor 1 del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), Segundo Magistrado Suplente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y profesor del curso de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

En el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos fue Director Nacional de Asuntos Jurídicos y Vicepresidente de los Grupos de Trabajo encargados de revisar y proponer mejoras a la Ley del Procedimiento Administrativo General y la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo. En el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo fue Asesor del Despacho Ministerial. En el INDECOPI fue Presidente de la Comisión adscrita a la Oficina Regional de Ica, Secretario Técnico de la Sala de Defensa de la Competencia, Asesor de la Gerencia Legal y Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia.

En la Universidad Nacional Mayor de San Marcos dictó los cursos de Derecho de la Competencia, Derecho Administrativo y Regulación de Servicios Públicos. En la Pontificia Universidad Católica del Perú dictó los cursos de Metodología de la Investigación Jurídica, Derecho Administrativo I e Instituciones Jurídicas de la Regulación.

AUTORES

Jorge Abarca García

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es consultor en la Dirección de Supervisión del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

Mercedes Patricia Aguilar Ramos

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con un posgrado en Regulación y Derecho de las Concesiones por la Universidad del Pacífico y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y con estudios de Maestría en Administración por la Universidad del Pacífico. Es Subdirectora de Instrucción e Investigación de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de la Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Ha sido Secretaria Técnica del Tribunal Administrativo de Usuarios del Organismo Supervisor de la Inversión Privada de Telecomunicaciones (OSIPTEL) y Especialista Legal en la solución de conflictos entre empresas y consultora de relaciones empresariales. Asimismo, fue Analista Legal en la Comisión de Mercado de Telecomunicaciones de España y becaria del Programa para la excelencia regulatoria CMT - REGULATEL.

Martha Inés Aldana Durán

Abogada por la Universidad de Lima. Es Coordinadora General de Proyectos Normativos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Cuenta con una Maestría en Derecho Ambiental Internacional y Comparado por el Washington College of Law de la American University (Washington, D.C.), donde estudió con la beca Fulbright y con la beca de la Organización de Estados Americanos, habiendo obtenido el premio a la alumna más destacada de su promoción (“Outstanding Student Award”). También cuenta con un Diplomado en Derecho de la Energía (UPC) y un Diplomado en Gestión Pública y Ambiente (ESAN). Ha sido consultora y asesora en el Congreso de la República, en el Ministerio de Salud, en el Ministerio de Agricultura, en el Organismo Supervisor de Inversiones en Energía y Minería, en el Consejo Nacional del Ambiente y en el Ministerio del Ambiente, entre otras entidades públicas y privadas. Es autora de diversas publicaciones en materia de Derecho Ambiental.

Erika Bedoya Chirinos

Abogada por la Universidad de Lima. Magíster en Educación Superior por la Universidad Andrés Bello de Chile. Estudios de Maestría en Derecho de Empresas por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Cuenta con estudios en Derechos Humanos en la Universidad Alcalá de Henares y en Solución de Controversias en Louisiana State University. Es profesora de los cursos Seminario de Negociación y Conciliación, Taller de Liderazgo I y Derecho Concursal en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Es Jefa (e) de Comunicaciones y Atención al Ciudadano y Coordinadora General de Capacitación en Fiscalización Ambiental en el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

Oscar Carrillo Verástegui

Bachiller en Economía por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Es analista económico en la Subdirección de Sanción e Incentivos de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

Mauricio Augusto Cuadra Moreno

Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Cuenta con estudios de especialización en materias vinculadas al Derecho Público en la Universidad Complutense de Madrid, entre otras casas de estudios en el Perú y el extranjero. Becario Erasmus Mundus de la Unión Europea, entre otros reconocimientos académicos. Actualmente, cursa la Maestría en Gestión Pública en ESAN. Durante su ejercicio laboral ha realizado una estancia profesional en la Organización de Estados Americanos en Washington D.C. (EE.UU). Es Subdirector (e) de Supervisión a Entidades del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) y se ha desempeñado como Secretario Técnico de importantes Grupos de trabajo normativos en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

María Luisa Egúsquiza Mori

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Negocios Internacionales y Derecho Económico por Georgetown University, Washington D.C. Becaria Fulbright y de la DKG - International Society Keywomen Educators. Cuenta con un posgrado en la Universidad de Salamanca, España y por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Es Directora de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Asimismo, es miembro de la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) y Vocal de la Corte Arbitral del Centro de Arbitraje del OSIPTEL.

Jerry Espinoza Salvatierra

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Cuenta con estudios de especialización en Derecho Administrativo y Régimen de Acceso al Mercado en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y con Estudios de Especialización en Derecho Ambiental en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es Coordinador Técnico Legal de la Dirección de Supervisión del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Cuenta con experiencia profesional en Derecho de la Competencia en el Estudio Muñiz, Ramírez y Olaya y en la Comisión de Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

Jerico Fiestas Flores

Bachiller en Economía por la Universidad del Pacífico. Es consultor en la Subdirección de Sanción e Incentivos de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

Erick Leddy García Cerrón

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Cuenta con estudios de especialización en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es consultor en el Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

Percy Grandez Barrón

Bachiller en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Actualmente forma parte del equipo de la Presidencia del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Es miembro del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de la Universidad de San Martín de Porres. Ha colaborado en la Procuraduría Pública Especializada en Delitos Ambientales y en la Procuraduría Pública del Ministerio del Ambiente.

Milagros Granados Mandujano

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de Maestría en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con estudios de especialización en el ámbito del Derecho Constitucional y Administrativo, y ha realizado diversas publicaciones jurídicas en dichas materias. Es Especialista en Normatividad en la Presidencia del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

Mario Huapaya Nava

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios completos en la Maestría en Derecho de la Empresa con mención en Regulación de Servicios Públicos por la misma casa de estudios y Master en Administración Pública por la Maxwell School of Syracuse University. Es Secretario Técnico del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) y fue Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica del mismo organismo. Ha sido profesor adjunto y asistente de cátedra en el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor de posgrado en la Universidad de Lima, la Universidad Continental y otras casas de estudio. Cuenta con numerosas publicaciones en medios especializados.

Gabriela López Medrano

Economista por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster por la Barcelona Graduate School of Economics. Es profesora del curso de Organización Industrial Aplicada en la Universidad San Martín de Porres. Es Subdirectora de Sanción e Incentivos de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

José María Mariño Tupia

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, especializado en Derecho Administrativo. Es consultor en el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

Delia Morales Cuti

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Cuenta con estudios de Maestría en Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en barreras técnicas al comercio. En la actualidad, ejerce el cargo de Directora de Supervisión del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Se ha desempeñado como analista en materia de Derecho de la Competencia y de Protección al Consumidor en el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI); así como ha sido miembro de diversos equipos técnicos en las negociaciones de los Tratados de Libre Comercio (TLC). Expositora en foros nacionales e internacionales en materia de evaluación de la conformidad, acreditación, normalización y regulación técnica.

Anmary Narciso Salazar

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresada de la Maestría en Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Es Jefa de la Oficina de Asesoría Jurídica del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

Skarley Llanos Buiza

Abogada por la Universidad de Piura con estudios concluidos de Maestría en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con especialización en Gestión del Desarrollo Sostenible por la Universidad ESAN. Es Abogada en el Sector Minería de la Dirección de Supervisión del Organismo de la Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

Zaira Ocampos Cano

Abogada por la Universidad de Piura, egresada de la Maestría en Regulación de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y especialista en Derecho de los Hidrocarburos. Actualmente, se desempeña como Especialista Jurisprudencial en el Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

Luz Orellana Bautista

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Master en Economía y Regulación de Servicios Públicos por la Universidad de Barcelona. Egresada de la Maestría en Derecho con mención en Propiedad Intelectual y Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asimismo, cuenta con una especialización en Gestión y Finanzas Públicas. Es Asesora de la Alta Dirección del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

Ernesto Frederik Soto Chávez

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con estudios de especialización en Regulación de Servicios Públicos y estudios de maestría en economía de las telecomunicaciones. Es consultor en el Tribunal de Fiscalización Ambiental. Fue reconocido con una mención en el año 2012 por la publicación inglesa *The Legal 500* en el rubro *Public Law and Regulation*. Es Becario de la Organización de Estados Americanos (OEA) y profesor adjunto en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Hilda Tarazona Triveño

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con especialización en Derecho Administrativo, Minero y Ambiental. Es Abogada en el Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Cuenta con experiencia en el sector público en las áreas de Derecho Administrativo, Pesquero, Minero y Ambiental y en el sector privado en el área de Derecho Administrativo. Además, tiene experiencia en la formulación, monitoreo y evaluación de proyectos de desarrollo social.

Francisco Miguel Villa Sotomayor

Economista por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Cuenta con un Diplomado en Gestión Ambiental y Evaluación del Impacto Ambiental por el Centro de Estudios Superiores y Actualización Profesional - CESAP, el Colegio de Ingenieros del Perú y la Universidad Nacional Federico Villareal. Actualmente, se desempeña como Profesional en Valoración Económica en la Subdirección de Sanción e Incentivos de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

Humberto Zúñiga Schroder

Doctor en Derecho (Ph.D.) por la Universidad de Edimburgo (becario de dicha institución). Magíster en Derecho del Comercio Internacional y Europeo (LL.M.) por la Universidad de Ámsterdam (becario NUFFIC). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es Asesor de la Alta Dirección del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Se ha desempeñado como Funcionario Internacional del Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Comunidad Andina y como profesor del curso “Derecho del Comercio Internacional” en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Es autor del libro “Harmonization, Equivalence and Mutual Recognition of Standards in WTO Law” (Kluwer 2011) y de diversos artículos académicos, en temas de su especialidad.



Presidente del Consejo Directivo
Hugo Ramiro Gómez Apac

Miembros del Consejo Directivo
Genaro Lino Matute Mejía
César Paúl Ortiz Jahn
Roxana María Barrantes Cáceres



Somos un organismo público, técnico especializado, adscrito al Ministerio del Ambiente y ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA).

Nuestra visión es garantizar que las actividades económicas se desarrollen en el país en equilibrio con el derecho de las personas a gozar de un ambiente sano.

Nuestra misión es ejercer y promover una fiscalización ambiental efectiva que armonice el ejercicio de las actividades económicas y la protección del ambiente con el desarrollo sostenible.