

EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR AMBIENTAL:

Experiencias en Colombia, España y Perú

Ponencias del I Seminario Internacional del OEFA



ORGANISMO DE EVALUACIÓN
Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

El derecho administrativo sancionador ambiental:
Experiencias en Colombia, España y Perú

Ponencias del I Seminario Internacional del OEFA

EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR AMBIENTAL:

Experiencias en Colombia, España y Perú

Ponencias del I Seminario Internacional del OEFA



ORGANISMO DE EVALUACIÓN
Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

El derecho administrativo sancionador ambiental: Experiencias en Colombia, España y Perú. Ponencias del I seminario internacional del OEFA

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

Primera edición: marzo 2014

Tiraje: 1600 ejemplares

© **Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA**

Dirección: República de Panamá 3542, Lima 27, Perú

Teléfono: (51-1) (01) 713-1553

webmaster@oefa.gob.pe

www.oefa.gob.pe

Consejo directivo:

Hugo Ramiro Gómez Apac

Genaro Lino Matute Mejía

César Paul Ortíz Jahn

Roxana María Barrantes Cáceres

Director de la obra:

Hugo Ramiro Gómez Apac

Comité editorial:

Erika Bedoya Chirinos

Sebastián Suito López

Mauricio Cuadra Moreno

Gabriela López Medrano

Milagros Granados Mandujano

Patricia Quijano Vallejos

Gabriela Paliza Romero

Percy Grandez Barrón

Ernesto Soto Chávez

Edición y corrección de estilo:

Giancarlo Peña Paredes

Roxana Villalba Garcés

Identidad visual y diagramación:

Neil Ángel Inga Ayala

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° 2014-04053

ISBN: 978-612-46660-0-1

Impreso: Industrias Gráficas Zaferro S.A.C. / RUC 20546879748 / Telf: 4280700

Dirección: Jr. Callao 727 Int. 108 Lima - 01 / industriasgraficaszaferro@hotmail.com

Impreso en Perú

ÍNDICE

Prólogo 9

Capítulo 1. Potestad sancionadora, responsabilidad administrativa y procedimiento sancionador ambiental

1. La potestad sancionadora en España 19
Íñigo Sanz Rubiales (España)

Comentaristas:
Martha Aldana Durán
Mario Huapaya Nava

2. El procedimiento administrativo sancionador ambiental en Colombia: aportes para la legislación en el Perú 46
Carolina Montes Cortés (Colombia)

Comentaristas:
María Luisa Egúsqiiza Mori
Mauricio Cuadra Moreno

3. Mesa redonda: El procedimiento administrativo sancionador ambiental: experiencias en Colombia, España y Perú 78

Participantes:
Carolina Montes Cortés (Colombia)
Íñigo Sanz Rubiales (España)
Hugo Gómez Apac (Perú)
Moderador: Mario Huapaya Nava

Capítulo 2. La valorización del daño ambiental

La valorización económica ambiental 99
Fernando Carriazo Osorio (Colombia)

Comentaristas:

Hugo Gómez Apac

Gabriela López Medrano

Vito Verna Corona

Patrick Wieland Fernandini

Luis Felipe Huertas del Pino Cavero

Capítulo 3. La reparación del daño ambiental en la vía administrativa

Ley de responsabilidad ambiental en 137
España
José Pernas García (España)

Comentaristas:

Delia Morales Cuti

Milagros Verástegui Salazar

Sheila Zacarías Ríos

Beatriz Merino Lucero

Alberto Varillas Cueto

Reseña de los ponentes y panelistas 171

PRÓLOGO

LA REPARACIÓN DE DAÑOS AMBIENTALES EN LA VÍA ADMINISTRATIVA

Hugo Gómez Apac

Presidente del Consejo Directivo

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

El Derecho administrativo es una rama del Derecho público, del cual forman parte también el Derecho penal y otros ordenamientos que se caracterizan por explicitar el *ius imperium* del Estado, el poder jurídico que detenta para imponer reglas de conducta con el fin de preservar paz y bienestar en la sociedad. El Derecho administrativo es omnicomprensivo de toda actuación o manifestación de lo que entendemos por Administración Pública, y esta comprende a todos los organismos, órganos y entelequias que realizan la función administrativa, que no es otra cosa que una serie de actividades, heterogéneas, variables y contingentes, que tienen como denominador común la tutela del interés público.

Es válido afirmar que el Derecho administrativo es el conjunto de normas, principios, conceptos e instituciones que regulan y dan cuenta de la naturaleza y modos de actuación de la Administración Pública; su organización y funciones; el régimen de su personal y de sus bienes; sus sistemas de recaudación, planificación, control y administración de sus recursos (públicos); su conexión con otras funciones de poder del Estado y su interrelación con los ciudadanos (administrados) y, en cuanto a esto último, por un lado, su

intervención en la economía como regulador y habilitador de actividades económicas y como comprador y vendedor de bienes y servicios y, por el otro, los mecanismos que garantizan a los administrados, tanto en la vía administrativa como jurisdiccional, la protección y defensa de sus derechos subjetivos e intereses legítimos.

Visto así el Derecho administrativo, qué duda cabe reconocer que el Derecho ambiental forma parte del Derecho administrativo, lo mismo que el Derecho de la competencia, el Derecho del consumidor, el Derecho minero, el Derecho de las telecomunicaciones, el Derecho tributario, etc. Y así como la actividad de certificación ambiental (como la aprobación de estudios de impacto ambiental), habilitadora *ex ante* para el desarrollo de actividades económicas, es manifestación de Derecho administrativo, lo es también la fiscalización ambiental, actividad mediante la cual la autoridad administrativa verifica *ex post* el cumplimiento de las obligaciones ambientales de los administrados, como el caso de los compromisos contenidos en los instrumentos de gestión ambiental.

La fiscalización ambiental, a su vez, se expresa a través del ejercicio de importantes potestades administrativas, como la de policía, la de fiscalización y control, la sancionadora, la de autotutela, etc. La fiscalización ambiental que realiza el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) implica el desarrollo de monitoreos y supervisiones de campo y de gabinete, la tramitación de procedimientos sancionadores y el dictado de medidas administrativas que corrijan los efectos negativos de las infracciones ambientales. ¿Qué es todo esto? Pues Derecho administrativo sancionador ambiental.

Es por ello que los días 24 y 25 de octubre del 2013, el OEFA realizó un evento académico denominado “I Seminario

Internacional Derecho Administrativo Sancionador Ambiental”. En dicho evento participaron destacados catedráticos de Colombia, España y Perú, quienes dieron a conocer los avances de la fiscalización ambiental en sus respectivos países.

Con la finalidad de difundir dichas experiencias a la ciudadanía, se ha considerado pertinente elaborar la presente publicación, que recopila las ponencias del mencionado evento en tres capítulos. En el primero se exponen las particularidades del Derecho administrativo sancionador ambiental en Colombia, España y Perú, dándose a conocer la postura que se ha adoptado en estos países con relación a la responsabilidad administrativa (objetiva o subjetiva), el diseño de los procedimientos sancionadores, etc. En el segundo se describen las metodologías empleadas para valorizar el daño ambiental, herramienta esencial en la aplicación de sanciones y el dictado de medidas correctivas. Finalmente, en el tercero, se desarrollan las medidas correctivas destinadas a reparar, restaurar o rehabilitar el daño ambiental ocasionado y, en caso ello no fuera posible, a compensar dicho daño en términos ambientales.

Sobre lo último, es importante mencionar que en el Perú se ha superado la postura tradicional de considerar que únicamente la autoridad jurisdiccional puede ordenar medidas de reparación de daños. En nuestro ordenamiento jurídico esta competencia también la detenta la autoridad administrativa de fiscalización ambiental. La Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental faculta de forma expresa al OEFA a dictar, de manera complementaria a las sanciones, medidas correctivas de restauración y compensación ambiental¹.

1 Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 5 de marzo del 2009.-

Lo antes expuesto supone que, para reparar el daño ambiental, no solo tenemos el proceso civil impulsado mediante una demanda de indemnización por daños y perjuicios presentada ante el Poder Judicial, sino también la vía administrativa en el marco de la tramitación de un procedimiento sancionador. Si bien la reparación del daño ambiental puede ser ordenada tanto en la vía jurisdiccional como en la administrativa, los alcances del resarcimiento que pueden ser obtenidos en cada vía son distintos.

El OEFA ha emitido lineamientos² con la finalidad de explicar los supuestos en los cuales el daño ambiental puede ser reparado en la vía administrativa. Según estos lineamientos, en la vía administrativa se puede lograr la reparación de los daños generados en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas. Sin embargo, se precisa que, para obtener la reparación de bienes de propiedad privada, la víctima necesariamente deberá recurrir a la vía jurisdiccional.

En el Derecho ambiental español también se ha reconocido la facultad de la autoridad administrativa para dictar

Artículo 22º.- 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:

(...)

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.

(...)"

2 Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas previstas en el Literal d) del Numeral 22.2 del Artículo 22º 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, publicada el 23 de marzo del 2013.

mandatos conducentes a reparar daños ambientales³. Según la Ley de Responsabilidad Ambiental española, dichos mandatos se orientan a reparar, restaurar o reemplazar los recursos naturales y servicios de recursos naturales dañados o facilitar una alternativa equivalente⁴, pero no para reparar los daños causados a los bienes de propiedad privada⁵. Esto último coincide con lo establecido en los lineamientos expedidos por el OEFA, en los cuales se ha señalado que a través de las medidas correctivas no se puede ordenar la reparación de bienes de propiedad privada.

3 **Ley 26/2007 - Ley de Responsabilidad Medioambiental.-**

‘Artículo 21. Potestades administrativas en materia de reparación de daños.

La autoridad competente, ante un supuesto de daño medioambiental, podrá adoptar en cualquier momento y mediante resolución motivada dictada de conformidad con lo establecido en el capítulo VI cualquiera de las decisiones que se indican a continuación:

- a) *Exigir al operador que facilite información adicional relativa a los daños producidos.*
- b) *Adoptar, exigir al operador que adopte o dar instrucciones al operador respecto de todas las medidas de carácter urgente posibles para, de forma inmediata, controlar, contener, eliminar o hacer frente de otra manera a los contaminantes de que se trate y a cualesquiera otros factores perjudiciales para limitar o impedir mayores daños medioambientales y efectos adversos para la salud humana o mayores daños en los servicios.*
- c) ***Exigir al operador que adopte las medidas reparadoras necesarias de acuerdo con lo previsto en el Anexo 2.***
- d) *Dar al operador instrucciones de obligado cumplimiento sobre las medidas reparadoras que deba adoptar o, en su caso, dejar sin efecto.*
- e) *Ejecutar a costa del sujeto responsable las medidas reparadoras cuando concurren las circunstancias previstas en los artículos 23 y 47.”*

(Negrilla agregada)

4 **Ley 26/2007 - Ley de Responsabilidad Medioambiental.-**

“Artículo 2. Definiciones.

A efectos de la presente ley, se entenderá por:

(...)

16. «Medida reparadora» o «medida de reparación»: Toda acción o conjunto de acciones, incluidas las de carácter provisional, que tenga por objeto reparar, restaurar o reemplazar los recursos naturales y servicios de recursos naturales dañados, o facilitar una alternativa equivalente a ellos según lo previsto en el Anexo 2.

(...)”

5 **Ley 26/2007 - Ley de Responsabilidad Medioambiental.-**

“Artículo 5. Daños a particulares.

Una diferencia trascendental entre el derecho peruano y el español radica en el procedimiento que debe iniciarse para imponer una medida de reparación del daño ambiental. En el Perú, el dictado de las medidas correctivas de restauración y compensación ambiental se realiza en el marco de la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador, luego de verificarse que el administrado ha incurrido en una infracción administrativa. En cambio, en España, las medidas de reparación de daños ambientales se tramitan con independencia del procedimiento sancionador que, de ser el caso, se esté siguiendo contra el administrado⁶. Dicho en otros términos, no es necesario probar la comisión de una

-
1. **Esta Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica** ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación.
 2. Los particulares perjudicados a que se refiere el apartado anterior no podrán exigir reparación ni indemnización por los daños medioambientales que se les hayan irrogado, en la medida en la que tales daños queden reparados por la aplicación de esta ley. El responsable que hubiera hecho frente a esa doble reparación podrá reclamar del perjudicado la devolución o la compensación que proceda.
 3. En ningún caso las reclamaciones de los particulares perjudicados en cualesquiera procesos o procedimientos exonerarán al operador responsable de la adopción plena y efectiva de las medidas de prevención, de evitación o de reparación que resulten de la aplicación de esta ley ni impedirán las actuaciones administrativas encaminadas a ello.”

(Negrilla agregada)

- 6 **Ley 26/2007 - Ley de Responsabilidad Medioambiental.-**
“Artículo 6. Concurrencia entre la responsabilidad medioambiental y las sanciones penales y administrativas.
 1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 36.3, la responsabilidad establecida en esta ley será compatible con las penas o sanciones administrativas que proceda imponer por los mismos hechos que hubieran originado aquélla.
 2. En los supuestos de concurrencia de responsabilidad medioambiental con procedimientos penales o sancionadores se aplicarán las siguientes reglas:

infracción administrativa para exigir la reparación de los daños ambientales. Aun cuando el administrado esté cumpliendo con los requisitos, las precauciones y las condiciones establecidos para el desarrollo de su actividad económica, está sujeto a implementar las medidas de reparación que resulten necesarias si es que incurre en responsabilidad medioambiental ⁷.

-
- a) Esta ley se aplicará, en todo caso, a la reparación de los daños medioambientales causados por los operadores de actividades económicas o profesionales enumeradas en el Anexo 3, con independencia de la tramitación de los restantes procedimientos.
 - b) Esta ley se aplicará, en todo caso, a **la adopción de medidas de prevención y de evitación de nuevos daños**, por parte de todos los operadores de actividades económicas o profesionales, **con independencia de la tramitación de los restantes procedimientos**.
 - c) La adopción de las medidas de reparación de daños medioambientales causados por actividades económicas o profesionales distintas de las enumeradas en el Anexo 3 será exigible únicamente cuando en el procedimiento administrativo o penal correspondiente se haya determinado el dolo, la culpa o la negligencia.

Se adoptarán, en todo caso, las medidas compensatorias que fueran necesarias para evitar la doble recuperación de costes.

3. Si por aplicación de otras leyes se hubiera conseguido la prevención, la evitación y la reparación de daños medioambientales a costa del responsable, no será necesario tramitar las actuaciones previstas en esta ley.”

(Negrilla agregada)

“Artículo 41. Iniciación del procedimiento.

1. Los procedimientos de exigencia de la responsabilidad medioambiental regulados en esta ley se iniciarán bien de oficio, bien a solicitud del operador o de cualquier otro interesado.

(...)”

“Artículo 45. Resolución.

1. La autoridad competente resolverá motivadamente y de forma expresa los procedimientos de exigencia de responsabilidad medioambiental, bien exigiendo al operador la responsabilidad medioambiental en la que hubiera incurrido, bien declarando que no existe dicha responsabilidad.

En todo caso podrán ser denegadas, de forma motivada, aquellas solicitudes manifiestamente infundadas o abusivas.

(...)”

7 **Ley 26/2007 - Ley de Responsabilidad Medioambiental.-**
“Artículo 9. Responsabilidad de los operadores.

En conclusión, tanto en Perú como en España se reconoce la facultad de la autoridad administrativa para ordenar la reparación de los daños ambientales. Este avance legislativo permite que la Administración Pública pueda cumplir de manera idónea su deber de garantizar la conservación y protección del ambiente y de la vida y salud de las personas.

-
1. Los operadores de las actividades económicas o profesionales incluidas en esta ley están obligados a adoptar y a ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales y a sufragar sus costes, cualquiera que sea su cuantía, cuando resulten responsables de los mismos.

El cumplimiento de los requisitos, de las precauciones y de las condiciones establecidos por las normas legales y reglamentarias o de los fijados en cualesquiera títulos administrativos cuya obtención sea necesaria para el ejercicio de una actividad económica o profesional, en particular, en las autorizaciones ambientales integradas, no exonerará a los operadores incluidos en el Anexo 3 de responsabilidad medioambiental, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14.

(...)”

(Negrilla agregada)

CAPÍTULO 1

Potestad sancionadora,
responsabilidad administrativa
y procedimiento sancionador
ambiental

LA POTESTAD SANCIONADORA EN ESPAÑA

Íñigo Sanz Rubiales (España)

Profesor

Universidad de Valladolid

A continuación, intentaré hacer algunos aportes desde la experiencia del régimen sancionador ambiental español, que, por ser más antiguo, ha tenido ocasiones de sobra para resolver problemas, incurrir en errores y, dado el caso, corregirlos. Siempre hay perspectivas nuevas de las que se puede aprender y nosotros, los españoles, aprendemos de nuestros propios errores y de lo positivo que se está haciendo en el Perú.

Cuando se alude en España al derecho sancionador en materia ambiental, llama la atención el Artículo 45º de la Constitución. Si se estudia con detalle, sorprende su redacción, ya que es el único precepto de la Constitución, aparte del principio de legalidad penal del Artículo 25º, que menciona expresamente la categoría de las “sanciones administrativas”. El ordenamiento constitucional español prevé que el derecho sancionador administrativo se aplique en materia ambiental, junto con el derecho penal: hay que recordar que ambos forman parte del mismo *ius puniendi* del Estado.

En otras palabras, de acuerdo con el Artículo 45º de la Constitución, es inexcusable la aplicación del derecho sancionador administrativo. Esto funciona y ha ido bien. Donde no llega el derecho penal, el derecho sancionador se aplica con mucha facilidad, ya que posee una mayor flexibilidad, es conocido y, sobre todo, es la técnica represora que se utiliza

con mayor profusión actualmente. No obstante lo dicho, la responsabilidad patrimonial ambiental (a la que alude también el Artículo 45º) está adquiriendo cada vez más fuerza e irá desplazando parcialmente al derecho sancionador. Tenemos, en definitiva, una obligación constitucional de aplicar el derecho sancionador en materia de ambiente, junto con otras técnicas jurídicas.

En España debemos añadir otro elemento, el derecho comunitario; es decir, el derecho que proviene de Bruselas o derecho de la Unión Europea. Este también es obligatorio y se basa en diversos preceptos o principios ambientales, entre ellos, el principio “quien contamina paga”, imprescindible en la normativa ambiental. Este principio tiene como finalidad internalizar los daños producidos al ambiente de forma lícita, pero también se aplica cuando la contaminación se produce fuera de la vía legal.

Para los casos en los cuales la contaminación se realiza dentro de los límites de la normativa ambiental (riesgo permitido), el principio “quien contamina paga” se plasma normalmente en instrumentos como las tasas, los impuestos o los mercados de derecho de emisión. En cambio, si la contaminación o el daño ambiental producidos son ilegales, se plasma en las sanciones, que suelen ser pecuniarias.

Una de las notas que más sorprenden del ordenamiento ambiental español es que el derecho sancionador ambiental no es aplicado solo por el Estado, sino fundamentalmente por las comunidades autónomas, que son entidades territoriales infraestatales, intermedias entre el Estado y los entes locales. Es decir, la descentralización orgánica en España se plasma también en un régimen descentralizado en materia ambiental. El Estado posee una competencia legislativa básica, unificadora, mínima, de manera que todas las instancias territoriales deben aplicar, por lo menos, las previsiones

marcadas por las leyes del Estado, salvo aspectos concretos como algunos referentes al agua o a la evaluación de impacto ambiental. En general, corresponde a las comunidades autónomas aplicar esta legislación básica.

Entonces, ¿cuáles son las entidades que sancionan? Ordinariamente, serán las comunidades autónomas, que poseen, además, la enorme ventaja de la proximidad; ellas llegan donde no llega el Estado central. El riesgo de que se distorsione la aplicación es mínimo, porque responde a toda la normativa básica que tiene su origen en Bruselas, en la Unión Europea. Todas las comunidades autónomas aplican lo mismo; sus administraciones son las que imponen o aplican el derecho administrativo sancionador, salvo algunas excepciones.

Sin embargo, a pesar de esto, considero que un defecto importante de la normativa española es el papel escaso y reducido, cada vez más, que tienen las municipalidades. Prácticamente, toda la ejecución ambiental (todos los procedimientos ambientales) está siendo asumida por las comunidades autónomas. Solo algunas licencias ambientales son concedidas por las municipalidades. Se ha ido reduciendo el ámbito de otorgamiento de esas licencias y, en definitiva, la materia ambiental está quedando al margen de los municipios, de los ayuntamientos, que realmente deberían ser los primeros, debido a su proximidad, en confrontar, sancionar, valorar e inspeccionar toda la actividad.

Ese es el panorama, con sus luces y sus sombras, desde el punto de vista de la competencia y la organización. Desde la mirada material o sectorial, en España, no tenemos una ley general del ambiente. Toda la regulación ambiental sectorial está dispersa, por lo que se debe ir investigando e indagando en cada una de las materias para determinar la normativa reguladora y el régimen sancionador específico aplicables

en concreto. Es cierto que la ley de procedimiento española, al igual que la Ley N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General en el Perú, contiene un capítulo en el que se establecen las bases del régimen sancionador, que cada ley sectorial desarrolla de forma distinta. Entonces, existe una norma general, mínima, sobre la cual las leyes sectoriales pueden incorporar variantes, pero sin reducir las garantías y contenidos del régimen sancionador que la ley general establece.

Tenemos, así, la Ley de Aguas, la Ley de Costas, la Ley de Impacto Ambiental, la Ley de Responsabilidad Ambiental, la Ley de Vías Pecuarias, la Ley de Protección de la Atmósfera, la Ley del Mercado de Emisiones, la Ley de Biodiversidad, etc. Cada ámbito concreto tiene su propio régimen sancionador, que responde a los mismos principios, pero es específico y, lógicamente, es específica también la tipificación.

En cuanto al principio de legalidad, mencioné que en el ordenamiento español son las leyes las que tipifican las infracciones; esto se prevé en todos los ámbitos y también, lógicamente, en la materia ambiental. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones y ha ido delimitando y matizando este principio general en sus diversas manifestaciones.

Por otra parte, la ley básica afirma que la potestad sancionadora tiene que ser aplicada por el órgano reconocido expresamente como competente, por lo que nos encontramos, con frecuencia, con una situación en la que la normativa ambiental atribuye la potestad sancionadora a la entidad, pero se olvida de indicar el órgano concreto que debe ejercerla.

¿Qué pasa en estos casos? Se debe entender que, por seguridad jurídica, la posibilidad de ejercer la potestad se mantiene, aunque no se haya indicado el órgano concreto

para ejercerla, pues la entidad tiene la posibilidad de poder determinarlo. Entonces, ¿cuál será el órgano competente? Será el que se deduzca a partir de las leyes, de las normas y de la Ley General de Procedimiento Administrativo, que contiene una previsión supletoria para atribuir competencia entre los órganos de la entidad a los que no se ha asignado expresamente alguna competencia. Por tanto, la atribución expresa no es tan importante; lo fundamental es que la entidad sea competente. El órgano en concreto puede deducirse de las normas correspondientes. Esto tiene cierta trascendencia, ya que sin lo anterior se estaría privando a la Administración de una competencia esencial y podría quedar afectado el interés en él.

El principio de tipicidad es otro de los principios que más conflictos ha generado y que ha obligado al Tribunal Constitucional español a pronunciarse en diversas ocasiones. Con cierta frecuencia, en materia ambiental, se pone en manos del órgano sancionador la determinación de la categoría de la infracción, es decir, la determinación de si esta es muy grave, grave o leve por razón de las circunstancias que confluían en el caso.

El Tribunal Constitucional español ha reiterado, de manera muy clara, que la determinación de las conductas sancionables, en virtud del principio de tipicidad-taxatividad, constituye una función legislativa, una función de la norma jurídica. La norma es la que tiene que decir cuáles son las conductas muy graves, graves o leves. Quien aplica la norma debe moverse dentro de los exclusivos parámetros de una categoría, por lo que no puede determinar la gravedad de la infracción, solo puede moverse dentro de una categoría. ¿Por qué? Porque es importante reducir la discrecionalidad de la Administración y porque es importante que quien va a ser sancionado conozca con anterioridad la gravedad de su falta.

Es decir que es fundamental que el infractor sepa que su actuación es evidentemente grave y que, por lo tanto, puede ser sancionada con una multa elevada. No puede existir la incertidumbre de no saber si es leve, grave o muy grave. Esa es la idea del principio de tipicidad, que a veces se nos olvida. Debe atribuirse a la norma. En el caso peruano, más que la ley, el que asume esa responsabilidad es el reglamento. Quien la aplica es el responsable, pero debe actuar con categorías previas definidas por el legislador.

En el ordenamiento español se aplica frecuentemente el principio *non bis in idem*. Existe una extraordinaria coincidencia de tipos penales y administrativos en materia ambiental; la misma conducta se puede encontrar regulada y sancionada por varias leyes administrativas y por el Código Penal.

Lógicamente, cuando hay coincidencia entre los comportamientos regulados por el Código Penal y por la Ley Administrativa, prima la instancia penal. Todas las leyes ambientales españolas disponen la obligación que tiene el órgano que está tramitando el procedimiento administrativo sancionador de suspender el procedimiento cuando se aprecian indicios de delitos. En ese caso, se suspende el procedimiento, se envía el expediente al fuero penal y se espera que se pronuncie el juez. En función de lo que este diga, es decir, si aprecia que hay infracción penal o no, se podrá continuar o no con el procedimiento administrativo e imponer, en su caso, la sanción administrativa, porque no incurrirá en *non bis in idem*. En todo caso, quedará clara la primacía de la decisión adoptada por el órgano penal.

Hubo una sentencia (la 177/1999) en la que el Tribunal Constitucional hizo una interpretación muy particular de este principio, ya que entendió que, en general, debía sancionar el primero que llegase, en una especie de *prior in tem-*

potior in iure. Si sancionaba primero la Administración, el juez penal ya no podía sancionar. Esa polémica sentencia fue corregida inmediatamente, al cabo de pocos años, por la STC 2/2003, del 16 de enero y, actualmente, queda muy clara la obligación administrativa de suspender el procedimiento sancionador a la espera de lo que diga el juez penal, pero cuando, por lo que sea, se pronuncie con anterioridad la Administración, el juez podrá conocer e imponer la correspondiente pena, siempre que descuente la sanción administrativa impuesta, para respetar el *non bis in idem*.

En España y en el Perú, se discute si rige o no el principio de oficialidad o el principio de oportunidad en la tramitación de los expedientes sancionadores. Existen argumentos a favor y en contra, pero, en materia de medio ambiente, rige el principio de oficialidad: si hay actuaciones infractoras, debe incoarse el procedimiento administrativo sancionador. Esta previsión se deduce, incluso, del Código Penal, que sanciona aquella actividad administrativa inspectora que no termina en la denuncia correspondiente cuando aprecia una ilegalidad y, en general, en la propia redacción de los textos legales referentes a la incoación del procedimiento sancionador.

Otro detalle curioso que no quiero dejar de hacer notar, al margen del principio de legalidad y entrando ligeramente en el principio de culpabilidad, es el papel de las personas jurídicas como infractoras y, más en concreto, el papel de las personas jurídico-públicas como infractoras. Esto es muy habitual en materia ambiental. Por ejemplo, en materia de calidad de las aguas, que es sin duda alguna un aspecto clave en España, los grandes vertedores no son las empresas, sino los municipios. Entonces, estos son los grandes infractores de la normativa: personas jurídico-públicas que llevan decenios realizando vertimientos sin autorización de la Confederación Hidrográfica, que es el organismo competente.

En esos casos, aunque pueda sorprender, la jurisprudencia sanciona cada vez más, y sin ningún rubor, a las municipalidades por la infracción de la normativa de activos vertidos. No hay ningún problema, son municipalidades, pero tienen capacidad infractora y se les puede sancionar.

El problema es que la sanción que se les impone es inútil, porque es pecuniaria. Para una entidad como una municipalidad, este tipo de sanción no la desanima, no es disuasoria. Producen daño al interés general y, finalmente, la pagan los ciudadanos. Por eso, sería bueno –aunque no se ha llevado a cabo todavía– que esas sanciones que se impongan a personas públicas se tipifiquen fundamentalmente como inhabilitaciones de sus autoridades.

Las sanciones empezarán a ser disuasorias cuando las autoridades, aquellos que tienen la responsabilidad de las decisiones, vean su propio patrimonio y actividad amenazados. Por eso, en el ámbito de la regulación de los vertidos, y en general del ambiente, el papel de las personas públicas es importante.

Lógicamente, respecto de las sanciones en materia ambiental, rige el criterio de la sanción pecuniaria. Esta es la más utilizada para disuadir a los infractores de la acción que han cometido, pero con mucha frecuencia se suelen utilizar otras medidas complementarias. Por ejemplo, la pérdida de subvenciones o la incapacitación para recibir las, así como restricciones para contratar con terceros, son sanciones realmente disuasorias.

Entre otros ejemplos de medidas disuasorias complementarias, están la revocación de autorizaciones, muy poco utilizada; el cierre de empresas, que prácticamente no se utiliza y que conlleva el peligro de los daños sociales que se generan con frecuencia; etc.

Finalmente, mencionaré, de manera muy general, para no solaparme con el profesor Pernas, la exigencia de responsabilidad patrimonial al infractor ambiental. Aquí es importante recordar que el órgano sancionador tiene la potestad legal de determinar los daños producidos cuando están en juego bienes ambientales, públicos o no, pero que son de interés público, y de exigirlos ejecutoriamente, sin necesidad de acudir a los tribunales.

Y estos daños producidos, con muchísima frecuencia, son mayores que las cuantías de las sanciones, que en España suelen ser fijas. Pongo un ejemplo: las sanciones, de acuerdo con el principio de tipicidad, normalmente tienen un límite máximo. Son límites generosos, por ejemplo, de dos o tres millones de euros, o de seis a ocho millones de soles.

Por ejemplo, cuando estamos ante un daño extraordinariamente grave, al final, la cuantía de los daños producidos puede multiplicarse por diez o por cien. Hace unos quince años, se produjo la ruptura de una balsa de decantación de una minera en España, que contaminó un río sureño en Aznalcóllar, y que puso en peligro al principal espacio natural español y europeo, que es el Parque Nacional de Doñana.

Esa ruptura, con todos los vertidos ácidos contaminantes, provocó la movilización de muchísimos medios. Al final, sin pasar por los tribunales, el Ministerio del Medio Ambiente impuso la sanción máxima a la empresa minera, como de unos 600 000 euros. Y si no recuerdo mal, aunque dudo de las cifras, se le impuso una indemnización de unos cuarenta y cinco millones de euros, también sin pasar por los tribunales, casi ochenta veces más que la sanción.

Ese es el papel que juega ahora la potestad administrativa: la exigencia de restauración, de reparación de los daños producidos y de reintegración del bien del ambiente afectado.

Teóricamente, desde un punto de vista de dogmático, parece un papel complementario a la potestad sancionadora, aunque ya se ha independizado. Sin embargo, desde el punto de vista cuantitativo, puede ser muchísimo más importante. E insisto, todo se vincula al ejercicio de la potestad sancionadora, aunque ya sea independiente.

Otra de las cuestiones que quería tocar, por la peculiaridad del ambiente, que se separa en este ámbito de otros escenarios sancionadores, es el papel de las entidades o de las organizaciones ambientales.

En España, a raíz del derecho comunitario y con base en el Convenio de Aarhus, se reconoce la legitimación popular, fundamentada en los intereses difusos de las organizaciones ambientales. Estas organizaciones no tienen un interés directo por el medio ambiente; porque cuando hablamos de intereses ambientales directos, están los sujetos –normalmente, vecinos– que sufren un perjuicio directo derivado de la actuación realizada. Pero a las organizaciones ambientales es la ley la que les reconoce dicho interés, que les permite acudir a los tribunales. Este interés impugnatorio se concreta en el papel que juegan estas entidades como denunciantes y como interesadas.

Es sabido que, en principio, y salvo algunas materias (como la de protección de la competencia o de los consumidores en Indecopi), los denunciantes no tienen interés reconocido en el procedimiento sancionador. Un denunciante no puede exigir que se imponga una sanción a alguien, porque es muy difícil –entre otras cosas– demostrar que se verá beneficiado con esa sanción.

Ese es el gran problema que se tiene en el ordenamiento español. Los ciudadanos tienen un cierto interés en la salvaguarda del ambiente; sin embargo, no pueden intervenir

en el procedimiento administrativo sancionador por falta de reconocimiento legal. No obstante, las entidades y las organizaciones ambientales tienen reconocido ese interés por ley. De hecho, la mayor parte de las sanciones ambientales que no derivan de inspecciones de oficio viene de denuncias de organizaciones ambientales.

Gran parte de las sentencias del Tribunal Supremo que se pronuncian sobre aspectos de sanciones ambientales polémicas deriva de denuncias de grupos ecologistas o ambientales. Ese es el papel que tienen y creo que es importante.

A veces se dice que “es un poco exagerado, tienen demasiado poder”. Al final, la última decisión es de la Administración y después de los jueces. Pero es importante que alguien ponga en conocimiento de las administraciones un problema y, después, si es el caso, de los jueces, que alguien llame su atención sobre lo que está pasando. Por eso, las organizaciones tienen esa responsabilidad enorme que se plasma cuantitativamente en la gran cantidad de procedimientos sancionadores que se han incoado por estas denuncias.

Cuando está en juego la denuncia de un grupo que tiene un interés, de acuerdo con el principio de oficialidad que tiene el órgano que incoa el procedimiento, la discrecionalidad de la iniciación se reduce, ya que tienen obligación de tramitar el procedimiento sancionador.

Finalmente, en materia sancionadora ambiental, a la hora de imponer las sanciones, el criterio absolutamente primordial es el daño que se produce al ambiente. Al margen de las eventuales indemnizaciones, es importante la valoración del daño en función de determinar la cuantía de la multa. La sanción, además, no tiene por qué ser idéntica al daño o incluir el daño. Este debe ser una referencia y la sanción tiene que tenerlo en cuenta.

De ahí que el sistema que se utilice normativamente para calcular los daños, al final, tenga una incidencia extraordinaria en el régimen sancionador. Son cuestiones técnicas sobre las que normalmente los juristas han pasado por encima; sin embargo, esconden muchos problemas de cómo se valoraría un daño. Así, según el método o metodologías que se utilicen, el resultado es una sanción que puede ser mucho más grave o mucho más leve. Son cuestiones que están escapando y que los juristas tendríamos que intentar investigar o preocuparnos por ello porque, si no, se escaparían de nuestras manos.

En todo caso, el fundamento constitucional del principio de legalidad y la obligación, también constitucional, de utilizar el procedimiento sancionador administrativo en materia ambiental muestran la real eficacia de este sistema luego de decenios de aplicar la normativa sancionadora. Se aprecia que es realmente importante porque, muchas veces, desgraciadamente, más que los estímulos, lo que impulsa a no contaminar es el temor a la sanción. Esta es la disuasión por la vía del castigo, porque somos humanos, porque los empresarios son los empresarios y los contaminantes son los contaminantes. Pero el régimen sancionador, sin medios técnicos adecuados para la valoración del daño de previa inspección, o de un reconocimiento suficiente de legitimación de entidades denunciantes o conocedoras del medio, puede resultar ineficaz por falta de datos previos.

COMENTARIO

Martha Aldana Durán (Perú)

Coordinadora general de Proyectos Normativos
Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

Abordaré tres temas: aspectos conceptuales; fiscalización ambiental en el tiempo; y, finalmente, la mirada hacia el futuro en base a la nueva normativa en materia de fiscalización ambiental que tiene aprobada el OEFA.

Para comenzar, es necesario que nos preguntemos: ¿qué buscamos a través de la fiscalización ambiental?, ¿cuál es su finalidad?, ¿hacia dónde vamos?, ¿qué es lo que deberíamos lograr?

Entendemos que lo que debemos buscar a través de la fiscalización ambiental es el cumplimiento de las obligaciones ambientales de los administrados que se encuentren dentro de nuestro ámbito de competencias. Para lograr esa finalidad, existen dos caminos. El primero es de aspecto positivo: la difusión de la normatividad y el seguimiento al administrado, a fin de que cumpla con sus obligaciones de manera voluntaria. El segundo camino se presenta cuando se incumplen las normas ambientales. En ese contexto, corresponde adoptar medidas drásticas y ejercer la potestad sancionadora en materia ambiental, con lo cual se logra una mejora en los niveles de cumplimiento de las obligaciones de los administrados.

Para graficar lo que acabo de decir, me gustaría resaltar que, en el sector de la industria manufacturera, se encontraba vigente una norma ambiental desde el año 1997, pero su grado de cumplimiento ha sido muy bajo en la medida que

no se ha ejercido la fiscalización ambiental, debido a que no se contaba con las herramientas normativas necesarias, y me refiero particularmente a la tipificación de infracciones y sanciones aplicables.

Debido a esta falta de exigibilidad, actualmente existen actividades económicas muy importantes en el sector manufacturero que cuentan con un solo estudio de impacto ambiental aprobado, como es el caso de la industria de calzado, por solo poner un ejemplo, o hay otras actividades industriales en las que no se ha aprobado un solo estudio ambiental. Así, pues, debido a que no se había establecido la sanción, esta obligación de contar con un estudio ambiental antes del inicio de la actividad ha terminado siendo cumplida de manera voluntaria por los administrados.

Por otro lado, debemos anotar que la razón de que el ordenamiento jurídico haya establecido como mandato el cumplimiento de las obligaciones ambientales por parte de los administrados obedece a la existencia de bienes jurídicos tutelados. En la temática ambiental, estos están clasificados en dos temas: los marrones, es decir, los que están referidos a la protección de la calidad ambiental y su mejora a partir de la prevención de los impactos ambientales de las actividades productivas o de servicios; y los denominados temas verdes, referidos a la conservación de los recursos naturales, y la sostenibilidad de la explotación de un recurso natural cuidando de no abusar de él hasta depredarlo y extinguirlo.

Entonces, a través de las acciones de fiscalización ambiental, se busca lograr dos grandes finalidades: el cumplimiento de obligaciones ambientales y, derivado de ello, la protección de nuestro entorno. Así, la meta final de la fiscalización ambiental es tutelar los derechos ambientales de los ciudadanos, en tanto cuenten con un mejor am-

biente y de calidad, con recursos naturales sostenibles y permanentes en el tiempo.

También es importante conocer qué entendemos por fiscalización ambiental y cuáles son sus funciones básicas. En tal sentido, tomando como base la normativa ambiental que se ha establecido en el Régimen Común de Fiscalización Ambiental, corresponde señalar que la fiscalización ambiental puede ser entendida de dos maneras: en sentido amplio, comprende la función evaluadora, supervisora, fiscalizadora y sancionadora; y en sentido estricto, está específicamente referida al ejercicio de la potestad sancionadora en materia ambiental.

Pero así como explicamos qué es la fiscalización ambiental, también es necesario detallar lo que no está comprendido en esta. Así, el control posterior de los actos administrativos de contenido ambiental que se dan para comprobar la veracidad de información que un administrado proporciona para obtener autorizaciones o licencias no constituye acciones de fiscalización ambiental. Asimismo, las actividades de inspección que se pueden dar en el marco de un procedimiento de evaluación de impacto ambiental tampoco constituyen una supervisión o fiscalización ambiental, sino una actividad inspectora previa a la emisión de un acto administrativo.

Por último, también entendemos que no es fiscalización ambiental la verificación del cumplimiento de obligaciones no ambientales, es decir, obligaciones de carácter sanitario, de saneamiento, de seguridad y salud en el trabajo, de defensa civil. Cabe anotar que este tipo de obligaciones de naturaleza extraambiental pueden llegar a ser obligaciones ambientales fiscalizables en la medida que se encuentren recogidas en instrumentos de gestión ambiental.

Ahora, retomando las tres funciones básicas del OEFA, explicaré cómo se entienden y se regulan. En primer término, la función evaluadora en nuestro país tiene dos acepciones que distan entre sí por el sistema en el que se enmarcan. Por un lado, en el marco del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, la función evaluadora se expresa en el otorgamiento de las certificaciones ambientales; esto es, en la aprobación o desaprobación de los estudios de impacto ambiental. Por otro lado, en el marco del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), la función evaluadora se refiere al monitoreo de la calidad ambiental, a la verificación del estado de los recursos naturales; es decir, a tomar la temperatura del impacto ambiental y, a partir de ello, analizar la relación causa-efecto con un determinado administrado que, probablemente, habrá de ser responsable por la ocurrencia de una determinada afectación ambiental. Entonces, la evaluación ambiental en el SINEFA es entendida como la vigilancia o monitoreo para asegurar el cumplimiento de las normas ambientales.

En segundo término, la función supervisora está referida a la verificación del cumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables, pero también se refleja en la facultad de la autoridad de fiscalización ambiental de establecer medidas administrativas propias de esta etapa.

Y, por último, la función fiscalizadora y sancionadora, que es cuando se lleva a cabo la investigación de la comisión de infracciones, así como la imposición de sanciones y medidas administrativas. Pero también tenemos la facultad de dar incentivos referidos al cumplimiento de la legislación ambiental, lo cual, por ejemplo, puede lograrse por medio de la difusión pública de aquellos que, efectivamente, tienen un buen desempeño ambiental.

Dicho todo ello, las tres funciones básicas del OEFA, que coinciden con el concepto de fiscalización ambiental en sentido amplio, conforman el denominado macroproceso de fiscalización ambiental, y las entidades que tienen atribuida al menos una de estas funciones en el marco del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental son denominadas EFA: entidades de fiscalización ambiental.

El OEFA también es una EFA, pero es una EFA especial, porque, además de tener un PLANEFA (Plan Anual de Evaluación y Fiscalización Ambiental) y ejercer acciones de fiscalización ambiental directa respecto de determinadas actividades, al igual que las demás EFA, tiene funciones que son propias de su rol de ente rector del SINEFA, como son su función normativa y de supervisión a las EFA.

Si nos ubicamos en el rubro de la fiscalización ambiental directa a cargo del OEFA, diríamos que hay dos grandes temas: la determinación de la responsabilidad de carácter administrativo y el cumplimiento de las obligaciones ambientales.

Las regulaciones con las que el OEFA establece los principios, las herramientas y las reglas aplicables para la determinación de las responsabilidades administrativas están enmarcadas en el derecho administrativo y, particularmente, en la Ley de Procedimiento Administrativo General. Por otro lado, tenemos el derecho ambiental, que establece las obligaciones ambientales de los administrados, que son las denominadas obligaciones sustantivas. En la confluencia de ambas especialidades (derecho administrativo y derecho ambiental), se encuentra el derecho administrativo sancionador ambiental, en el que se desarrollan las reglas de la responsabilidad administrativa por el incumplimiento de obligaciones ambientales.

Entonces, tenemos un actor principal, que es el administrado, sujeto de derechos y obligaciones y que se sujeta a las potestades atribuidas a la administración, puesto que también está sujeto a obligaciones ambientales fiscalizables establecidas en normas e instrumentos de gestión ambiental y las que son emitidas por la autoridad competente. Así pues, la responsabilidad administrativa ambiental del administrado se concreta en las consecuencias jurídicas de carácter administrativo derivadas de hechos que constituyen incumplimientos de obligaciones ambientales.

Ahora bien, esa atribución de responsabilidad administrativa se encuentra debidamente regulada a efectos de asegurar la no vulneración de los derechos del administrado y, a su vez, de asegurar la adecuada protección del ambiente. Así, por ejemplo, la administración parte de presumir que el administrado cumple con su obligación; en otras palabras, del principio de licitud. Por ello, para sostener lo contrario, requiere contar con medios probatorios idóneos que permitan acreditar si efectivamente hay un incumplimiento de estas obligaciones. En ese marco, en el ámbito de la fiscalización ambiental a cargo del OEFA, aplicamos el régimen de responsabilidad objetiva. Este régimen presenta dos variantes. La primera está referida a lo que sería una responsabilidad objetiva absoluta, en la que, siempre que se determine una relación entre un administrado y el incumplimiento de una obligación, necesariamente habrá una sanción administrativa. Ese era el régimen que se aplicaba en el ámbito de la autoridad anterior a cargo de la fiscalización ambiental minero energética. La segunda variante es el régimen de responsabilidad objetiva relativa, que señala que si hubiera causales eximentes de responsabilidad, como son el hecho determinante de un tercero o caso fortuito o fuerza mayor, la responsabilidad se diluye y ya no hay consecuencias jurídicas para el administrado; y este es el régimen que actualmente aplica el OEFA.

Con relación a la consecuencias derivadas de la determinación de responsabilidad administrativa ambiental, tenemos que estas pueden ser de castigo o de reparación. Así, el OEFA se encuentra facultado a establecer sanciones pecuniarias o no pecuniarias a los administrados y, a su vez, puede establecer medidas administrativas, a través de las cuales puede generar obligaciones ambientales a los administrados, con lo cual se confirma que la autoridad de fiscalización ambiental no es solo una entidad recaudadora, puesto que el objetivo final es lograr la protección ambiental que hemos señalado al inicio.

Viendo la fiscalización ambiental desde el punto de vista histórico, cabe señalar que la primera norma nacional que reguló expresamente esta materia fue dada en el año 1992, cuando se estableció una suerte de relación de mercado entre el administrado y la entidad fiscalizadora, ya que el primero pagaba a la entidad que llevaba a cabo la fiscalización con el fin de hacer su labor. Sin embargo, esto fue perdiéndose con el tiempo en la medida en que se fue separando la función promotora de la inversión de la función fiscalizadora. Así, la fiscalización primero pasó a estar a cargo de un organismo fuera del ámbito sectorial productivo, como es el caso de Osinergmin, y luego pasó al ámbito del sector ambiente a través de la creación del OEFA como agente para el fortalecimiento de dicho sector, asumiendo competencias en el sector minería, energía, pesquería e industria manufacturera. Es en ese marco que, en diciembre del 2012, el Poder Ejecutivo y el Ministerio del Ambiente, en coordinación con el OEFA, presentaron un proyecto de ley para fortalecer y ejercer de manera efectiva las funciones de fiscalización ambiental a cargo del OEFA y de las demás entidades de fiscalización ambiental, teniendo como directriz el concepto de “fiscalización para el cambio”.

Así, en abril del 2013, se logró la modificación de la ley del SINEFA. Esta norma, en lo relacionado con la fiscalización ambiental directa a cargo del OEFA, reguló las medidas preventivas y los mandatos de carácter particular (estos últimos de aplicación también para las EFA) y buscó promover la subsanación voluntaria de las infracciones subsanables por parte de los administrados. Con esta medida, se buscó dar énfasis al equilibrio en el ejercicio de la fiscalización ambiental, a efectos no solo de sancionar o recaudar por las sanciones impuestas, sino también con el objeto de dar oportunidades al administrado para subsanar la infracción cometida, en la medida que ello sea viable. En la modificación en mención, la función evaluadora se mantuvo tal cual estaba regulada en la ley anterior. En lo relacionado con la función fiscalizadora y sancionadora, se le dio al OEFA la competencia de dictar medidas cautelares y correctivas.

Cabe resaltar que esta ley le otorga al Consejo Directivo del OEFA la importante facultad para tipificar infracciones y sanciones, de manera similar a la competencia que tienen conferida los organismos reguladores.

Finalmente, en lo que compete a la función supervisora de las entidades de fiscalización ambiental, se precisó que, si el OEFA detectara un inadecuado ejercicio de las funciones de fiscalización ambiental a su cargo, corresponde informar a la autoridad competente del Sistema Nacional de Control.

Por último, queremos señalar que, en la actualidad, el OEFA viene aprobando diversos proyectos normativos. El último que se ha aprobado es la primera escala de infracciones y sanciones, que se refiere a las infracciones generales (por no permitir el ingreso a las instalaciones del administrado, por no entregar información, entre otras infracciones similares). Cabe indicar que esta escala de infracciones y

sanciones generales puede ser también aplicada por otras EFA, por disposición de esta misma Ley N° 30011.

La última reflexión que quiero hacer es acerca de la necesidad de que las normas ambientales logren efectivamente el objetivo de mejorar la calidad ambiental y el aseguramiento del uso sostenible de los recursos naturales. La fiscalización ambiental debe ser la herramienta a usar para asegurarnos de que, en efecto, la legislación ambiental esté (o no) cumpliendo con sus objetivos, en el marco del principio de mejora continua.

He allí la importancia fundamental de una fiscalización ambiental fortalecida, que permitirá, a su vez, la efectiva protección del ambiente y, con ello, de los derechos ambientales de las personas, que es nuestro fin último como institución pública al servicio del ciudadano.

COMENTARIO

Mario Huapaya Nava (Perú)

Secretario técnico del Tribunal de Fiscalización Ambiental
Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

El procedimiento administrativo sancionador es una de las principales herramientas y la más cotidiana con la que el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA cumple su labor, vinculada a la protección del ambiente y del derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado.

El Tribunal Constitucional ya resaltó la importancia del derecho a vivir en un ambiente sano y del nivel de protección otorgado al ambiente señalando que existen dos niveles de protección: uno estrictamente formal, representado por las normas de la Constitución Política de 1993 referidas al medio ambiente, denominado “constitución ecológica”; y uno material, en el que la protección del ambiente es considerada como un principio jurídico, deber y derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional también ha declarado expresamente que hay tres tipos de medidas para proteger el ambiente: de reparación frente a daños ya producidos; de prevención frente a los riesgos conocidos; y de precaución frente a las amenazas de daños desconocidos e inciertos.

Si bien es cierto esa es la aproximación de la jurisprudencia constitucional, lo que está detrás es la visión del país en materia ambiental. Nosotros hemos declarado en nuestros instrumentos públicos que el Perú es un país con altos estándares ambientales, donde se garantiza el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, y la diversidad biológica es un deber y un derecho de todas las personas.

La pregunta es ¿para qué? ¿Por qué defender el ambiente? El Ministerio del Ambiente ha declarado como un objetivo general mejorar la calidad de la vida de las personas y, básicamente, trabajar en la prevención, protección, recuperación del ambiente y sus componentes.

Nosotros tenemos un Plan Nacional del Ambiente a diez años, que es un instrumento que debe inspirar la actuación de los tres niveles de gobierno y también del sector privado. La idea es que todos, los ciudadanos organizados, la academia, los empresarios o los funcionarios del Estado, participen para lograr los objetivos de la política ambiental.

¿Cómo funciona la política y en dónde está la fiscalización ambiental; dónde está lo que nosotros hacemos, cómo se ubica en el plano del empeño nacional? La Política Nacional del Ambiente funciona sobre la base de ejes: el de la política, la conservación y el aprovechamiento sostenible; el de la política integral de calidad del ambiente; y el de la gobernanza ambiental y los compromisos y oportunidades ambientales.

Si bien pareciera que las instituciones de protección del ambiente están solamente en un eje de la política, que tiene que ver con la institucionalidad y cómo el Estado se organiza para proteger el ambiente, revisando todos los ejes, encontramos declaraciones sobre la fiscalización ambiental en todos estos. En el eje de la política dos, por ejemplo, se dice: “El Estado declara que se abocará a lograr el control eficaz de las fuentes de contaminación y a los responsables de su generación, estableciendo instrumentos y mecanismos para la vigilancia, supervisión, evaluación y fiscalización ambiental”.

En el eje institucional, nuevamente, la idea es fortalecer las capacidades para la gestión ambiental, el diseño, la aplicación de los instrumentos para el financiamiento y fiscaliza-

ción, entre otros. Finalmente, respecto a nuestros compromisos internacionales, tenemos la intención de acciones de incentivo y de fiscalización. Entonces, la fiscalización está inserta ya en la Política Nacional del Ambiente.

Posteriormente a la declaración de la política, el Estado se pone una agenda y, como resultado del trabajo de una comisión multisectorial, se publican en el 2012 los ejes estratégicos ya no de la política, sino de la gestión ambiental, que también funciona sobre la base de cuatro ejes.

La declaración del primer eje es el Estado soberano y garante de los derechos, es el acceso a la justicia y la fiscalización ambiental eficaz. Nuevamente, estamos en el mapa, estamos en la política y, además, estamos en los ejes de la gestión.

La importancia de la fiscalización ambiental no es solamente nuestra; el International Network for Environmental Compliance and Enforcement, una agencia que junta a todas las organizaciones que fuerzan o que exigen al administrado cumplir sus obligaciones, pone al desarrollo sostenible en la base de una pirámide en la que suele ser el penúltimo escalón. La fiscalización y la fuerza para cumplirla es la base de la pirámide, pasando por la gobernabilidad y luego por el Estado de derecho.

La forma en la que nosotros nos aproximamos a la fiscalización ambiental y la insertamos en nuestra gestión, en nuestra política nacional, no es solamente peruana: todo el mundo reconoce la importancia de la fiscalización ambiental.

La potestad punitiva de la Administración, el *ius puniendi* del Estado, es una expresión de su poder, que tiene una base en el derecho penal, pero un desarrollo en el derecho administrativo. Cronológicamente, tenemos al derecho penal

primero, pero para que sea cada más efectivo el control y se garanticen los derechos de las personas, el derecho administrativo sancionador empezó a tener cada vez más relevancia.

Entonces, la potestad punitiva de la Administración en realidad está en la estructura misma de la función pública, que es la delegación de todos los otros organizados para que el Estado nos garantice que los demás respeten nuestros derechos. ¿Por qué? Porque las personas y las organizaciones tienen derecho al aprovechamiento de los recursos naturales, así como nosotros tenemos derecho a un ambiente equilibrado. Entonces, el objetivo de la regulación y, en realidad, de nuestro enfoque de la fiscalización es alcanzar un balance en donde tú fiscalices lo suficiente, pero que también permitas el aprovechamiento de los recursos naturales, que nos beneficia a todos finalmente.

Entonces, estos son los tres pilares para la potestad punitiva de la administración. Desde mi perspectiva, estructuralmente relacionada con una gestión pública, la potestad punitiva está en la base de la eficacia del sistema jurídico: ante un incumplimiento, hay una reacción de parte del Estado. Esa reacción es una de las expresiones del procedimiento administrativo sancionador, pero no es la única.

Claramente, si es que hay una infracción o hay una simple vulneración a un derecho particular, la reacción del sistema jurídico es simplemente sancionar un acto ilegal o crear una obligación de resarcir respecto a esa persona. Pero cuando la infracción es mucho más grande, mucho más grave e implica que se lesionan intereses colectivos, entonces hay un fin preventivo del Estado, y ahí es cuando la fiscalización ambiental empieza a funcionar para proteger de mejor manera el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado.

Entonces, las sanciones administrativas que son, digamos, la expresión del procedimiento administrativo sancionador se diferencian en estos tres tipos. Si es que tú, como Administración, vas a proteger tu decisión, vas a relacionarla con tu organización. Hay una sanción de protección de orden general, que es la que nosotros aplicamos con nuestros administrados. Luego, por el contenido de la sanción, son sanciones personales cuando nosotros suspendemos, restringimos sus derechos. Sin embargo, en Colombia la fiscalización es mucho más poderosa e incluso pueden quitar la concesión minera o la autorización: nosotros no llegamos a ese nivel. La idea es alcanzar este balance que les decía entre los derechos económicos y los derechos referidos al ambiente, buscar el equilibrio y no confiscar la propiedad.

Respecto al contenido de las sanciones, hay sanciones personales y hay sanciones reales, que son las que hasta este momento el OEFA tiene como “estrella”. Nuestras multas, digamos, son la medida típica que imponemos, aun cuando estoy seguro de que vamos hacia imponer más medidas correctivas o de restauración. Finalmente, de acuerdo al ordenamiento administrativo, hay sanciones y medidas accesorias.

Ahora, respecto al reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora administrativa sobre temas ambientales, nosotros no la tenemos expresamente. En nuestra Constitución Política no está recogida de esa forma, pero claramente subyace en ella porque es una competencia otorgada al Estado para ordenar y regular. En consecuencia, la potestad para el Estado de ordenar, mandar, prohibir y sancionar, aun cuando no lo tengamos reconocido constitucionalmente directamente, es una expresión del propio sentido de la existencia del Estado, además, relacionado muy directamente al *ius puniendi* genérico del Estado, que se ejerce en temas penales para las conductas más gravosas y en el derecho administrativo sancionador para las conductas menores.

Cuando el Estado se manifiesta respecto a este tipo de cosas, podríamos decir que actúa, de alguna manera, como un Estado policía, un Estado intervencionista que vigila, supervisa, pero esa supervisión, esa vigilancia, no funciona si es que no tienes una potestad sancionadora que podría restringir un comportamiento que se quiere castigar o inhibir.

Ahora bien, lo que también debemos destacar es el respeto al ciudadano, el respeto al derecho que tienen las empresas a un debido procedimiento administrativo con el que puedan ejercer, digamos, el derecho a defensa, a la prueba, bajo criterios de proporcionalidad, la buena fe e interés público. Nosotros tenemos que garantizar al administrado que él se pueda defender, que pueda ejercer sus derechos como cualquier otro ciudadano. Esos son los principios de la ley y nosotros tenemos dos normas específicamente referidas al procedimiento administrativo sancionador, con reglas generales sobre la potestad sancionadora y las normas generales.

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

SANCIONADOR AMBIENTAL EN

COLOMBIA:

Aportes para la legislación en el Perú

Carolina Montes Cortés (Colombia)

Profesora

Universidad Externado de Colombia

Para enmarcar esta ponencia, quiero partir de tres supuestos fundamentales:

- (1) El primero es que, al lado de las normas sustantivas del derecho ambiental y las normas procedimentales, es decir, aquellas normas que establecen algún tipo de trámite o procedimiento para acceder al uso y aprovechamiento de los recursos naturales, existen las normas del régimen sancionatorio ambiental, las cuales se constituyen en un instrumento fundamental para la conservación y protección del medio ambiente.
- (2) El segundo supuesto es que, independientemente de las normas sobre la conservación del ambiente, existen las normas de responsabilidad civil extracontractual que tienen una finalidad compensatoria ambiental. Estas eran las normas que tradicionalmente se venían empleando para la protección del medio ambiente. En este sentido, el régimen sancionatorio ambiental, cuyo fin es la conservación y la protección de los recursos naturales, se separa de las normas de la responsabilidad civil, que tienen un fin resarcitorio e indemnizatorio.
- (3) El tercer y último supuesto es que la acción san-

cionatoria ambiental es una acción independiente de las acciones judiciales que se puedan incoar a raíz de un daño ambiental. Es decir, que el régimen sancionatorio administrativo ambiental es un régimen independiente, en la medida en que sus normas actúan sin ser afectadas por ningún tipo de acción judicial.

Bajo esos tres supuestos, explicaré cómo funciona en Colombia el régimen sancionatorio ambiental.

a. Generalidades de la Ley N° 1333 del 2009

En Colombia tenemos Ley N° 1333, que data del 2009. Llegamos a ella después de unos 40 años, tiempo en el que hemos ido evolucionando y pensando cómo sería el régimen sancionatorio ambiental. Con la Ley N° 1333, Colombia se puso a la vanguardia del régimen sancionatorio ambiental, actualizó sus disposiciones y solucionó las deficiencias que se venían presentando durante los últimos 37 años.

Por ejemplo, se subsanaron inconsistencias y vacíos en materia ambiental, ya que el régimen sancionatorio que se venía aplicando había sido adoptado de una ley de aguas y vertimientos (Dec. 1594/84). La nueva ley completó el régimen sancionatorio ambiental y se desarrolló con un enfoque procesal, pues estableció el procedimiento a seguir para la imposición de medidas preventivas y sancionatorias.

La primera vez que se habló de sanciones como tales en Colombia y de la necesidad de procedimientos sancionatorios fue en la Ley N° 23 del año 1973. Hace cuarenta años veníamos hablando de las sanciones, de qué tipo requería el país y con qué características se tenían

que imponer. La Ley N° 23 fue muy importante, ya que es la primera ley ambiental en Colombia. Con ella se le dieron facultades extraordinarias al presidente de la República para que expediera el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente, el primero de Latinoamérica. En uso de las mencionadas facultades fue expedido el Decreto N° 2811 de 1974, que complementó lo que establecía la Ley N° 23 de 1973 en relación con las sanciones. Sin embargo, tuvo una dificultad: no estableció un procedimiento para la imposición de las sanciones. Por lo tanto, cada una de las normas posteriores al código –que reglamentaron asuntos específicos en flora, fauna, aguas, etc.– tenía que establecer un procedimiento sancionatorio especial para la aplicación de las sanciones a las que se refería el código y la ley. Esto representaba una dificultad muy grande.

Una de esas normas fue el Decreto N° 1594 del año 1984, que estableció, con mucho detalle, un procedimiento sancionatorio ambiental que señalaba cada uno de los pasos que debía seguirse para poder imponer sanciones y medidas preventivas. Sin embargo, tiempo después, tuvimos un cambio normativo en el país: un proceso constituyente culminó con la aprobación de la Constitución Política de 1991, la que, por el gran contenido de normas ambientales, fue llamada por la Corte Constitucional la “constitución ecológica de Colombia”. Este gran contenido de normas ambientales hizo necesaria una actualización del ordenamiento jurídico ambiental existente.

En consecuencia, en el año 1993 fue expedida la Ley N° 99, a la que podríamos llamar nuestra “ley ambiental”. Y digo “podríamos llamar” porque esta ley no solo creó el Ministerio del Medio Ambiente en Colombia, también reorganizó el Sistema Nacional Ambiental y

estableció una serie de disposiciones ambientales de gran importancia para el país. Esto incluyó a todas las autoridades ambientales que realizaban acciones de seguimiento y control, similares a las que se ejecutan en Perú, con la expedición de ciertas normas.

La Ley N° 99 actualizó el listado de medidas preventivas y de sanciones. Además, generalizó la aplicación del procedimiento sancionatorio ambiental contenido en el Decreto N° 1594 de 1984. Entonces, vemos cómo en Colombia contábamos con múltiples procedimientos sancionatorios ambientales hasta antes de la Ley N° 99. Pero, a partir de la norma de 1993, solo nos quedamos con uno, el procedimiento contenido en el Decreto N° 1594, con una dificultad: que el decreto 1594 era una norma que reglamentaba los usos del agua y los vertimientos líquidos, por lo que había unos vacíos importantes. Por ejemplo, no existía un procedimiento ambiental para el decomiso de especímenes de fauna y de flora silvestre por limitarse solo al agua.

Finalmente, la Ley N° 99 de 1993 estableció que el procedimiento sancionatorio ambiental para el país solo sería actualizado por una ley expedida por el Congreso de la República. Esto implicaba que ninguna otra autoridad estaría facultada para establecer un procedimiento sancionatorio. Es por esto que el procedimiento sancionatorio ambiental requería de la Ley N° 1333 del 2009.

Debo resaltar que la Ley N° 1333 del 2009 es una ley de iniciativa parlamentaria¹ y que necesitó tres legis-

1 Comenzó su ITER legislativo en la Comisión Quinta del Senado en el año 2006.

laturas² completas en el Congreso para ser expedida. Y aunque recogió las ideas del Gobierno nacional, este mismo la objetó por no estar de acuerdo con la presunción de culpa o dolo.

b. Finalidad de la Ley N° 1333 del 2009

La finalidad principal de esta Ley N° 1333 es orientar el actuar de las autoridades ambientales ante la ocurrencia de una infracción, actuar que está limitado no solo por la violación de la normativa ambiental, sino también por la ocurrencia en el daño ambiental. Asimismo, esta ley pretende generar algún tipo de cambio o modificación en la conducta de las personas naturales y jurídicas usuarias del ambiente.

c. Titularidad de la potestad sancionatoria

La titularidad de la potestad sancionatoria está en cabeza del Estado y este puede ejercerla solo a través de las entidades que expresamente se mencionan en el artículo primero, como son el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, las Corporaciones Autónomas Regionales, las autoridades ambientales de los grandes centros urbanos y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, UAESPNN.

Esta ley limita las autoridades ambientales que pueden llevar a cabo un procedimiento sancionatorio ambiental y las detalla. Con esto, se subsana un vacío de la Ley N° 99/93 con relación a la falta de precisión en torno a las autoridades titulares de la potestad sancionatoria, pues no hacía referencia a las autoridades ambientales locales.

2 Empezó en el Senado 2006-2007, continuó 2007-2008. Luego pasó a la cámara 2008-2009.

En la norma se faculta a prevención a las mismas autoridades señaladas y se adiciona a la Armada Nacional³, los departamentos, municipios y distritos. Como su nombre lo indica, esta facultad se da a prevención de la respectiva autoridad en materia sancionatoria ambiental. En este sentido, estas autoridades solo quedaron habilitadas para imponer medidas preventivas y ejecutar sanciones consagradas en la ley, las cuales fueran aplicables según el caso.

Se aclara, en el párrafo del Artículo 2º, que las sanciones solamente pueden ser impuestas por la autoridad ambiental competente para otorgar la respectiva licencia ambiental, permiso, concesión y demás autorizaciones ambientales e instrumentos de manejo y control ambiental, previo agotamiento del procedimiento sancionatorio. Para el efecto anterior, la autoridad que haya impuesto la medida preventiva haciendo uso de su facultad a prevención debe dar traslado de las actuaciones a la autoridad ambiental competente, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la imposición de la misma.

Es decir, aunque estas autoridades tienen plena facultad de prevención, no podrán imponer sanciones. Estas las puede imponer única y exclusivamente la autoridad ambiental competente, que sería aquella que otorgó la licencia ambiental o el permiso correspondiente. Así, la única autoridad competente es la que efectivamente le hace seguimiento a lo que ha autorizado en la región.

Es oportuno aclarar que, en Colombia, dentro de la jerarquía del SINA⁴, el Ministerio de Ambiente se encuentra a la cabeza como ente rector de la normativa y

3 La inclusión de la Armada Nacional dentro de las autoridades con facultad a prevención se da con el fin de apoyar el control y seguimiento de los mares y ríos del país donde esa entidad ejerce jurisdicción.

4 Sistema Nacional Ambiental.

de las políticas ambientales, seguido de las corporaciones autónomas regionales, las de desarrollo sostenible, las de régimen especial⁵ y las autoridades ambientales de los grandes centros urbanos, es decir, aquellas que se encuentran en ciudades con una población mayor a un millón de habitantes. Además, están las entidades territoriales para realizar las funciones ambientales específicas y ejercer ciertas potestades en materia sancionatoria ambiental⁶.

Con los cambios institucionales del año 2011, la titularidad de la potestad sancionatoria que ejercía el ministerio quedó en cabeza de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA). Es la misma autoridad la que lleva adelante todo el proceso de autorización, control y seguimiento, y la que ejerce la potestad sancionatoria.

d. Presunción de culpa o dolo

Uno de los aspectos más importantes y controvertidos de la Ley N° 1333 del 2009 ha sido precisamente la presunción de culpa o dolo en materia ambiental. Según el párrafo del Artículo 1°, esta presunción de culpa o el dolo da lugar a la imposición de medidas preventivas y, en consecuencia, el infractor será sancionado definitivamente si no desvirtúa dicha presunción. Por lo anterior, el presunto infractor tendrá la carga de la prueba y para ello podrá utilizar todos los medios probatorios legales. En el mismo sentido, en el párrafo del Artículo 5° se estableció que en las infracciones ambientales se presume la culpa o dolo del infractor, quien tendrá a su cargo desvirtuarla.

Este fue precisamente uno de los puntos más controvertidos de la Ley N° 1333 del 2009, que dio lugar a las obje-

5 Distritos especiales de Cartagena, Santa Marta y Barranquilla.

6 Estas no fueron dotadas por la ley de la titularidad de la potestad sancionatoria, solo la pueden ejercer a prevención.

ciones presidenciales de la norma, las cuales no pudieron ser resueltas toda vez que la corte debió declararse inhi-bida para fallar por cuanto no se presentaron dichas obje-ciones por el Gobierno conforme a las reglas establecidas por la Constitución, esto es, no se observaron las normas de competencia de haber sido firmadas por el ministro del ramo correspondiente (entiéndase Ministerio de Ambien-te) y no como sucedió, por el ministro de Minas y Energía. Mientras el ministro de Minas sostenía que las normas objetadas eran claramente inconstitucionales con base en la aplicación de los principios constitucionales sobre el procedimiento penal, el ministro de Ambiente considera-ba que en nada reñían con principio constitucional alguno (Sentencia C-196 del 2009 MP: Clara Elena Reales Gu-tiérrez).

Así, una vez vigente la norma, las demandadas de consti-tucionalidad de las mismas no se hicieron esperar y estas acciones de inconstitucionalidad incoadas fueron las que dieron origen a los fallos C-595/10, C-596/10, C-742/10 y C-1007/10.

El fallo más relevante en torno a la materia es, sin lugar a dudas, la sentencia C-595/10 MP: Jorge Iván Palacio P., fallo que declaró EXEQUIBLE la presunción de culpa o dolo contenida en las normas demandadas, tras una exten-sa disertación sobre la misma. Posteriormente, los fallos C-596/10, C-742/10 y C-1007/10 resolvieron estarse a lo resuelto en la sentencia C-595-10.

En el fallo C-595 del 2010, la Corte Constitucional buscó establecer si la presunción de culpa o dolo del infractor en materia ambiental y la consecuente inversión de la carga de la prueba vulneraban el principio de presunción de ino-cencia.

Para resolver las demandas, la Corte Constitucional planteó los siguientes argumentos:

1. De conformidad con el Artículo 66 del Código Civil, se contemplan dos clases de presunciones: las legales *–iuris tantum–*, que admiten prueba en contrario, y las de derecho *–iuris et de iure–*, que no permiten prueba en contrario.
2. Se analiza la palabra “presumir” y se concluye que significaría dar una cosa por cierta “sin que esté probada, sin que nos conste”.
3. Las presunciones legales *–iuris tantum–*, que admiten prueba en contrario, son “hechos o situaciones que, en virtud de la ley, deben suponerse como ciertas siempre que se demuestren determinadas circunstancias o hechos relevantes”. En esa medida, al establecerse una presunción, el legislador “se limita a reconocer la existencia de relaciones lógicamente posibles, comúnmente aceptadas y de usual ocurrencia, entre hechos o situaciones jurídicamente relevantes, con el fin de proteger bienes jurídicos particularmente valiosos”.
4. Una presunción legal releva a una de las partes de la carga de probar el hecho presumido. Y aunque a quien favorece la presunción debe demostrar la ocurrencia de un hecho antecedente a partir del cual se deriva la existencia del hecho presumido, esto no es un asunto complicado. La ley que establece la presunción al beneficiar a una de las partes termina por afectar a la otra parte, ya que resulta obligada a demostrar la inexistencia del hecho presumido o de desvirtuar el hecho antecedente. Luego, las presunciones tienen como efecto procesal el invertir la carga de la prueba.
5. Entonces, se preguntó la corte: ¿La inversión de la carga de la prueba vulnera el debido proceso constitucional (derecho de defensa y la presunción de

inocencia)? La respuesta fue: La consagración de presunciones legales no desconoce, en principio, el derecho al debido proceso. Deben ser presunciones que obedezcan a las leyes de la lógica o de la experiencia, o que no persigan un fin constitucionalmente valioso.

6. Además, la carga procesal impuesta al demandado consistente en desvirtuar la existencia del hecho presumido solo puede justificarse *“si con ella se persigue un fin constitucionalmente valioso y si no resulta desproporcionada respecto del mencionado fin. En este sentido, la corte debe definir si, al establecer la presunción legal demandada, el legislador persigue un fin constitucionalmente importante, si la misma es útil y necesaria para alcanzar ese fin y, por último, si el efecto negativo que produce resulta menor que el beneficio constitucional que alcanza”*.
7. Las presunciones no son un juicio anticipado con el cual se desconoce la presunción de inocencia, porque se trata de un típico procedimiento de técnica jurídica empleada por el legislador. La presunción tiene como finalidad convertir en derecho lo que simplemente es una suposición fundada en hechos o circunstancias que generalmente ocurren, ante el riesgo de que la dificultad de la prueba pueda significar la pérdida de ese derecho y afecte bienes jurídicos de importancia para la sociedad.
8. Concluyó la corte que: *“La presunción de culpa o dolo establecida en el procedimiento sancionatorio ambiental se encaja dentro de las denominadas presunciones legales –uris tantum–, toda vez que admiten prueba en contrario, como puede advertirse de una lectura literal de los párrafos legales cuestionados. En esa medida, hasta antes de imponerse la sanción definitiva, el presunto infractor podrá desvirtuar la presunción utilizando todos los medios probatorios legales”*.

Para la corte, la presunción general establecida se armoniza con la Constitución toda vez que no exime al Estado de su presencia activa en el procedimiento sancionatorio ambiental a efectos de verificar los hechos u omisiones constitutivas de infracción a las normas ambientales. Para esta, la Corte, los parágrafos demandados no establecen una “presunción de responsabilidad” sino de “culpa” o “dolo” del infractor ambiental. Quiere ello decir que las autoridades ambientales deben verificar la ocurrencia de la conducta, si es constitutiva de infracción ambiental o si se ha actuado al amparo de una causal de eximente de responsabilidad (Artículo 17º, Ley N° 1333). Han de realizar todas aquellas actuaciones que estimen necesarias y pertinentes para determinar con certeza los hechos constitutivos de infracción y completar los elementos probatorios (Artículo 22º, Ley N° 1333)⁷.

En conclusión, señaló la Corte que la presunción de culpa o dolo, contenida en la Ley N° 1333, no violaba el debido proceso constitucional, el derecho de defensa ni la presunción de inocencia. Con ello, el problema quedó resuelto. No se ha vuelto a hablar sobre el tema y en Colombia se continúa presumiendo la culpa o dolo del presunto infractor. Quien se enfrente a un proceso sancionatorio ambiental deberá probar que actuó con la debida diligencia. A la Administración le será mucho más fácil que, dentro del proceso, se establezcan las condiciones en las que se presentó la contaminación. Ese ha sido uno de los puntos más álgidos que se han dado en materia sancionatoria ambiental.

e. Infracciones ambientales

Otro de los puntos importantes que tenemos en el país es el tema de la infracción ambiental. La norma señala

7 Sentencia C-595 del 2010.

dos aspectos de la infracción ambiental. En primer lugar, hay infracción ambiental cuando hay incumplimiento de la normativa, por lo que la autoridad ambiental puede desplegar toda su potestad sancionadora. Y en segundo lugar, se da cuando hay daño ambiental; entonces, la Administración también puede ejercer su potestad sancionadora.

Asimismo, existe violación normativa cuando se infrinjan las disposiciones del Decreto N° 2811 de 1974, entiéndase Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente, cuando se vulnera la Ley N° 99 de 1993 o cuando se violan las disposiciones de la Ley N° 165 de 1994 o el Convenio de Diversidad Biológica y las demás normas ambientales vigentes. También existe infracción normativa cuando se violan los actos administrativos emitidos por autoridad ambiental competente, como el que otorga un permiso o una licencia ambiental.

¿Y por qué no podemos vulnerar todas aquellas normas en la ley que pueden ser objeto de infracción ambiental? Haciendo un análisis para conocer de la normatividad que podemos infringir, solo se podrían violar aquellas normas que contengan un mandato legal expreso, claro y que esté dirigido a una persona determinada o, por lo menos, determinable.

¿Cuáles serían entonces los sujetos activos de la infracción ambiental? Toda persona natural o jurídica que ostente la calidad de usuario del medio ambiente. Todos aquellos podrían ser los sujetos activos. ¿Podrían ser los particulares? Evidentemente, sí. ¿Podrían ser los servidores públicos? Sí cuando detente la calidad de usuario del medio ambiente, pero no por el ejercicio de sus funciones; y eso es claro, pues aquí lo procedente es iniciar un proceso disciplinario. Puede tratarse una norma ambiental, pero si el funcionario se encuentra en el ejercicio de funciones, no es

el régimen sancionatorio ambiental el que recae sobre él, sino el disciplinario.

¿Las instituciones del Estado pueden ser también sujetos activos de infracción ambiental? Lo serán cuando ostenten la calidad de usuarios del medio ambiente. ¿Y cuál es el sujeto pasivo de una infracción ambiental? El sujeto pasivo es indeterminado, porque se trata la colectividad en general.

Otro punto que se establece como infracción de la normatividad ambiental es el daño ambiental, el cual fue definido, por la Ley N° 99 del año 1993, como aquel daño que afecta el normal funcionamiento de los ecosistemas y la renovabilidad de los recursos y sus componentes. Sin embargo, dicha ley establece que, para que se constituya el daño ambiental, se debe cumplir con las condiciones que establece el Código Civil para la configuración de una responsabilidad civil contractual.

La norma establece que el infractor o el presunto infractor será responsable ante terceros de los daños y perjuicios que pudieran causar su acción y omisión. Es en este punto en el que se hace referencia a la independencia de la acción sancionatoria de las acciones civiles o penales a las que dé lugar.

f. Medidas preventivas y sanciones

La Ley N° 1333 actualizó las medidas preventivas y las sanciones. En cuanto a las funciones, las medidas preventivas y sanciones, la ley estableció que las sanciones administrativas en materia ambiental tienen una función preventiva, correctiva y compensatoria, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Consti-

tución, los tratados internacionales, la ley y el reglamento, y que las medidas preventivas, por su parte, tienen como función prevenir, impedir o evitar la continuación de la ocurrencia de un hecho, la realización de una actividad o la existencia de una situación que atente contra el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana.

Establece la norma que las medidas preventivas se impondrán al infractor de las normas ambientales mediante acto administrativo motivado y de acuerdo con la gravedad de la infracción listando las siguientes:

1. Amonestación escrita
2. Decomiso preventivo de productos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción
3. Aprehensión preventiva de especímenes, productos y subproductos de fauna y flora silvestres
4. Suspensión de obra o actividad cuando pueda derivarse daño o peligro para el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana, o cuando el proyecto, obra o actividad se haya iniciado sin permiso, concesión, autorización o licencia ambiental

Estas medidas preventivas estaban también incluidas en la Ley N° 99 de 1993. Sin embargo, existía una dificultad: no se encontraba en el proceso sancionador la posibilidad del decomiso definitivo; por el contrario, los animales eran confiscados y pasaban muchos días en los diferentes aeropuertos, donde finalmente morían por la falta de condiciones para su mantenimiento. Este problema fue solucionado con la Ley N° 1333 del 2009.

Sobre las medidas preventivas consagradas es oportuno precisar que:

- (i) Son de ejecución inmediata, tienen carácter preventivo y transitorio, surten efectos inmediatos, contra ellas no procede recurso alguno y se aplican sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar.
- (ii) Pueden ser aplicadas a personas extranjeras y sus bienes, siempre que los bienes o las personas se encuentren dentro del territorio nacional, aunque establece un trámite ante la cancillería para adelantar el proceso cuando el agente extranjero esté fuera del país.
- (iii) Los costos en que incurra la autoridad ambiental con ocasión de las medidas preventivas, tales como transporte, almacenamiento, seguros, entre otros, corren por cuenta del infractor.
- (iv) Se levantan de oficio o a petición de parte cuando se compruebe que han desaparecido las causas que las originaron.

En lo referente al tema de sanciones, se hace un nuevo listado de las sanciones aplicables en materia ambiental así:

1. Multas diarias hasta por cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes⁸.
2. Cierre temporal o definitivo del establecimiento, edificación o servicio.
3. Revocatoria o caducidad de licencia ambiental, autorización, concesión, permiso o registro.
4. Demolición de obra a costa del infractor.
5. Decomiso definitivo de especímenes, especies silvestres exóticas, productos y subproductos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción.
6. Restitución de especímenes de especies de fauna y flora silvestres.

⁸ Antes de la Ley N° 1333 el promedio de las multas se encontraba alrededor de 300 salarios mínimos.

7. Trabajo comunitario según condiciones establecidas por la autoridad ambiental

Estas sanciones se aplican según las condiciones establecidas por la autoridad ambiental.

Sobre las sanciones puede decirse que:

- (i) Se imponen como principales o accesorias al responsable de la infracción ambiental, de acuerdo con la gravedad de la infracción mediante resolución motivada.
- (ii) Su imposición no exime al infractor de ejecutar las obras o acciones ordenadas por la autoridad ambiental competente ni de restaurar el medio ambiente, los recursos naturales o el paisaje afectados.
- (iii) Se aplican sin perjuicio de las acciones civiles, penales y disciplinarias a las que hubiere lugar.
- (iv) Siempre deben tenerse en cuenta la magnitud del daño ambiental y las condiciones socioeconómicas del infractor.
- (v) Los actos administrativos expedidos por las autoridades ambientales que impongan sanciones pecuniarias prestan mérito ejecutivo.

g. Procedimientos para la imposición de medidas preventivas y sanciones

Para la imposición de estas medidas preventivas y sanciones se establecieron cuatro tipos de procedimientos:

1. Procedimiento para la imposición de medidas preventivas
2. Procedimiento para la imposición de sanciones

3. Procedimiento para los casos de flagrancia
4. Procedimiento para el decomiso de especímenes de flora y fauna silvestres

Para no extenderme mucho, voy a explicarles de manera concisa cómo se da el procedimiento para la imposición de una medida preventiva y de una sanción.

Recuerden que, en virtud de la presunción de culpa o dolo, la autoridad ambiental puede proceder a la imposición de la medida preventiva. Así, pues, una vez conocido el hecho, de oficio o a petición de parte, la autoridad ambiental competente procederá a comprobarlo y a establecer la necesidad de imponer medida preventiva. Esto lo hace mediante acto administrativo motivado. Estas pueden ser comisionadas a las autoridades administrativas y la Fuerza Pública. Si la medida preventiva es impuesta a prevención por, se da traslado de las actuaciones a la autoridad ambiental competente en un término máximo de cinco (5) días hábiles. En el evento de decomiso preventivo, se deben poner a disposición de la autoridad ambiental los individuos y especímenes aprehendidos. Si existe mérito para mantener la medida preventiva y continuar con el procedimiento sancionatorio, se sigue el proceso que busca la imposición de la sanción.

Algunas veces es muy sencillo, porque, efectivamente, lo que tenemos es que se impuso una medida preventiva y que, en adelante, se sigue el procedimiento sancionatorio por el incumplimiento normativo.

Para la imposición de la sanción, la Ley N° 1333 establece que, para determinar si existe o no mérito para iniciar el procedimiento sancionatorio, se debe adelantar una indagación preliminar que tiene como propósito verificar la ocurrencia de los hechos y determinar si estos constituyen efectivamente una infracción ambiental o si, por el contrario, se ha actuado

al amparo de una causal eximente de responsabilidad. Surtido este trámite procesal, se expide el auto de apertura de la investigación y se inicia de manera formal el procedimiento sancionatorio, el cual podrá ser adelantado de oficio, a petición de parte o como consecuencia de la imposición de una medida preventiva. Iniciado el proceso sancionatorio, le corresponde a la autoridad ambiental que adelanta el proceso realizar todo tipo de diligencias administrativas tendientes a establecer los hechos constitutivos de infracción y completar los elementos probatorios. Cuando exista mérito para continuar con la investigación, se puede proceder a formular cargos contra el presunto infractor. La siguiente etapa procesal es la presentación de los descargos y la práctica de pruebas, y una vez transcurridos quince días hábiles después de la presentación de los descargos o cuando se haya vencido el periodo probatorio, el titular de la potestad sancionatoria declarará, si es el caso, la responsabilidad del infractor e impondrá las sanciones a que haya lugar.

Existe un factor importante que se tiene que tener en cuenta: en el nuevo Código General de Proceso de Colombia, que entra en vigencia a partir de enero del año 2014, las pruebas son determinantes. Decretar pruebas ya no es una facultad de quien está administrando justicia o adelantando el proceso, es una obligación porque, en este nuevo procedimiento sancionatorio que nosotros tenemos, la prueba se constituye en ese eje gravitacional alrededor del cual gira el proceso. La prueba es determinante, por lo que debe ser técnica y especializada.

Tenemos la siguiente dificultad: ¿ese estudio técnico y especializado lo realiza la misma autoridad ambiental con sus funcionarios o se debe llamar a un tercero? ¿La autoridad que investiga también aporta las pruebas? Ese es un obstáculo importante que se presenta en la actualidad y que debería superarse con el apoyo de otras

autoridades ambientales de otras regiones para que hagan la valoración o la practiquen las pruebas correspondientes o de institutos de investigación, universidades, etc. En todo caso, deben ser terceros ajenos al proceso. Recordemos que las pruebas deben ser plenas. La prueba plena es aquella que ha sido discutida, confrontada y debatida. Con ese tipo de evaluaciones, y si la autoridad ambiental tiene la firme convicción de que el hecho es una infracción ambiental, puede imponer la sanción correspondiente. Frente a ese acto administrativo existe la posibilidad de interponer recursos ante la misma autoridad, porque en Colombia, dentro de la jerarquía del Sistema Nacional Ambiental (SINA), el ministerio no es segunda instancia de las autoridades locales ni regionales. Dentro de la misma autoridad se pueden interponer recursos para que se reconsidere la sanción.

Un agravante es (i) que haya un daño grave al ambiente; (ii) cometer una infracción para ocultar otra (por ejemplo, se hace una disposición inadecuada de residuos peligrosos y se les echan diversos escombros para que no se vean); (iii) rehuir la responsabilidad o atribuirle a otros; (iv) infringir varias disposiciones legales con la misma conducta –algunas autoridades ambientales acostumban incluir un listado las disposiciones normativas–, no obstante, no todas pueden ser objetos de infracción directa; (v) la infracción en áreas protegidas es también un agravante, así como (vi) obtener provecho por la falta, (vii) obstaculizar la acción de las autoridades, (ix) no permitir que la autoridad llegue al sitio donde se cometió la infracción, entre otras faltas.

¿Cuáles serían los eximentes? Serán que haya (i) fuerza mayor o caso fortuito, (ii) el hecho de un tercero o (iii) un acto terrorista. ¿Qué pasa? Una vez se impone la sanción, entra el infractor: ya no es considerado más el

presunto infractor. Dicho infractor ingresa a una lista negra denominada Registro Único de Infractores Ambientales, que lleva un sistema de registro de aquellos que han infringido la ley para que no sean contratados por del Estado ni por otras empresas: entran en esta lista negra y se le da publicidad a ese acto.

h. Registro Único de Infractores Ambientales

El Registro Único de Infractores Ambientales pretende recopilar con lujo de detalles lo que sucedió en la infracción: quién la cometió, dónde la cometió, por qué la cometió, cuál fue la norma que violó, si es una persona natural o si es una persona jurídica, quién es el representante legal de esta persona jurídica, qué actividades estaba desarrollando, dónde le pusieron la sanción, qué tipo de sanción se le impuso. En otras palabras, se trata de un compendio de lo ocurrido en lo que refiere a la infracción.

¿En qué momento se incorpora al registro? Una vez quede en firme y ejecutoriada la sanción, aquel acto administrativo que impone la sanción; antes no, solo la sanción, no medidas preventivas.

¿Qué pasa si la autoridad ambiental no hace el registro? Pues, evidentemente, si no hace el registro, se le sigue un proceso disciplinario a aquel funcionario que omitió, dentro de los primeros cinco días hábiles de cada mes, notificar al sistema de información sobre los actos administrativos que impusieran sanción.

¿Solo queda en el RUIA? No, no solo queda en el RUIA, queda en las gacetas oficiales de la entidad. Es una información pública para que todos conozcan a los infractores ambientales y es un escándalo mediático que se da sobre todo en Colombia. Cuando se impone la medida preventiva a una

empresa, muchas veces esta se viste de verde para mostrar una buena misión ambiental y una responsabilidad empresarial y es nefasto. Es muy grave para esas empresas ser infractores, porque no pueden contratar con el Estado por varios años. Son nefastos los efectos que tiene. ¿Cuánto tiempo dura el registro? Entre uno y dos años, dependiendo de la sanción que se imponga.

i. Comentarios finales y conclusiones

Las inquietudes que se generan en torno al procedimiento sancionador ambiental son:

- (i) ¿También responden los herederos del infractor? Claro, pero solo cuando se trata de daño ambiental pues la idea es compensar, resarcir ese daño⁹. Como la colectividad es la afectada, yo, como heredero, puedo resolver la ocurrencia del daño.
- (ii) ¿Puede hablarse de solidaridad entre los infractores? Claro, siempre que dentro del hecho participen varios implicados.
- (iii) ¿Pueden las autoridades ambientales resultar responsables de un daño? Claro, también en la medida en la que detecten la calidad de usuarios del ambiente, no cuando incumplen sus obligaciones establecidas en la norma, a pesar de normas ambientales. Eso sería otro tipo de responsabilidad disciplinaria.

¿Cuáles serían las conclusiones que encontramos en relación con este tema?

- (i) Existe un aumento de la sanción; es mucho más dura, se hace extensible al daño ambiental. Sin embargo, no

⁹ Esto no se produce cuando hay infracción normativa, pues precisamente la muerte del infractor es una de las causales de cesación del procedimiento.

encontramos herramientas dentro de la ley para tipificar ese daño ambiental como infracción, más allá de establecer que se cumplan los requisitos establecidos para una responsabilidad civil extracontractual.

- (ii) Asimismo, contamos con un importante avance para los especímenes de flora y fauna silvestre, medidas preventivas, medidas sancionatorias en la remisión. ¿Qué se debería hacer con estos especímenes? Se les debe llevar a zoológicos, zoológicos, o jardines botánicos, a fin de que se realice una valoración de los daños que ha podido sufrir el espécimen que ha sido incautado.
- (iii) A pesar de las críticas que ha tenido, la presunción de culpa o dolo continúa vigente por las razones que les he explicado. Sin embargo, aún existen algunas dificultades en la implementación de la norma, debido al pleito con las autoridades regionales y locales, incoherencias en la aplicación de ciertas sanciones y problemas de la gradualidad o en la tasación de multas. En muchos casos, no existe un criterio claro en algunas intendencias sancionadoras. No se aplica un criterio unificador de las autoridades ambientales para la imposición de sanciones.

COMENTARIO

María Luisa Egúsqiza Mori (Perú)

Directora de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

El procedimiento administrativo sancionador es el mecanismo empleado por la Administración Pública para el ejercicio de la potestad punitiva frente a la lesión de bienes jurídicos reconocidos en el marco legal y constitucional. De esa manera, en materia ambiental, se emplea dicho mecanismo para determinar la responsabilidad de un administrado respecto del incumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables, las cuales provienen de las leyes ambientales, los compromisos asumidos por los administrados en los instrumentos de gestión ambiental y las medidas administrativas.

En ese sentido, los procedimientos administrativos sancionadores en materia ambiental tienen por finalidad asegurar el equilibrio entre el libre ejercicio de las actividades económicas y el derecho fundamental de todas las personas a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida.

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), como ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, es el titular de la potestad administrativa sancionadora en materia ambiental y la ejerce a través de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (DFSAI) y el Tribunal de Fiscalización Ambiental, en primera y segunda instancia administrativa, respectivamente.

En ese contexto, la presente ponencia tiene por finalidad evidenciar los principales aspectos en relación con la potestad administrativa sancionadora ejercida por el OEFA.

El primer aspecto es la adopción del régimen objetivo de la responsabilidad administrativa por infracciones ambientales, lo cual implica que el OEFA no deberá acreditar que el administrado actuó con dolo o culpa en la infracción ambiental cometida; es decir, que hubo conciencia o voluntad del sujeto, sino que solo deberá probar la ocurrencia del hecho y la relación de causalidad del administrado respecto del mismo, en base a medios probatorios y/o indicios razonables.

En el marco del régimen objetivo de la responsabilidad administrativa, el administrado podrá evitar la imposición de una sanción solo si acredita la fractura del nexo causal, lo cual se produce por caso fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero.

El mencionado régimen de responsabilidad se encuentra consagrado en el Artículo 144° de la Ley General del Ambiente, aprobada por Ley N° 28611; el artículo 18° de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobada por Ley N° 29325, y el Artículo 4° del Reglamento de Procedimiento Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD.

En el Perú se optó por el régimen objetivo de la responsabilidad ambiental debido a la importancia del bien jurídico protegido y el potencial riesgo de las actividades extractivas.

Veamos cómo se evidencia lo anterior con un ejemplo. En el acta de la supervisión realizada a una empresa, se

señala que el administrado no construyó un canal de coronación que se encontraba señalado en su estudio de impacto ambiental. La DFSAI, mediante dicha acta, prueba el hecho que configura el incumplimiento, puesto que el supervisor ambiental señala que no fue construido el canal de coronación.

Por otro lado, la relación de causalidad estaría acreditada, ya que la empresa es la titular de la unidad operativa supervisada. En consecuencia, la empresa supervisada es responsable por la infracción cometida; sin embargo, esta podría probar que el hecho no le es imputable señalando, por ejemplo, que fue imposible construir el canal de coronación porque las condiciones climáticas se lo impidieron (supuesto de exclusión de responsabilidad por caso fortuito).

El escenario antes descrito se encuentra en el marco de la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad. Por el contrario, en el régimen de responsabilidad subjetiva, la Administración debería probar que el administrado no construyó el canal de coronación premeditadamente o lo dejó de construir por negligencia, lo cual reduce la probabilidad de imponer una sanción frente al incumplimiento.

De esa manera, se evidencia que la regla de la responsabilidad objetiva, en la práctica, permite realmente que la Administración pueda sancionar de una manera más efectiva el incumplimiento en el cual incurren los administrados, sin que eso vulnere sus derechos de defensa.

Por otro lado, un aspecto importante de las normas que rigen la potestad sancionadora en materia ambiental es el incremento de la escala de multas dispuesto por la Ley N° 30100, la cual modificó la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, estableciendo que

la escala de multa más alta sería de 30 mil UIT (equivalente a 40 millones de dólares, aproximadamente).

¿Por qué se estableció el mencionado incremento? Porque se ha verificado que hay daños ambientales que podrían ser realmente graves y que involucran incluso la vida de las personas, o la desaparición y extinción de ecosistemas, por lo cual era necesario imponer las multas máximas en esos casos, con la finalidad de desincentivar dichas conductas.

El tercer aspecto importante que debe ser resaltado es la aprobación de la Metodología de Cálculo de Multa, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/CD, la cual tiene por finalidad reducir la discrecionalidad en la determinación de las sanciones que la DFSAI impone, en cumplimiento del principio de predictibilidad, no confiscatoriedad, razonabilidad y proporcionalidad.

En ese sentido, la Metodología de Cálculo de Multa establece los criterios que son considerados para la determinación de la cuantía de una sanción, identificando criterios como el beneficio ilícito, probabilidad de detección y los factores atenuantes y agravantes, los cuales derivan en una fórmula previamente conocida por los administrados.

Al respecto, es importante resaltar que, si se cuenta con información sobre la valorización del daño ambiental causado, dicho concepto es incluido en la fórmula empleada para el cálculo de multa, de ahí la importancia de contar con fuentes que proporcionen dicha información.

Por otro lado, es importante resaltar que el ejercicio de potestad administrativa sancionadora no agota su finalidad con la imposición de sanciones frente a la comisión de una infracción, sino que la autoridad administrativa tiene la potestad de imponer medidas administrativas de

cumplimiento obligatorio para los administrados, con la finalidad de eliminar, en la medida de lo posible, los impactos negativos producidos en el ambiente.

El mecanismo legal previsto para cumplir con dicha finalidad es la medida correctiva, la cual 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.

Dada la importancia de la imposición de dichas medidas, y con la finalidad de dotar de predictibilidad al procedimiento establecido por el RPAS, promover la remediación de los daños ambientales y evitar que se establezcan sobrecostos para los administrados, 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”, aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD, publicada el 12 de marzo del 2013.

Los mencionados lineamientos establecen los criterios objetivos que serán empleados para la imposición de dichas medidas, el procedimiento a seguir por la DFSAI, los tipos de medidas de acuerdo a su finalidad y presenta ejemplos de su aplicación, lo cual permite a los administrados ejercer de manera óptima su derecho de defensa.

Asimismo, con la finalidad de evitar que se generen sobrecostos para el administrado, los lineamientos establecen que, para efectos del 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 el tamaño real 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

Es importante señalar que, actualmente, la DFSAI tiene un objetivo fundamental: propiciar, en la medida de lo posible, la remediación ambiental y mejorar las técnicas y fuentes de información sobre la valorización de los daños ambientales, asegurando que esto se encuentre en el marco del paradigma de desarrollo sostenible y una “fiscalización para el cambio”.

COMENTARIO

Mauricio Cuadra Moreno (Perú)

Subdirector de Supervisión a Entidades Públicas
Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

En principio, creo, al igual que María Luisa Egúsqüiza, que el esfuerzo de reunirnos en este seminario y en este tipo de actividades académicas, en las que se debaten algunas experiencias no solamente del Perú, sino también de otros países de la región, responde a la existencia de un gran interés internacional por la protección ambiental.

El análisis de este tema es relativamente reciente y es precisamente por eso que existen muchos retos, principalmente en el campo normativo, por la dispersión de la legislación sobre temas ambientales, desde los referidos a la certificación ambiental, a la fiscalización hasta otros temas conexos. En el Perú, esto no es la excepción.

Como nos comentaba Carolina Montes, la emisión de determinadas normas de protección ambiental en Colombia ha representado un gran esfuerzo en su producción, en la generación de los consensos sociales y gremiales correspondientes. Lo mismo ha ocurrido en Perú: la Ley General del Ambiente y, posteriormente, la creación del Ministerio del Ambiente y del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental son importantes hitos que representan dicho esfuerzo.

La construcción del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental responde no solo a la necesidad de que haya entidades responsables de fiscalizar el cumplimiento de la normativa ambiental, sino al interés del Estado

peruano por que las actividades de los diversos actores económicos sean realizadas en relación cordial con el ambiente.

Quería hacer esta reflexión inicial para luego comentar algunos temas puntuales de la exposición de Carolina.

En los casos de Perú y Colombia, podemos apreciar la existencia de muchas figuras jurídicas similares. María Luisa refirió la existencia de una importante similitud: el caso del Registro de Infractores Ambientales colombiano, una institución muy parecida al Registro de Infractores Ambientales (RINA) peruano.

Otro tema que había puesto a consideración Carolina es el de las medidas preventivas, asunto sobre el que centraré mi comentario.

Para proteger adecuadamente el ambiente, el OEFA tiene la facultad de dictar medidas preventivas, en aplicación del principio de prevención. La idea principal es prevenir eventuales impactos negativos al ambiente, antes de generar la necesidad de reparar el grave daño que pudiera originarse.

En el Perú, en el caso concreto del OEFA, la Dirección de Supervisión tiene la facultad de dictar estas medidas preventivas de acuerdo a lo contemplado en el Reglamento de Supervisión Directa. Así las cosas, ¿cómo debería orientarse el dictado de dichas medidas? Básicamente, siguiendo los principios de razonabilidad y proporcionalidad, naturalmente valorizando los riesgos, los impactos negativos y la potencial gravedad que pueda causar esta actividad al ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas.

En virtud del Artículo 24° del Reglamento de Supervisión Directa, el OEFA puede disponer las siguientes medidas preventivas: (i) la clausura temporal, parcial o total del esta-

blecimiento donde se realiza 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; (iii) el decomiso temporal de los objetos, instrumentos o artefactos o sustancias empleados que ponen en riesgo al ambiente o la salud de las personas; y (iv) la destrucción o acción análoga de materiales o residuos peligrosos que ponen en riesgo al ambiente o la salud de las personas.

En este punto, conviene precisar un tema en particular que ha sido objeto de reflexión y ha motivado artículos académicos recientemente publicados. No necesariamente la emisión de una medida correctiva evidencia la comisión de una infracción administrativa. Esto puede caminar por sendas diferentes y quiero explicar por qué.

Puede ocurrir que un administrado esté cumpliendo con lo previsto en un determinado escenario de infracción ambiental, pero, debido a que su estudio de impacto ambiental fue elaborado y aprobado antes del inicio de la actividad económica –basándose principalmente en estudios documentales o de gabinete–, no se prevén adecuadamente determinadas situaciones que eventualmente podrían ser perjudiciales para el ambiente. En el marco de estas circunstancias, la Dirección de Supervisión podría emitir una medida preventiva. Esa facultad de dictar medidas preventivas es reconocida a través del Artículo 22º-A, artículo incorporado a la Ley Nº 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, mediante la Ley Nº 30011.

Para finalizar mi intervención, me gustaría reforzar una idea que mencionaba María Luisa. En el caso del OEFA, la emisión de documentos básicos que guíen el ejercicio de sus funciones no solo se ha dado para imponer multas, como es el caso 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”, sino que también se emitió otro documento importantísimo como 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”.

En el marco del procedimiento administrativo sancionador, la autoridad administrativa tiene la facultad de imponer sanciones y medidas correctivas, ambas con finalidades diferentes. La sanción busca desincentivar que el infractor cometa nuevamente la infracción, además de enviar a la ciudadanía un mensaje: que desincentive la comisión de esa infracción. La medida correctiva tiene como finalidad reponer o restablecer el ambiente a una situación anterior al daño.

Como bien comentaba María Luisa, no solamente estos documentos le otorgan mayor predictibilidad al administrado, ya que se establece menor discrecionalidad por parte de las autoridades de la entidad, en este caso, del OEFA; sino que, además, se promueve un mejor ejercicio del derecho de defensa, en la medida que los administrados, cuando son sancionados, pueden presentar descargos respecto de los criterios de graduación en el caso particular de las multas.

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR AMBIENTAL: EXPERIENCIAS EN COLOMBIA, ESPAÑA Y PERÚ

(Mesa redonda)

Participantes:

Carolina Montes Cortés, profesora de la Universidad Externado de Colombia

Íñigo Sanz Rubiales, profesor de la Universidad de Valladolid, España

Hugo Gómez Apac, presidente del Consejo Directivo del OEFA y profesor de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Perú

Moderador:

Mario Huapaya Nava, secretario técnico del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Mario Huapaya (moderador): *En la presente mesa redonda se abordarán los siguientes temas:*

1. *Partes intervinientes en el procedimiento administrativo sancionador ambiental*
2. *Medios impugnatorios en el procedimiento administrativo sancionador ambiental*
3. *La aplicación de las sanciones y medidas correctivas en el derecho ambiental*
4. *La responsabilidad administrativa en materia ambiental*
5. *La aplicación del principio non bis in idem en materia ambiental*
6. *Mejoras en la legislación ambiental*

Con relación al primer tema, se plantean las siguientes preguntas: ¿Quiénes son las partes que intervienen en el procedimiento administrativo sancionador?, ¿el que denuncia es parte o es un tercero interesado?

Carolina Montes: En Colombia, el procedimiento administrativo sancionador ambiental se encuentra regulado en la Ley N° 1333, del año 2009. Esta es una ley que actualiza aspectos del régimen sancionatorio que presentaban debilidades en la aplicación del antiguo régimen, vigente desde el año 1973. El procedimiento sancionador se inicia a través de una denuncia realizada por cualquier particular, o de oficio por la autoridad ambiental competente. Puede ocurrir que, antes de dar inicio a un procedimiento sancionatorio, sea este a pedido de oficio o a pedido de parte, se realice una indagación preliminar por parte de la autoridad ambiental competente, quien, en un plazo máximo de seis (6) meses, debe determinar la ocurrencia de algún hecho dañoso del medio ambiente o la ocurrencia de una infracción ambiental.

La Ley N° 1333 y la Ley N° 99 de 1993, así como otras normas procedimentales, permiten la participación del denunciante e, inclusive, de cualquier tercero interesado. Adicionalmente, se les considera dentro del proceso como “tercero interviniente”. Por ello, son notificados y se les brindan las garantías constitucionales del caso para el desarrollo del proceso. Asimismo, al iniciarse el procedimiento administrativo sancionador ambiental, se corre traslado de este al Ministerio Público, para que tanto la Procuraduría como la Defensoría del Pueblo tengan conocimiento de lo actuado y ellos puedan, eventualmente, actuar en favor de la protección del medio ambiente.

Íñigo Sanz: En España, la regulación del régimen sancionador ambiental tiene base constitucional; está expresamente

prevista en el Artículo 45º de la Constitución española. El procedimiento sancionador ambiental siempre empieza de oficio, sin perjuicio de que dicha iniciación de oficio pueda hacerse por decisión del propio órgano, por moción superior o por denuncia. El papel del denunciante en España, en el régimen sancionador, no es el de un interesado. El denunciante, *per se*, no forma parte en el procedimiento sancionador, porque difícilmente puede argüir beneficios derivados de la sanción que se imponga. Sin embargo, en ocasiones, para algunas materias sí; por ejemplo, en defensa de la competencia o en protección de los consumidores. En materia ambiental, en principio, el denunciante no tiene interés y no puede participar en el procedimiento sancionador. Ahora bien, las organizaciones ambientales están legitimadas para acceder a la vía contenciosa de acuerdo con un tratado internacional de acceso a los tribunales en materia ambiental, la correspondiente ley de transposición española y la directiva europea pertinente. En este sentido, se entiende que, en la medida que dichas organizaciones están legitimadas para acceder en defensa de intereses difusos en la vía contenciosa, también tendrían interés en el mantenimiento de un procedimiento sancionador ambiental. Esa podría ser, de forma indirecta, la única vía en que, en principio –salvo otras cuestiones–, se pueda entender que hay un interés en la participación en ese procedimiento.

Hugo Gómez: En el Perú, existen varias autoridades que cuentan con funciones de fiscalización ambiental. El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) es una de estas y, al mismo tiempo, es el ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. En el caso del OEFA, el procedimiento sancionador se rige por un reglamento aprobado por este¹ y, supletoriamente, por

1 Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, publicado el 13 de diciembre del 2012.

la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador. En dicho procedimiento sancionador, hay dos actores: la Administración Pública, que es el OEFA a través de una instancia instructora y una instancia de decisión, y el administrado en calidad de investigado.

En virtud a lo dispuesto en el Artículo 105° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cualquier persona natural o jurídica puede formular una denuncia cuando advierte que hay un acto contrario al ordenamiento jurídico, pero este denunciante no es parte en el procedimiento sancionador respectivo. En el OEFA, todas las denuncias que se presenten son tramitadas por el Servicio de Información Nacional de Denuncias Ambientales (SINADA). Este servicio deriva las denuncias a la Dirección de Supervisión, la cual las analiza y, si verifica que existe mérito para iniciar un procedimiento sancionador, lo pone en conocimiento de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (en adelante, la Dirección de Fiscalización). Como se puede advertir, el denunciante participa en una etapa previa o preliminar al procedimiento administrativo sancionador. Por ello, el denunciante no es parte del procedimiento sancionador, no actúa ni ofrece medios probatorios.

Quisiera agregar lo siguiente: el hecho de que en el procedimiento sancionador participen solamente la autoridad de instrucción, la autoridad decisora y el administrado nos llevó a plantearnos la siguiente interrogante: ¿Qué sucede si la Dirección de Fiscalización, que tramita el procedimiento sancionador, comete un error al no valorar correctamente alguna prueba, y el administrado no apela porque dicho error le es favorable? Aquí se encontró una ausencia de control jurídico.

En efecto, el procedimiento es iniciado por la autoridad de instrucción, quien actúa pruebas, luego el administrado

se apersona, se defiende y, posteriormente, la Dirección de Fiscalización resuelve. ¿Qué sucede si la Dirección de Fiscalización se equivoca y declara, por ejemplo, que no existe responsabilidad del administrado? Evidentemente, el administrado no va a impugnar, pero ¿quién corrige este error? Considerando ello, cuando se diseñó el procedimiento sancionador, pensamos que debería haber un mayor control jurídico y que, de alguna manera, debería permitirse al Tribunal de Fiscalización Ambiental corregir el asunto, pero ¿cómo elevamos el tema al tribunal? Lo que se hizo fue permitir el apersonamiento de la Dirección de Supervisión al procedimiento; es decir, el órgano que realiza la investigación preliminar y que elabora el Informe Técnico Acusatorio puede apersonarse al procedimiento, como si fuera una especie de “fiscal administrativo”.

En consecuencia, en el procedimiento sancionador, la Dirección de Supervisión, que actúa en la etapa preliminar, se apersona, puede pedir el uso de la palabra, le corren traslado de las actuaciones procedimentales y está al tanto del procedimiento. Si ella considera que la Dirección de Fiscalización se ha equivocado, puede, por ejemplo, interponer una queja o solicitar la nulidad de oficio al Tribunal de Fiscalización Ambiental. Lo que hemos buscado aquí es que exista un mayor control jurídico.

Mario Huapaya: *¿Cuántas instancias administrativas se contemplan en sus regulaciones? ¿Qué recursos administrativos pueden interponerse?*

Carolina Montes: En Colombia, el Sistema Nacional Ambiental (SINA) presenta la siguiente estructura jerárquica:

- (i) A la cabeza está el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y, como una de sus unidades administrativas especiales, está la Autoridad Na-

cional de Licencias Ambientales, organismo análogo al OEFA.

- (ii) Luego, tenemos a las corporaciones autónomas regionales y los grandes centros urbanos, como autoridades ambientales regionales y locales.
- (iii) Finalmente, encontramos a las entidades territoriales: municipios, departamentos y distritos, que también cuentan con funciones ambientales.

En la estructura del SINA, no todas las entidades poseen la titularidad de la potestad sancionadora. La ley ha decidido otorgársela únicamente al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, así como a las corporaciones autónomas regionales y a los grandes centros urbanos. En Colombia, la potestad sancionadora –más no la posibilidad de imponer medidas preventivas– es de aquellas entidades que otorgan la correspondiente licencia o permiso ambiental. Respecto de los recursos administrativos, lo establecido por ley, y sobre lo que la Corte Constitucional ya se ha pronunciado, es que el Ministerio de Ambiente –aunque está a la cabeza del SINA– no es el superior jerárquico para este tipo de decisiones. Por ejemplo, las corporaciones autónomas regionales no apelan ante el ministerio, sino que es dentro de la misma entidad que se presentan los recursos. Efectivamente, existen los recursos en la vía gubernativa dentro del procedimiento sancionatorio ambiental en etapas definidas. Inicialmente, durante la formulación de los cargos y, posteriormente, cuando se impone la sanción. Esto con la finalidad de garantizar el derecho al debido proceso, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 29º de la Constitución Política.

Íñigo Sanz: En España, no existe una única autoridad que imponga las sanciones. Esto depende de la materia y, normalmente, esta potestad sancionadora es realizada por las comunidades autónomas. En principio, frente a la decisión

sancionadora de un órgano administrativo de la comunidad autónoma, cabe siempre un recurso de alzada ante el superior jerárquico, salvo que este no tenga superior jerárquico; luego, se puede ir a la vía judicial.

Hugo Gómez: En Perú, en el procedimiento sancionador que se tramita ante el OEFA, hay dos instancias: la primera es la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos; y la segunda es el Tribunal de Fiscalización Ambiental. Teniendo en cuenta lo señalado en la Ley del Procedimiento Administrativo General, en la primera instancia hay dos autoridades: la autoridad de instrucción y la autoridad de decisión. La autoridad de instrucción es la Subdirección de Instrucción, que imputa los cargos tomando como insumo el Informe Técnico Acusatorio elaborado por la Dirección de Supervisión, informe que se convierte en una resolución de imputación de cargos y que determina el inicio del procedimiento sancionador. Esta autoridad de instrucción es la que actúa los medios probatorios, tanto los de oficio como los que ofrecen los administrados. Al terminar la etapa de instrucción, hace una propuesta de resolución y eleva el expediente a la Dirección de Fiscalización. Esta dirección puede convocar al uso de la palabra, momento en el cual puede presentarse no solamente el administrado que ha solicitado la audiencia, sino también la Dirección de Supervisión. En ese momento, puede generarse un debate en el que los abogados de los administrados sustentan la inocencia de su patrocinado alegando que no hay infracción, mientras que la Dirección de Supervisión explica las razones que sustentan su Informe Técnico Acusatorio. La Dirección de Fiscalización es un ente imparcial en este tema y es la autoridad competente para emitir la resolución final que determine la responsabilidad del administrado. El procedimiento en primera instancia dura ciento ochenta (180) días hábiles.

El administrado puede interponer dos recursos administrativos contra la decisión emitida por la Dirección de Fiscalización. En primer lugar, puede presentar un recurso de reconsideración, el cual debe ser resuelto por la Dirección de Fiscalización en un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles. En segundo lugar, el administrado puede interponer un recurso de apelación, el cual debe ser resuelto por el Tribunal de Fiscalización Ambiental –como segunda instancia– en un plazo máximo de noventa (90) días hábiles.

Mario Huapaya: *¿Qué sanciones administrativas se pueden imponer en sus respectivas legislaciones? ¿Se diferencian las sanciones de las medidas correctivas?*

Carolina Montes: En Colombia, como sanción administrativa, se pueden imponer multas, para las cuales se ha previsto un tope. Con la Ley N° 1333 del 2009, se aumentó considerablemente el monto de las multas en comparación con los topes que establecía la Ley N° 99 del 93. El monto, antes de la modificación, era de hasta 300 salarios legales mínimos vigentes –unidad de medida utilizada para calcular las multas, análoga a la UIT peruana–; en la actualidad, el tope es de 5 mil salarios mínimos legales vigentes. Un salario mínimo en Colombia es aproximadamente 600 mil pesos, equivalente a unos 300 dólares.

Adicionalmente, se pueden dictar medidas de reparación, las cuales se entienden como sanciones. Ello debido a que se impone una medida para que se realice la reparación efectiva si se ha declarado la existencia de un daño al ambiente. Puede ocurrir que, cuando la comisión de una infracción ambiental ha generado un daño ambiental, se impongan medidas –a manera de una medida preventiva– para suspender el desarrollo de la actividad que realiza el denunciado, o como una sanción si se tienen que realizar acciones de reparación o de corrección de los daños generados. En Co-

lombia, hemos intentado cambiar un poco el principio –si se le puede llamar así– de contaminador-pagador, porque muchas veces, debido a los montos de las sanciones, se prefiere pagar por contaminar que por descontaminar. Esto, debido a que los costos por descontaminar son mucho más elevados. En ese sentido, lo que se está tratando de implementar es el siguiente enfoque: “Si usted contamina, no pague; si usted contamina, por favor, descontamine”. Ello, debido a que lo que las autoridades ambientales están cobrando por la descontaminación no resulta ser suficiente para remediar el daño que se está generando. Por ello, hemos cambiado un poco el enfoque, pero esto es un proceso que aún se encuentra en implementación.

Íñigo Sanz: En España, las medidas de reparación y las medidas indemnizatorias van de forma paralela a las sanciones. Estas medidas no tienen carácter sancionador –la obligación de reparar, de restituir el medio ambiente a su situación inicial y las indemnizaciones vinculadas a ello–, no están vinculadas a la culpabilidad o, incluso, a la imposición de una sanción. Lo importante es que haya habido un acto que, mediante una relación de causalidad, haya provocado alguna afectación al ambiente. Dicho de otra manera, puede ocurrir que, en determinadas actuaciones, un particular haya sido sancionado y se le haya impuesto, además, la obligación de reparar. Sin embargo, puede ocurrir que, por razones de falta de culpabilidad, no se haya impuesto una sanción, pero la obligación de reparar, que es objetiva y deriva de una responsabilidad objetiva, se mantiene.

Hugo Gómez: En el Perú, en materia de fiscalización ambiental, solo constituyen sanciones la multa y la amonestación. La primera tiene carácter pecuniario; la segunda, no. El OEFA puede imponer multas de hasta treinta mil (30 000) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), que son más de 111 millones de soles, o más de 40 millones de dólares.

Ese es el tope de las multas que se puede imponer. Ahora bien, además de las multas y amonestaciones, se pueden imponer medidas correctivas, las cuales tienen por finalidad corregir la afectación generada por la infracción. Estas medidas correctivas pueden consistir en el decomiso de bienes, la orden de cesación de actividades, pero también en la reparación del daño o la compensación en caso no pueda repararse. La aplicación de medidas correctivas está prevista en la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental y, adicionalmente, el OEFA ha elaborado unos lineamientos² con la finalidad de que los administrados conozcan cómo se van a dictar dichas medidas.

Mario Huapaya: *En sus países, ¿la responsabilidad administrativa ambiental es objetiva o subjetiva?*

Carolina Montes: En Colombia, con la expedición de la Ley N° 1333 del 2009, optamos por una responsabilidad subjetiva, en la que se presume la culpa o dolo del infractor. Esto fue incluido como una novedad en la redacción del Artículo 1°, cuando se habla de la titularidad de la potestad sancionatoria. En esa línea –en cuanto a materia ambiental–, en Colombia, se presume la culpa o dolo del presunto infractor. Considerando esta presunción, se da lugar a la imposición de medidas preventivas, las cuales se mantienen por un tiempo determinado y pueden dar lugar a la imposición posterior de la sanción si este presunto infractor no demuestra que no actuó con culpa o dolo. Para poder demostrar que no se actuó con culpa o dolo, al presunto infractor se le otorgan todas las garantías del debido proceso, además de tener a su disposición todas las herramien-

2 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 del 2013.

tas probatorias posibles. Para el tema de las pruebas, una modificación importante que se ha dado, de cara al nuevo Código General del Proceso en Colombia, es que el responsable de la investigación tendrá la obligación, ya no solo la facultad, de decretar todas aquellas pruebas que considere necesarias para poder determinar –plenamente– si hay responsabilidad o no.

Íñigo Sanz: En el ordenamiento español, la responsabilidad solo puede ser subjetiva. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, es necesario que haya culpa o dolo por parte del infractor para que se le pueda imponer una sanción. Sin embargo, respecto de esto hay que hacer dos matizaciones. La primera es que, en el caso de las personas jurídicas, el Tribunal Constitucional indica que la culpabilidad consiste en la mera capacidad de infringir la norma. En el fondo, esto es responsabilidad objetiva. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no se atreve a decir esto, porque rompería con la presunción de inocencia y con otros muchos criterios. En el caso de las personas jurídicas, es evidente y reconocido –inclusive ya hubo una sentencia del Supremo aislada– que su responsabilidad tendría que ir también por la falta de organización. El otro matiz es el papel que juegan los hechos constatados por funcionarios públicos. En los procedimientos sancionadores en España, los hechos constatados por funcionarios públicos gozan de presunción de veracidad, lo cual implica que se invierta la carga de la prueba. Cuando hay hechos constatados por un funcionario público, va a ser el afectado, el infractor, o el supuesto infractor –no se puede hablar de presunto en España, pero sí de supuesto–, el que tendrá que demostrar que esos hechos no se adecúan a la realidad.

Hugo Gómez: En el Perú, la legislación penal proscribe la responsabilidad objetiva. Entonces, de acuerdo a ello, uno podría pensar que, haciendo la traslación correspondiente al

derecho administrativo sancionador, también debería prohibirse la responsabilidad objetiva y solo aplicarse la responsabilidad subjetiva bajo el principio de culpabilidad. Sin embargo, en el Perú no ocurre esto. Es algo que podemos notar desde que leemos la Ley de Procedimiento Administrativo General, en la que no se introdujo el principio de culpabilidad. Aparece el principio de causalidad, pero no el de culpabilidad. El legislador, al momento de elaborar la Ley de Procedimiento Administrativo General, no se decidió por consignar la responsabilidad objetiva o consagrar la subjetiva, lo que ha generado que, mediante leyes posteriores, se establezca –en algunos casos– que hay responsabilidad objetiva en materia sancionadora, como es el caso de los temas ambientales. En efecto, la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental señala expresamente que la responsabilidad administrativa es objetiva, de manera que la autoridad administrativa de fiscalización ambiental, como el OEFA, no necesita determinar si ha habido dolo o culpa para declarar la existencia de una infracción administrativa. Si advierte que hay dolo, este será un elemento que agravará la sanción a imponer, pero no será tomado en cuenta para determinar la configuración de una infracción administrativa.

El grupo de trabajo creado en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos³ para revisar y proponer mejoras a la Ley del Procedimiento Administrativo ha sugerido incorporar el principio de culpabilidad en los términos siguientes: *“La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva”*.

3 Creado mediante Resolución Ministerial N° 0155-2012-JUS de fecha 14 de junio del 2012, modificada por Resoluciones Ministeriales N° 0234-2012-JUS del 13 de setiembre del 2012, N° 0248-2012-JUS del 17 de octubre del 2012, N° 0089-2013-JUS del 26 de marzo del 2013 y N° 0147-2013-JUS del 11 de junio del 2013.

En el Perú, la regla general es la responsabilidad subjetiva y la aplicación del principio de culpabilidad. La excepción es la aplicación de la responsabilidad objetiva cuando así lo establezca expresamente una norma con rango de ley, como es el caso de las infracciones ambientales. En el caso del OEFA, se han emitido dos normas para regular los alcances de la responsabilidad objetiva: uno es el “Reglamento del procedimiento administrativo sancionador”, y el otro, las “Reglas generales sobre el ejercicio de la potestad sancionadora del OEFA”⁴. En estas normas, para que no haya ninguna duda de que se respeta la presunción de inocencia, se ha precisado lo siguiente: la autoridad administrativa tiene que probar la existencia de la conducta infractora; en otras palabras, si uno imputa a una empresa el excederse los límites máximos permisibles, esto tiene que ser probado. Si uno imputa a una empresa que incumplió un instrumento de gestión ambiental, esto tiene que ser probado. En ese sentido, la autoridad administrativa tiene que probar que el administrado es el que ha cometido la infracción. El administrado, en su defensa, puede acreditar la fractura del nexo causal. Por ejemplo, se incumplieron los límites máximos permisibles, pero ello debido a un terremoto, un deslizamiento de tierras provocado por la naturaleza, por el hecho determinante de un tercero, etc. Si la autoridad comprueba la veracidad de la fractura del nexo causal, declarará que no hay responsabilidad administrativa. Por lo expuesto, si la autoridad ha probado que el administrado ha cometido una infracción administrativa y este no ha logrado acreditar la ruptura del nexo causal, se procederá a imponer la sanción correspondiente. El legislador ha considerado que, para los temas ambientales, y en atención a los costos sociales involucrados, es mejor aplicar la responsabilidad objetiva que la subjetiva.

4 Aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 038-2013-OEFA/CD, publicada el 18 de setiembre del 2013.

Mario Huapaya: *¿Cómo se ejerce la potestad sancionadora frente a las infracciones ambientales? ¿Se desarrollan de manera paralela una investigación penal y una investigación administrativa?*

Íñigo Sanz: En España, y acorde al principio de legalidad, se reconoce la prohibición de *non bis in idem*, es decir, se aplica el *non bis in idem* en materia ambiental, como en todo el resto de las materias. Esto supone que, cuando el órgano instructor –que puede ser a su vez también el órgano decisor– que está tramitando el procedimiento sancionador aprecie indicios de delito penal, de infracción penal en materia ambiental, para evitar precisamente la doble punición, está obligado a suspender el procedimiento sancionador. Se envía el expediente al juez penal o al fiscal, la instancia administrativa debe esperar que el juez penal se pronuncie sobre la existencia o no de infracción penal y, en función de lo que haya pronunciado el juez penal, continúa o no con el procedimiento sancionador. Dicho de otra manera, si el juez penal aprecia indicios y castiga esa conducta con una pena, la Administración, automáticamente, deberá archivar el expediente, porque no puede sancionar. Si por el contrario, el juez penal aprecia que no hay culpabilidad suficiente, entonces devolverá el expediente y la administración podrá continuar el procedimiento sancionador imponiendo la sanción administrativa que corresponda.

Carolina Montes: En Colombia, por el contrario, pueden coexistir los dos procedimientos. Cuando se inicia el procedimiento administrativo sancionador, el investigador, al analizar el caso, si considera que se ha configurado alguna de las conductas tipificadas en el Código Penal –actualizado en torno al tema de delitos ambientales mediante la Ley N° 1453 del año 2011–, corre traslado a las autoridades penales, quienes, de manera paralela, inician el procedimiento penal correspondiente. No se suspen-

de nunca el procedimiento administrativo sancionador. Ambos procesos se desarrollan de manera paralela y se pueden aplicar las dos penas.

Hugo Gómez: Lo apropiado es que hubiera una diferencia entre los ilícitos administrativos y los penales. El derecho penal, en tanto *ultima ratio*, solo debería albergar los ilícitos más graves. El problema es que esta distinción no existe en el Perú, no hay una diferencia ni cuantitativa ni cualitativa. Entonces uno advierte, por ejemplo, en el Artículo 304º del Código Penal, que los ilícitos penales también pueden calificar como ilícitos administrativos y, de hecho, en la realidad uno ve que, en determinados escenarios, está el fiscal y también está la autoridad administrativa de fiscalización ambiental. Esto es un problema y creo que es bueno pensar en algunos criterios que permitan diferenciar las conductas que deberían ser ilícitos penales y no administrativos. Por ejemplo, podría tomarse en cuenta la gravedad de la conducta infractora.

Mario Huapaya: *¿Qué aspectos se pretende modificar en sus legislaciones para mejorar la fiscalización ambiental?*

Carolina Montes: En Colombia, desde la expedición de la Ley N° 1333 del año 2009, tuvimos un cambio importante en nuestra institucionalidad. Con la Ley N° 1444 del año 2011, se creó el sector de Ambiente y Desarrollo Sostenible, se dio la creación de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. Dentro de esta parte institucional, entonces, se dio un cambio de algunas funciones que venía desarrollando el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, que era el primer asignado por La Ley N° 1333 con la potestad sancionatoria ambiental, y las funciones que venía desarrollando el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible a través de la Dirección de Licencias, Permisos, Trámites y Autorizaciones salieron del ministerio y fueron dadas a la Autoridad

Nacional de Licencias Ambientales, quien ahora está encargada del otorgamiento de las licencias ambientales. Al estar encargada del otorgamiento de licencias ambientales, pues, también tiene las funciones de evaluación y control de todas aquellas autorizaciones u otros permisos que hayan sido otorgados. Debemos entender y hacer una lectura extensiva de la norma pensando que todas aquellas funciones que habían sido asignadas inicialmente al ministerio, que es el titular de la potestad sancionatoria, han sido también trasladadas a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, quien ahora hace ese control y seguimiento a las licencias y, por lo tanto, podría llegar a imponer las sanciones correspondientes cuando se dé una vulneración de ese acto administrativo que concede la licencia. ¿Qué se está trabajando? Se está trabajando en reglamentar algunos de los aspectos más relevantes en la imposición de las sanciones en materia ambiental. La primera reglamentación que se dio, pues existía un plazo perentorio dentro de la norma, fue la del Registro Único de Infractores Ambientales, que es esta lista negra en la que quedan registrados todos aquellos que hayan cometido algún tipo de infracción y han sido sancionados, y el acto administrativo que impone la sanción que ha quedado firme. También fue reglamentado lo relativo a las sanciones ambientales y a la dosimetría de la sanción ambiental. Sin embargo, en la imposición de otras sanciones aún queda pendiente reglamentar algunos aspectos relevantes, como sería el tema del trabajo comunitario, que es una necesidad urgente de nuestra reglamentación, afinar un poco más todo el tema de la imposición de las sanciones –hacia allá vamos–, y perfilar mucho más cómo la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ha empezado a desarrollar estas nuevas funciones que le fueron otorgadas por la nueva norma al escindirse del Ministerio del Ambiente.

Íñigo Sanz: En España, desde el punto de vista organizativo, no parece que haya que hacer alguna modificación im-

portante, tampoco desde el punto de vista regulatorio. En lo que refiere estrictamente a las sanciones, es un sistema que ya lleva muchos años, que funciona bien, hay pequeños matices, va dependiendo de la legislación sectorial. Lo que claramente está en el futuro y se está desarrollando y buscando, es el Régimen de Exigencia de Responsabilidad Patrimonial al margen del Régimen Sancionador. Tradicionalmente, hasta ahora, había estado vinculada la exigencia de daños, perjuicios, de reposición de los bienes afectados a su situación inicial. Tradicionalmente, repito, esos registros se habían venido haciendo en vía del procedimiento sancionador, también por motivos de economía procedimental. Sin embargo, primero jurisprudencialmente, y después a través de la Ley N° 26-2007, se ha ido independizando este procedimiento y, actualmente, la idea es que ya se implementen, de una forma clara, estos procedimientos de exigencia de responsabilidad, al margen, repito, del procedimiento sancionador.

Hugo Gómez: En el Perú, a nivel normativo, se debe continuar con lo que ya se empezó; esto es, con tipificar las infracciones y aprobar la escala de sanciones respectiva. Las infracciones referidas a la eficacia de la fiscalización ambiental ya fueron aprobadas y publicadas hace unos días y, en breve, el Consejo Directivo del OEFA va a aprobar la tipificación relacionada con el incumplimiento de límites máximos permisibles; posteriormente, la tipificación vinculada con el incumplimiento de instrumentos de gestión ambiental. Estas últimas tipificaciones constituyen infracciones transversales. A partir del siguiente año, se va a trabajar todo lo relacionado con las infracciones sectoriales. En este momento están dispersas, son heterogéneas y lo que se está buscando es que sean uniformes y de acuerdo a los criterios que se han establecido en las reglas generales antes mencionadas.

En relación con la parte procedimental, hoy existe un solo procedimiento, que está previsto en el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, el cual tiene una duración de ciento ochenta (180) días hábiles en primera instancia y noventa (90) días hábiles en segunda instancia. Sin embargo, se están diseñando propuestas para que haya más procedimientos, más sencillos, más céleres. Por ejemplo, para regular la tramitación de las medidas administrativas, la Ley N° 30011 califica el primer incumplimiento de dichas medidas como una infracción administrativa. De manera que, ante el primer incumplimiento de una medida cautelar, de una medida preventiva, de un mandato de carácter particular o una medida correctiva, hay que tramitar un procedimiento sancionador. Pero este no va a ser de ciento ochenta (180) días hábiles, sino uno más abreviado. De otro lado, para los sucesivos incumplimientos de estas medidas, corresponde imponer multas coercitivas. Para imponer dichas multas, también se debe tramitar un procedimiento, para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de los administrados, pero este procedimiento debe ser uno más corto, sumárisimo.

CAPÍTULO 2

La valorización
del daño ambiental

LA VALORIZACIÓN ECONÓMICA AMBIENTAL

Fernando Carriazo Osorio (Colombia)

Profesor

Universidad de los Andes

Una pregunta fundamental originada en la discusión de la regulación económica de la calidad ambiental es: ¿cómo podemos asignar un valor monetario a la calidad ambiental o a los cambios de la calidad ambiental? Una respuesta a esta pregunta es un grano de arena que la disciplina económica ha aportado a la gran discusión de la regulación ambiental.

En la Facultad de Economía de la Universidad de los Andes, tenemos un grupo de profesores muy interesado en contestar esta pregunta fundamental. Nosotros nos hemos dedicado a investigar y aplicar diversos métodos para responder cómo los cambios de calidad ambiental pueden afectar el bienestar de la sociedad y cómo se pueden traducir estos cambios de bienestar en términos monetarios.

En ese sentido, hoy presentaré, a modo de ejemplo, un caso colombiano a fin de ilustrar el tipo de metodologías que se han utilizado para hacer las valoraciones económicas de bienes no mercadeables tales como la calidad del aire que respiramos. Discutiremos algunos principios de la valoración de bienes no mercadeables y presentaré una aplicación que toma como base el modelo económico de precios hedónicos, que evalúa monetariamente los cambios de calidad del aire en Bogotá.

¿Por qué y para qué necesitamos valoración de bienes no transables? Cuando estamos hablando de regulación ambiental y de cálculo de multas, un componente muy importante es el daño ambiental, por lo que es válido preguntarnos: ¿cómo podríamos estimar monetariamente ese componente?

Desde el punto de vista de la economía, nos interesa conocer las preferencias que tienen los individuos sobre la calidad ambiental. Por ejemplo, como economistas, estamos interesados en comprender cómo los individuos valoran, dentro de su bienestar individual, los cambios de dicha calidad ambiental. También nos interesa cómo podemos medir estos cambios y traducirlos en términos monetarios, para tenerlos en cuenta en el diseño de políticas ambientales. En ese sentido, lo que queremos estimar monetariamente son los valores de bienes y servicios que no tienen mercado, pero que sí poseen valor. Por ejemplo, la mejor calidad del agua y del aire implica cambios en el bienestar de los individuos, que, eventualmente, son susceptibles de ser medidos monetariamente.

Valoramos bienes que no tienen mercado porque queremos integrar la valoración en la política pública dirigida a la descontaminación; queremos integrar dichos valores no mercadeables en un análisis costo-beneficio. Desde el punto de vista del regulador, si nosotros sustentamos con razonamientos económicos que una inversión en la reducción de la calidad ambiental posee diversos beneficios y que estos pueden ser contabilizados monetariamente, tendremos argumentos mucho más contundentes que si apelamos a lo meramente descriptivo. No basta con decir que es importante para la sociedad realizar este tipo de inversiones, es necesario cuantificar cuáles son los beneficios. Desde el punto de vista económico, esto será clave para guiar las políticas públicas en inversión. Asimismo, es transcendental

incorporar esos valores si se desea examinar y evaluar el desempeño ambiental.

El valor económico de muchos bienes y servicios ambientales no se limita al flujo de valores financieros, o valores de “uso” dados, por ejemplo, por productos maderables, frutos comercializables, o quizá los flujos financieros provenientes de las actividades ecoturísticas. Los anteriores son solo una fracción de todos los posibles flujos económicos que hacen parte de la valoración ambiental. Hay valores de “no uso” relacionados con los servicios ecosistémicos o con el hábitat de especies en vías de extinción. Muchos bienes ambientales tienen características de bienes públicos y esto hace que sea muy difícil estimar los valores de no uso, pues estos no pueden ser expresados en términos de precios de mercado. Valorar los bienes ambientales en términos monetarios es, entonces, uno de los grandes desafíos que tiene la ciencia económica.

Existe una batería amplia de métodos para la valoración económica de bienes y servicios ambientales. Los métodos directos, como su nombre lo indica, preguntan directamente a las personas sobre su disponibilidad a pagar por experimentar un cambio. Lo que hace esta metodología es crear mercados hipotéticos para bienes que no poseen mercados o que no se transan en ellos. Estos métodos también han sido llamados por los economistas “métodos de preferencias declaradas”.

En la categoría anterior, se encuentra la metodología de valoración contingente, la cual posee fundamentos muy sólidos en la teoría del bienestar. Esta metodología se desarrolló a partir del derrame del buque Exxon Valdez en Alaska, en los años ochenta. La gran pregunta que se hacían los reguladores de esa época era: ¿cuál es el costo ambiental de los daños causados por el derrame de petróleo en tér-

minos monetarios? A partir de esta interrogante, se inició un debate entre los economistas, abogados, biólogos y otros profesionales de carreras afines que discutió esta metodología como una herramienta para responder dicha pregunta. Desde este desastre ambiental, estas metodologías han sido aplicadas en litigios y han ayudado a resolver la pregunta sobre cuál debería ser el monto que la sociedad debe recibir como compensación por un daño ambiental. Dentro de los métodos directos utilizados para responder lo anterior, existen los llamados experimentos de elección, en los que se les pregunta a las personas sobre sus disponibilidades a pagar por diferentes combinaciones de calidad ambiental o diferentes ofertas de bienes ambientales, en diferentes escenarios hipotéticos.

Por otro lado, tenemos los métodos indirectos de valoración, también llamados “métodos de preferencia revelada”. Cuando aplicamos estos métodos, observamos un bien que se encuentra relacionado con el bien ambiental y, a partir de esa mirada, examinamos el comportamiento de los individuos con respecto a un bien que sí posee mercado, por lo que podemos inferir, indirectamente, el valor de un bien que no tiene mercado, como por ejemplo la calidad del agua o la calidad del aire. Las acciones de los individuos pueden revelar algo sobre sus preferencias, como es el caso en el que los individuos pagan más por una vivienda localizada en una zona con aire limpio, manteniendo otras variables constantes.

Existen varios métodos indirectos, pero uno de los más utilizados es el modelo de precios hedónicos, el cual explicaré con mayor detalle más adelante. Brevemente, este relaciona el precio de un bien de mercado en función de sus características, entre las cuales se encuentra un nivel de calidad ambiental asociado al bien de mercado. Este mé-

todo ha sido utilizado para valorar calidad del aire urbano, del agua, o el acceso a parques urbanos, siendo todos los anteriores bienes que no se transan en un mercado. ¿Cómo podemos estimar monetariamente el flujo de bienes y servicios recreativos en el caso de un parque natural? Cuando se están analizando beneficios en parques naturales que prestan flujos de bienes y servicios recreativos, se utilizan métodos como el de costos de viaje, en el cual el valor de los flujos recreativos, incluyendo el avistamiento de aves o del paisaje, se aproxima observando el comportamiento de los individuos con respecto al consumo de bienes mercadeables, tales como el alojamiento, los costos de desplazamiento de un lugar de origen a un destino natural en términos, por ejemplo, del gasto en gasolina. Relacionando las frecuencias de visitas al parque natural con los costos de viaje necesarios para acceder a él, los economistas pueden estimar una función de demanda por recreación, la cual es un insumo para estimar los beneficios sociales que resultan de las actividades recreativas ofrecidas por un parque natural.

Otro método utilizado en el caso de contaminación del agua es el de prevención de daños o funciones de producción. Gracias a él, por ejemplo, podemos estimar cambios en la calidad del agua respecto a las inversiones que necesita un acueducto para reducir la sedimentación. Esos gastos en los que incurre una empresa para mejorar la calidad del agua son monetizados en un mercado, lo que nos sirve para aproximarnos al costo de una externalidad, como en el caso de la minería que produce sedimentación o mercurio.

Todas esas metodologías han sido agrupadas en otra metodología denominada “transferencia de beneficios”. Esta utiliza un conjunto de estudios que han sido realizados, aprobados y revisados, muchas veces por pares académicos, para utilizar y transferir valores de estudios que se han ejecutado

en otro lugar, donde se midió la metodología, y se transfiriere al lugar de la política.

El OEFA ha aplicado la metodología de la transferencia de beneficios. A diferencia de los estudios primarios, la transferencia de beneficios posee un bajo costo de implementación y permite llegar a valores económicos del daño ambiental en corto tiempo a través de los estudios realizados previamente. Por el contrario, los estudios primarios resultan más caros, debido a que requieren el desarrollo de encuestas y un trabajo interdisciplinario bastante complejo. No obstante, generalmente los economistas recomiendan utilizar estudios primarios, pero las restricciones de tiempo y presupuesto no siempre permiten su aplicación.

A continuación, presentaré un caso que utiliza un método de preferencia revelada, es decir, un método indirecto de valoración, para estimar los cambios en la calidad del aire en Bogotá. Este método, aunque fue desarrollado en los años setenta por el economista Sherwin Rosen, aún es utilizado por los economistas hoy. Su principal supuesto es que el bienestar individual de las personas proviene no solo del consumo de bienes de mercado, sino también del consumo de bienes no mercadeables, por lo que dicho bienestar se encuentra asociado, por ejemplo, al consumo de mejor calidad ambiental de un paisaje o la mejor calidad del agua. El objetivo de esta metodología es observar las actividades de los consumidores de un producto diferenciado (no homogéneo) para medir indirectamente su disponibilidad a pagar por cambios en la calidad ambiental. Para aplicar esta metodología, necesitamos determinar cuáles características individuales de un bien afectan su precio, incluyendo las características ambientales relacionadas. En el caso de la teoría de precios hedónicos, utilizamos generalmente la vivienda como el bien de mercado que puede revelar información sobre la disponibilidad a pagar por bienes no mercadeables

tales como la calidad ambiental urbana. ¿Cómo funciona entonces este método?

Imaginen por un momento que el valor de mercado de la vivienda depende de sus características estructurales: el área construida, el número de habitaciones y baños, etc. Todo esto influye en el precio. Sin embargo, la calidad del entorno también tiene una incidencia en el precio de las viviendas. La accesibilidad a los centros de empleo, la cercanía a los parques o los niveles de contaminación del aire son bienes que no tienen un mercado, pero que afectan al precio del bien que sí tiene mercado (vivienda). Examinando las variaciones en el precio de la vivienda con relación a los bienes no mercadeables que influyen en su precio, podemos inferir su influencia en el precio total del bien para así estimar un valor monetario para estos atributos que no se transan en un mercado, pero que tienen valor y que se capitalizan en el precio de las propiedades. Por ejemplo, al descomponer el precio de la vivienda en función de sus características estructurales y no estructurales, podemos estimar la incidencia que tiene la contaminación del aire en el precio de una vivienda y así deducir, monetariamente, los efectos que puedan tener en el valor de las propiedades los cambios en la calidad ambiental. Indirectamente estamos calculando entonces un “precio implícito” para la calidad ambiental.

Generalmente, esas metodologías se han aplicado para valorar los cambios y para medir experimentalmente la percepción de los consumidores acerca de la calidad del aire, los decibeles de ruido, la proximidad a los lugares nocivos, como basureros, entre otros.

Piensen en todos esos componentes de nuevo. No puedo ir a comprarlos a un mercado, pero eso no quiere decir

que no posean un valor o que no los pueda expresar en términos monetarios. Aunque estos bienes no tienen un mercado bien establecido, es posible estimar los precios implícitos de ellos.

¿Por qué esto es importante desde el punto de vista de la economía? Porque una de las explicaciones de la degradación ambiental es, precisamente, la ausencia de precios. La ausencia de derechos de propiedad bien establecidos y de precios para un bien ambiental puede explicar en parte las causas de su degradación. Aquí estaríamos ante lo que los economistas hemos llamado fallas de mercado. Si un bien ambiental y la calidad del ambiente son percibidos como gratuitos, el consumo será mucho mayor que si tiene un valor. Entonces, muchas veces, las técnicas de valoración han contribuido a determinar esos precios que pueden regular, de alguna forma, las cantidades consumidas.

Para cualquier bien de mercado, si el precio es cero, vamos a observar conductas de consumo excesivo. Si el precio es mayor que cero, se está regulando esa conducta. Entonces, la utilización de las metodologías para asignar un precio a un bien que no tiene mercado, como el ambiente, también podría contribuir a evitar el sobreconsumo de este tipo de bien. La valoración de los bienes ambientales no debe confundirse con la noción de otorgarle a la sociedad un “derecho” para contaminar. Por el contrario, la valoración es un insumo que utilizan los diseñadores de política ambiental para regular la calidad ambiental y evitar su degradación.

Para el caso de la valoración de la calidad del aire que presento en esta aplicación, el supuesto que utilizamos es que las viviendas localizadas en áreas con aire limpio presentan valores más altos que las viviendas localizadas en lugares más contaminados, asumiendo que el resto de las variables que afectan el precio son constantes. Si tenemos dos vivien-

das exactamente iguales, la que está localizada en un lugar con mejor calidad de aire tendrá un mayor precio comercial que una que no tenga condiciones de aire óptimas.

Utilizaremos esta metodología para cuantificar el incremento del precio de una vivienda, debido a los cambios en los niveles de contaminación. Como mencionamos anteriormente, podemos pensar a la vivienda como función de un conjunto de características y atributos del bien. En otras palabras, las viviendas se pueden describir como un vector de características estructurales (área, número de habitaciones) y características de atributos que posee el entorno (vista al mar, niveles de contaminación del aire, niveles de ruido, entre otros).

Como valoradores nos preguntamos: ¿cuál es el impacto que posee cada una de las características en el precio? Para esta aplicación, consideramos dentro de las características de la vivienda la cercanía a los centros de empleo y los niveles de contaminación del lugar donde se encuentra la vivienda. Esto permitirá estimar una medida agregada de bienestar por mejoras en la contaminación del aire y por mejorar el acceso a los centros de empleo.

¿Qué vamos a hacer intuitivamente? Relacionar con un modelo estadístico los atributos ambientales y las características estructurales con el precio de las viviendas. A partir de esa estimación, queremos inferir el valor de ese bien que no tiene mercado, la calidad ambiental.

Asumimos que los individuos aumentan su nivel de bienestar cuando consumen bienes de mercado y de no mercado. Podemos estimar un precio implícito para la calidad ambiental, suponiendo que los individuos, también, enfrentan una restricción de presupuesto.

A continuación, explicaré la aplicación del método en cuestión para el caso de Bogotá.

El área del estudio fue la zona urbana de Bogotá. Ella presenta altísimos niveles de contaminación por material particulado. El 64% de las emisiones proviene de fuentes fijas, entre las que se encuentran las fábricas que utilizan, como combustible, diésel (44.9%), aceite reciclado (4.7%) y carbón (7.3%). Otra fuente de contaminación muy importante, en esta ciudad, es la producida por fuentes móviles. Actualmente, Bogotá posee más de un millón de vehículos que utilizan gasolina y diésel, que contribuyen a los altos niveles de contaminación que se presentan en este territorio.

En la descripción de las lecturas de emisiones de PM10 para los diferentes puntos de la red de monitoreo de calidad ambiental, se observa que el nivel de emisiones de PM10 está muy por encima de la norma de cincuenta microgramos por metro cúbico. Esa es la norma establecida por la Environmental Protection Agency (EPA) y muestra claramente el problema de contaminación en la ciudad.

La contaminación del aire se distribuye espacialmente y existe variabilidad espacial en los niveles de PM10. En la zona occidental, donde existe gran cantidad de centros industriales y en donde, además, se encuentra el aeropuerto, se observan altas concentraciones de material particulado. Por otra parte, la zona oriental de la ciudad, abundante en vegetación y con presencia de montañas, presenta niveles más bajos de contaminación.

La observación de variación espacial en los niveles de contaminación nos permite aprovechar esas características para relacionarlas con el precio de la vivienda e inferir, indirectamente, el precio de una reducción en la contaminación.

¿Qué se hizo para estimar el valor de la reducción de la contaminación? Se construyó una base de datos georreferenciada, y se relacionaron los precios de vivienda con las características estructurales, utilizando un sistema de información geográfico. Posteriormente, se hizo un análisis estadístico con el que se estimó el precio en función de las características, utilizando varias especificaciones econométricas.

Se utilizaron 6 588 rentas de apartamentos con información de características estructurales y de concentración de PM10 asociada a cada uno de los puntos. También se calcularon características del vecindario, distancias a centros de empleo, distancia a parques metropolitanos y parques zonales. Estas son características que no tienen mercado, están asociadas a la calidad ambiental, pero pueden influir en el precio de la vivienda. También se incluyó, en la base de datos, información sobre criminalidad y altitud de las propiedades.

En el primer modelo, los resultados de las estimaciones sugieren un precio implícito de tres dólares al mes para un cambio en la contaminación. ¿Qué quiere decir eso? Que si la contaminación se reduce en una unidad –un microgramo por metro cúbico, en este caso–, esto se traduciría en un aumento del precio promedio de las rentas igual a 3 dólares. En términos de elasticidad, podemos examinar cómo responde el precio a los cambios en calidad ambiental. Las estimaciones sugieren que una reducción del 1% en la contaminación del aire, aumenta el precio de la vivienda en 0.16%.

¿Cómo podemos leer eso? Si la calidad ambiental se está deteriorando y los niveles de emisión aumentan en un 1%, esto trae consigo una reducción promedio en el precio de renta del 0.16%. Este es el insumo que podría utilizar un regulador para estimar, por ejemplo, los impactos que puedan tener cambios en la calidad ambiental en términos monetarios.

El ejercicio también se hizo para obras variables, como accesibilidad a centros de empleo. Entonces, ¿qué pasa si aumenta la accesibilidad en menores tiempos de desplazamiento a un centro de empleo? ¿Cómo puede afectar eso el precio promedio de la vivienda?

Estos modelos son bastante útiles porque también sirven para simular escenarios. Qué pasa si, por ejemplo, la contaminación se reduce un 10% o si se cumple la norma de 50 microgramos por metro cúbico, ¿cuál va a ser el efecto agregado sobre los precios que observemos en el mercado de vivienda? Para responder a esta pregunta, se hizo un ejercicio simulando este escenario: suponiendo que se cumple el estándar de 50 microgramos por metro cúbico, ¿cuál sería el efecto que puede tener esta condición en el mercado de vivienda?

Estos cambios en la renta promedio debido a la disminución en los niveles de contaminación fueron calculados en 14 dólares. Esta cifra corresponde al escenario del precio promedio con altos niveles de contaminación versus el precio promedio con bajos niveles de contaminación. Esa diferencia monetaria nos permite calcular este cambio de renta promedio.

Para finalizar, quiero concluir con el resultado más importante: la reducción de concentraciones. Una mejor calidad ambiental dada por reducciones en la concentración de material particulado es un atributo urbano que impacta positivamente en las rentas de la vivienda. A partir de este análisis espacial, se demostró, gracias a la evidencia estadística, que las mejoras en los niveles de contaminación pueden tener un impacto positivo en la sociedad y pueden ser susceptibles de ser valorados económica y monetariamente.

COMENTARIO

Hugo Gómez Apac (Perú)

Presidente del Consejo Directivo

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

¿Por qué es importante la valorización del daño ambiental? Fernando Carriazo ha explicado hace unos minutos y con bastante claridad que la valorización del daño ambiental tiene diversos usos. Uno de los más importantes se relaciona con la reparación de dicho daño. Y es que conociendo la magnitud del daño podemos establecer una adecuada reparación.

Sobre el particular, la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente recoge dos importantes principios en materia ambiental: el de internalización de costos y el de responsabilidad ambiental. Ambos guardan correspondencia con el principio “contaminador-pagador” contemplado en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. De conformidad con estos principios, aquel que degrada, deteriora o daña el ambiente tiene la obligación de restaurar, rehabilitar, remediar o reparar dicha afectación.

Existen dos vías para establecer la reparación del daño ambiental: la jurisdiccional y la administrativa. Con relación al ámbito jurisdiccional, tradicionalmente se piensa que existe una suerte de exclusividad del Poder Judicial para dictar indemnizaciones. Esto no es cierto. El Artículo 139° de la Constitución Política del Perú establece que es un principio rector de la función jurisdiccional su unidad y exclusividad, pero esto no implica que solo el Poder Judicial pueda dictar indemnizaciones.

Tratándose de la vía administrativa, los temas de reparación o rehabilitación se encuentran asociados al dictado de medidas correctivas que, a su vez, se vinculan con la tramitación de procedimientos sancionadores. El ordenamiento administrativo peruano contempla actualmente diversos escenarios en los cuales se ha otorgado competencia a autoridades administrativas para dictar medidas correctivas conducentes a ordenar al infractor la reparación del daño ocasionado. En estos casos, la norma respectiva no utiliza el término “indemnizar”, sino otros como “resarcir”, “rehabilitar”, “reparar”, “remediar” o “compensar”, porque existe el estigma de que la autoridad administrativa no puede dictar indemnizaciones.

Precisamente, el Artículo 232° de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General señala que, adicionalmente a la sanción, la autoridad administrativa puede dictar medidas correctivas para “reponer” la situación alterada por la infracción administrativa. Como puede apreciarse, esta ley, vigente desde octubre del 2011, contempla la facultad de la autoridad administrativa para que, además de sancionar al infractor, pueda ordenar la reparación o la reposición de la situación alterada por la comisión de la infracción.

En el grupo de trabajo creado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos¹ para proponer mejoras a la Ley del Procedimiento Administrativo General, se ha planteado modificar el Artículo 232° de esta ley para utilizar no solo el término “reposición”, sino también “reparación”; ello con el propósito de facultar a la autoridad administrativa para ordenar la reparación del bien afectado por la infracción administrativa.

1 Creado mediante Resolución Ministerial N° 0155-2012-JUS de fecha 14 de junio del 2012, modificada por Resoluciones Ministeriales N° 0234-2012-JUS del 13 de setiembre del 2012, N° 0248-2012-JUS del 17 de octubre del 2012, N° 0089-2013-JUS del 26 de marzo del 2013 y N° 0147-2013-JUS del 11 de junio del 2013.

En el caso del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental - SINEFA le ha otorgado competencia para dictar medidas correctivas, las cuales pueden ser de restauración o compensación ambiental. Las primeras pretenden rehabilitar, reparar o restaurar la situación alterada, y son aplicadas en aquellos casos en que los impactos ambientales son reversibles. Las segundas, en cambio, buscan sustituir un bien ambiental que ha sufrido impactos severos, irreversibles e imposibles de ser mitigados, producto de lo cual se ha tornado en irrecuperable.

El OEFA ha aprobado unos lineamientos para la aplicación de estos tipos de medidas correctivas². De acuerdo con ellos, puede ordenarse como medida de restauración la reforestación de un bosque que ha sido destruido por la infracción ambiental; sin embargo, si debido a la magnitud del daño no es posible hacerlo, entonces puede ordenarse como medida de compensación la reforestación en terrenos próximos, y con posibilidades de desarrollo similar. En esa misma línea, si no es factible restaurar (limpiar) una laguna contaminada por un derrame de hidrocarburos, entonces puede ordenarse la generación de otra laguna.

De otro lado, la valorización del daño también resulta importante para graduar las sanciones. Al respecto, el Artículo 136° de la Ley General del Ambiente dispone que el OEFA puede imponer multas de hasta 30 000 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), que equivalen a S/.111 millones, o más de US\$40 millones, aproximadamente. Para determinar el importe de la multa que corresponde imponer

2 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, publicada el 23 de marzo del 2013.

en cada caso, la autoridad administrativa debe utilizar criterios técnicos y objetivos.

Sobre el particular, el Numeral 3 del Artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que la autoridad ambiental 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. Para tal efecto, en la graduación de la sanción, se debe tener en cuenta principalmente el beneficio ilegalmente obtenido y la gravedad del daño, y con el fin de afinar la cuantía de la sanción a imponer, se pueden emplear otros criterios, como el perjuicio económico causado, la reincidencia en la comisión de la infracción y la intencionalidad del infractor.

Teniendo en cuenta lo establecido en dicha norma, el OEFA ha aprobado una Metodología para el Cálculo de Multas Base y la Aplicación de los Factores Agravantes y Atenuantes a utilizar en la Graduación de Sanciones³. Si bien dicha metodología ha sido aprobada para la graduación de las sanciones aplicables al sector minería, también puede aplicarse de forma supletoria para las otras actividades que fiscaliza el OEFA.

Según la metodología, para calcular la multa, la autoridad administrativa debe tomar en cuenta los siguientes criterios: la valorización del daño, el beneficio ilícito, la probabilidad de detección y los factores agravantes y atenuantes.

Con relación al primer criterio, cabe indicar que resulta difícil de cuantificar el valor del daño ambiental. A diferencia de los bienes que se transan en el mercado, los bienes ambientales, como los bosques, las lagunas y los ríos, suelen ser no transables. Los bienes no transables no poseen un precio

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

de mercado, por lo que su valor no puede obtenerse fácilmente. No obstante, si se cuenta con información suficiente y se aplican diversos métodos de valoración económica, se puede obtener un cálculo aproximado del valor de los bienes ambientales afectados.

En este sentido, si la autoridad administrativa cuenta con información relevante para valorizar el daño, este valor deberá ser incorporado en la multa base. En este caso, si en la resolución final del procedimiento sancionador, además de imponerse una multa se considera pertinente dictar una medida correctiva de restauración o compensación ambiental, la multa base no deberá incorporar el 100% del valor del daño, sino solo el 25%. Ello en atención a que el 75% restante representaría el costo de las medidas correctivas de rehabilitación o compensación ambiental que el administrado deberá implementar. De este modo, se evita generar sobrecostos a los administrados.

En cambio, si la autoridad administrativa no cuenta con información relevante para valorizar el daño ambiental, el criterio del daño será considerado únicamente como factor agravante y no como un elemento para determinar la multa base.

Respecto al segundo criterio, cabe indicar que el beneficio ilícito es el beneficio obtenido o que espera obtener el infractor al no cumplir una obligación fiscalizable. Para calcular las multas, deben incluirse necesariamente todos los conceptos que puedan representar un beneficio o ventaja para el infractor, como por ejemplo el ahorro obtenido o los ingresos ilícitos. De lo contrario, el infractor tendría siempre incentivos para incurrir en la conducta infractora.

Con relación al tercer criterio, cabe señalar que la probabilidad de detección es la posibilidad de que la comisión de

una infracción sea detectada por la autoridad administrativa. Las infracciones tienden a aumentar cuando los potenciales infractores perciben que existe una baja probabilidad de detección, pues en este supuesto tienen menos incentivos de cumplir la norma. Por ello, mientras menos probable sea detectar un incumplimiento, el monto de la sanción será más alto.

Con los tres criterios antes mencionados, se calcula la multa base. A dicho importe se le aplican los factores atenuantes y agravantes. La aplicación de dichos factores a la multa base tiene por objeto graduar la multa para hacerla proporcional a las circunstancias del caso concreto.

Se consideran factores atenuantes la subsanación voluntaria, la corrección inmediata de la conducta, la adopción de medidas necesarias para revertir o remediar los efectos adversos de la conducta infractora, entre otros. En cambio, se consideran factores agravantes el impacto y la extensión de la gravedad del daño al ambiente, el perjuicio económico causado a una población en condición de pobreza, la reincidencia en la comisión de la infracción, la intencionalidad del infractor, entre otros.

Con la finalidad de reducir la discrecionalidad de la autoridad administrativa, la metodología otorga un peso porcentual a cada factor agravante o atenuante, el cual será aplicado al efectuar el cálculo de la multa. Así, por ejemplo, la reincidencia en la comisión de la infracción tiene un peso porcentual de 20%. En este sentido, si en un caso concreto se ha determinado que la multa base asciende a 100 UIT y se constata que existe reincidencia en la comisión de la infracción, la multa deberá incrementarse a 120 UIT.

Como se aprecia, mediante el empleo de la valoración del daño ambiental y los demás criterios objetivos contenidos

en la metodología se brinda a los administrados un tratamiento equitativo y razonable en la aplicación de las multas. Los montos de las multas resultan proporcionales al daño generado en el ambiente y la salud de las personas. De este modo, se garantiza que las sanciones resulten razonables para los administrativos y, a su vez, eficaces para la protección del ambiente y la salud de las personas.

COMENTARIO

Gabriela López Medrano (Perú)

Subdirectora de Sanción e Incentivos de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos
Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

Hoy queremos contar cómo realizamos la valorización económica del daño ambiental. Somos conscientes de que todas las metodologías que desarrollemos para ello también podrían ser importantes para los procesos de remediación.

En tal sentido, la valorización del daño ambiental tiene un doble objetivo: por un lado, las sanciones y el cálculo de las multas; y por otro, las medidas de restauración y medidas correctivas.

La valorización económica del daño al ambiente es uno de los aspectos que se consideran en el cálculo de las multas. En efecto, un porcentaje del daño es considerado como un elemento que se adiciona al beneficio ilícito, correspondiente al costo evitado de incumplir la normativa ambiental. La suma de estos valores, dividida entre la probabilidad de detección, constituye la multa base, la cual es multiplicada por un factor que agrupa los factores agravantes y atenuantes, de tal manera que la sanción se gradúa de acuerdo a las características particulares de cada caso.

Esta fórmula nos permite calcular las sanciones tanto para los casos en los que no existe daño real como para aquellos en los que sí existe dicho daño. Así, por ejemplo, en el caso que el daño real exista y podamos calcularlo, la multa base está compuesta por el beneficio ilícito más un porcentaje del daño real, que es 25%, el cual solo se aplicará si se dictan medidas correctivas.

Para tener más clara la aplicación de esta metodología, me gustaría presentarles el siguiente caso: imaginemos que hay un derrame de hidrocarburos equivalente a 1 500 barriles de una empresa que desarrolla actividad de exploración en el departamento de Loreto, en la selva amazónica. La causa es una falla en el sistema automático de bombeo que tuvo como consecuencia el cierre intempestivo de la válvula de bloqueo y la consiguiente sobrepresión del ducto.

Supongamos que la afectación fue de un humedal y se incluye el impacto total a una laguna; es decir, que este cuerpo de agua fue totalmente afectado, desapareció. La zona perjudicada albergaba fauna y se encontraba cercana a una comunidad nativa. En este caso, en primer lugar, se debe determinar el primer componente del cálculo de la multa.

Este componente es el beneficio ilícito, que en este caso, se puede estimar como inversión al mantenimiento oportuno de estos sensores de alta presión en la descarga de la bomba. De haberse realizado ese correcto mantenimiento, no hubiera ocurrido la infracción. La fecha de detección de ese impacto es junio del 2012. Entonces, el beneficio ilícito calculado son S/.64 895, que es, aproximadamente, 24 959 dólares, calculados a la fecha de setiembre del 2013, imaginando que esa es la fecha de cálculo de la multa. Y todo eso se hace con una fórmula que permite calcular las ganancias que se podrían haber obtenido en el sector con el monto del costo de mantenimiento, durante el periodo de incumplimiento.

Sobre el daño, recogiendo lo que nos ha explicado el profesor Carriazo, nosotros utilizamos un método que es usado por otras agencias ambientales que también calculan estos daños. En efecto, considerando que tenemos poco tiempo para valorar los bienes y servicios ambientales afectados, en este caso utilizamos el método de transferencia de benefi-

cios para trasladar los valores de un determinado estudio que, en este caso, es uno que utiliza la metodología de valoración contingente.

El estudio de valoración contingente, a diferencia de los estudios que menciona el doctor Carriazo, como el modelo de precios hedónicos, tiene la ventaja de recoger el valor de no uso. En el caso del modelo de precios hedónicos, se recoge principalmente el valor de uso por lo que en nuestro ejemplo no sería adecuado utilizar un modelo de este tipo. En la nota a pie de la diapositiva se hace referencia al Estudio de Yparraguirre que se utilizó en este ejemplo, el cual calcula la disposición a pagar ante un posible derrame de petróleo, justamente en Loreto.

Este estudio estima la disposición a pagar y la calcula en 10 soles 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 Loreto.

En este ejemplo, lo que hacemos es tomar como referencia el dato que nos da el Estudio de Yparraguirre de 10 nuevos soles por familia y ajustarlo al lugar de aplicación de política. Este ajuste puede hacerse por inflación y otros factores. En este caso, dado que la infracción ocurrió en el lugar del Estudio de Yparraguirre, el ajuste solo se hizo por inflación, obteniendo una disposición a pagar de S/.13,20 mensuales por familia. En este caso, considerando que el impacto en la laguna fue total, el valor mensual se proyectó a perpetuidad y luego estimamos el valor presente de este flujo.

Una vez que traemos esos flujos mensuales perpetuos de S/.13,20 al valor presente, nos da una suma de 4 032 nuevos soles por familia, a la fecha de infracción. Una vez que tenemos ese monto, lo llevamos a la fecha de cálculo de la multa a través de un ajuste por inflación.

Ese cálculo nos da alrededor de 4 193 nuevos soles por familia, lo cual, multiplicado por el número de familias (en este caso se multiplicó por el número de familias que estaban presentes en los distritos de aplicación de política, que para el ejemplo se asumió que fueron 1500 familias), resultaba en una suma de 6 290 055 nuevos soles, que es aproximadamente 2 382 000 mil dólares.

Entonces, en este caso, tenemos que el beneficio ilícito es S/.64 895,72, mientras que el daño (D) es un poco más de 6 millones de nuevos soles. Ahora bien, como se mencionó anteriormente, cuando la empresa realiza medidas correctivas, porque se le ordena a la empresa realizarlas, solo se considera en la multa un porcentaje del daño total. En efecto, solo el 25% de ese daño total calculado es incorporado en la referida multa. Esto nos da como resultado un millón y medio de nuevos soles, lo que sumado al beneficio ilícito y dividido todo ello por la probabilidad de detección, que en este caso es de 25%, nos da como resultado la multa base.

Una vez calculada la multa base, podemos evaluar si corresponde aplicar factores agravantes y atenuantes a esta multa. Según nuestra metodología, tenemos el factor f1, el cual es una suma de factores, todos relacionados con la gravedad del daño ambiental, y son aquellos aplicados en el caso en que no podamos calcular el daño real (D). En este caso, considerando que estamos calculando el daño, dicho factor sería cero.

Otro factor agravante, relacionado con la vulnerabilidad que puede tener el lugar donde ocurre el incidente, es el factor f2, que está relacionado con la pobreza de la zona. En este caso, el incidente ocurrió en la selva amazónica, en una zona de alta pobreza. En efecto, en este caso, la zona tenía un 79% de incidencia de pobreza, por lo que corresponde asignarle un factor agravante de 60%.

Asimismo, imaginemos que, en este caso, la empresa es reincidente, por lo tanto corresponderá aplicarle un factor agravante (f4) de 20%. Sumando todos estos factores, obtenemos 80%; es decir, 60% del factor f2 más 20% del f4, por lo que la multa base se agrava en 80%.

En tal sentido, la multa base es multiplicada por 180%, que corresponde a los factores, lo que nos da una multa total de 11 millones de nuevos soles, que equivalen aproximadamente a 4 millones de dólares, en ese caso hipotético.

Con respecto a las mejoras en la metodología que estamos analizando, actualmente, nosotros estamos trabajando en una guía de decisión que permita al administrado identificar claramente la metodología de valoración del daño que le corresponda al impacto ambiental que causó.

Por otro lado, un grupo de mejoras que tenemos en marcha para la metodología es la reformulación de los factores agravantes y atenuantes. En este caso, mencionaré solamente uno de los factores en el que estamos trabajando.

Uno de los factores que tenemos previsto incluir en la metodología es el de graduación para el caso de los límites máximos permisibles (LMP), el cual permitiría calcular la multa de acuerdo al porcentaje de exceso de los LMP, pues es muy difícil a veces tener el valor exacto y reducir la discrecionalidad cuando tenemos un rango tan amplio de multas, digamos de cero a mil Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Un factor que podría ayudarnos a reducir esa discrecionalidad es el siguiente: imaginemos una empresa minera que se excede los LMP respecto del parámetro zinc en determinado punto de control. Digamos que la norma exige un valor de 3 y el valor encontrado es de 6.5; por lo tanto, el exceso es de 117%. Por lo tanto, según el factor propuesto para este

tipo de casos, el exceso es elevado con un coeficiente de 1,2. Ese factor propuesto tiene una función exponencial, y lo que permite es agravar más la multa base cuando la empresa exceda en más del 100% los límites máximos permisibles, y no agravar tanto la multa base cuando la empresa exceda menos del 100%. Por ejemplo, si la empresa se excede por debajo del 100%, digamos un 50%, corresponde agravar la multa base solo en 44%. Pero si la empresa se excede en 300%, el factor agravará la multa base en 374%.

Para ver si este factor era razonable, verificamos si lo que se estaba proponiendo tenía correlación con la realidad, y para ello observamos aproximadamente 200 casos en los que había un exceso en los límites máximos permisibles de zinc. Lo que encontramos fue que, en 64% del total de los casos, el exceso era por encima del 100%.

Entonces, lo que queremos lograr con este factor es que los infractores que están excediéndose por encima del 100% reduzcan su exceso. Además, estamos incorporando la gradualidad de acuerdo a si el parámetro implica algún riesgo ambiental. Para ello, estamos multiplicando el factor descrito por un coeficiente, que puede ser 1 para los casos en los que el exceso no implique un mayor riesgo y 1.2 para los que impliquen mayor riesgo. Gráficamente, la inclusión de este coeficiente hace que la curva correspondiente a este factor sea más inclinada, lo que permite agravar más los excesos mayores y agravar menos los excesos menores. En el caso del ejemplo, el parámetro zinc no es uno que implique mayor riesgo ambiental, por lo que el coeficiente que le correspondía era 1.

Este es el tipo de mejoras que estamos trabajando a fin de reforzar la metodología de cálculo de multas.

COMENTARIO

Vito Verna Coronado (Perú)

Asociado

Estudio Grau

La economía ambiental nos ayuda a comprender las causas de la contaminación que se produce a diario en el mundo en el que vivimos. Lamentablemente, cuando de contaminación se trata, los mercados muchas veces no nos dan toda la información sobre las consecuencias de nuestras decisiones.

Por ejemplo, cuando decidimos entre usar el servicio de transporte público o movilizarnos en nuestro propio auto, conocemos la tarifa que pagamos por el servicio o el precio del combustible; sin embargo, estos precios no incluyen los costos asociados a la contaminación, ni los relativos a las enfermedades vinculadas con la polución, o el impacto en el ornato público debido a la misma causa. Es allí donde radica el problema de fondo: tomamos decisiones sin tener presente todo lo que ellas implican para la sociedad.

Los bienes y servicios ambientales, como en el caso del ejemplo, el servicio ambiental de dispersión de contaminantes atmosféricos, no tienen mercado, y, por lo tanto, tienden a ser sobreexplotados por quienes gozan de ellos.

Por ello, la importancia de la valoración económica del daño ambiental radica en que, en primer lugar, nos permite tomar mejores elecciones, ya que, en la medida que somos conscientes de la pérdida de bienestar asociada a la degradación ambiental, podemos ser más conscientes de las implicancias de nuestras decisiones. En segundo lugar, facilita la internalización de los costos ambientales en los precios, y

esto –recordemos– forma parte importante de un principio esencial de la gestión ambiental. Finalmente, la valoración económica del daño ambiental nos permite calcular las indemnizaciones.

Sin embargo, debemos ser conscientes de los riesgos que implica la incorporación de la valoración económica del daño ambiental en las sanciones administrativas ambientales.

Como sabemos, el ambiente, al ser el sistema de sistemas, resulta bastante complejo. Esta complejidad se traslada a las actividades de supervisión, fiscalización y sanción ambiental, por lo que agregarle a esta última la variable de valorizar económicamente el daño ambiental podría resultar una tarea complicada.

Me explico; para que una sanción se convierta en un desincentivo relevante, debe ser efectiva, vale decir, debe ser real. El operador debe saber que violar la ley ambiental muy probablemente tendrá consecuencias perjudiciales para sus actividades.

Ahora bien, a mayor complejidad de la sanción, menor será la efectividad de la misma. Si complejizamos la sanción, lo que estamos haciendo en realidad es tonarla más vulnerable. Recordemos siempre que, a mayor complejidad, mayores oportunidades de cuestionamiento. Créanme, soy abogado y sé de lo que les hablo.

Si vamos a incorporar la valorización del daño ambiental a las sanciones, tenemos que saber cómo vamos a valorar este daño; con qué método; si usaremos el valor de uso y/o no uso; si sumaremos el valor hereditario, el valor de opción, el valor de incertidumbre, etc. Cada uno de esos componentes puede convertirse en un flanco débil para la multa.

Por ejemplo, si se valora el servicio ambiental de distensión y recreación que obtienen los visitantes de un área natural protegida a través de un método indirecto como el costo de viaje, el cual implica conocer el dinero que invirtieron todos sus visitantes para llegar al parque, con la finalidad de imputar este resultado como disponibilidad a pagar por los servicios ambientales, debemos ser conscientes de que alguien podría cuestionar la valorización probando cosas como que muchos de los visitantes tuvieron más de una parada; es decir, antes de ir al Manu, visitaron Arequipa, Nazca, Puno, etc., por lo que no habría sido adecuado imputar todo su presupuesto al Manu. Asimismo, se podría probar que otro tanto de visitantes quería ir realmente al Cuzco pero sus vistas se cancelaron por mal tiempo. Todo ello, y mucho más, podría convertirse en razones para impugnar los resultados de la valoración económica y por ende la legalidad de la sanción.

Mis afirmaciones finales son dos: la primera, que la valoración económica del daño ambiental, a pesar de todas sus controversias, es un instrumento fundamental de la gestión ambiental; y la segunda, que, si bien la incorporación de la valoración del daño ambiental a las sanciones es arriesgada, esta debe realizarse, en los casos que corresponda, utilizando métodos simples, ya que, mientras más complejo resulte el método de cálculo, más vulnerable se convierte la sanción y, a su vez, menos efectiva y disuasiva se torna.

COMENTARIO

Patrick Wieland Fernandini (Perú)

Asociado principal
Estudio Echecopar

Actualmente, existen problemas con la definición de “daño ambiental” vinculada al procedimiento sancionador. Como indicó Beatriz Merino en su exposición, la definición que manejamos en el Perú sobre daño ambiental es compleja y debe ser mejorada. A partir de ello, quiero resaltar que dicha complejidad se centra generalmente en los efectos de la contaminación, pues estos suelen ser acumulativos y sinérgicos. Asimismo, muchas veces el daño ambiental es irreversible y difuso, porque afecta a un número indeterminado de personas.

Según la ley, la definición actual de “daño ambiental” es la pérdida, disminución o menoscabo significativo de uno o más componentes del ambiente. Lo que se pretende con la determinación de la valorización del daño ambiental es tutelar un bien colectivo, un bien difuso; porque la flora, fauna, aguas y atmósfera no son patrimonio individual, sino un interés colectivo.

Un problema es determinar cómo se diferencia el daño ambiental de otros daños o bienes jurídicos tales como la salud, la vida, la propiedad, la paz y tranquilidad. Por ejemplo, un derrame de petróleo ocasiona impactos ambientales vinculados al ecosistema marino y la pérdida de especies producto de este derrame, pero también puede afectar la propiedad personal, la vida o la salud de las personas.

De otro lado, las percepciones del daño ambiental varían en función del tiempo y las sociedades. Existen algunas dis-

puestas a correr más riesgos que otras, por lo que la compensación por las afectaciones ambientales no es homogénea ni puede ser calculada usando la misma metodología. Así, por ejemplo, en Estados Unidos se permite que empresas constructoras afecten humedales en una zona específica para dar paso a proyectos de urbanismo, siempre y cuando haya una compensación con servicios ambientales en otra zona.

Dicha situación se aprecia en los estándares ambientales disímiles que tenemos en el Perú. Aunque el avance del derecho ambiental en el país ha ido mejorando y superando etapas, gracias a esto ahora contamos con estándares mucho más exigentes incluso que en otros países, como los de la calidad ambiental del aire y del suelo (Estándares de Calidad Ambiental del Aire y Estándares de Calidad Ambiental del Suelo).

Por otro lado, la valorización del daño ambiental presenta otro problema: la probanza. En el Perú, la administración pública tiene la carga de la prueba; es decir, el OEFA, como brazo sancionador del Estado, tiene la obligación de demostrar que existe, en los hechos, daño ambiental. Esto genera una serie de problemas cuando hablamos de contaminación, dada su lenta exteriorización y su carácter acumulativo.

Todo lo expuesto impone retos importantes al derecho peruano en tres principios. Por un lado, al principio de causalidad, pues en función de quién causó el daño es que se determina a quién se sancionará. Pero surge la pregunta si también responde quien es titular del predio de donde proviene la contaminación, el contratista, etc.

El segundo principio problemático es la irretroactividad. Y es que es probable que al momento en el que se produjo el daño ambiental las normas regulatorias eran menos exigentes que las que existían cuando se produjo el daño. ¿Se

puede sancionar en base a los estándares actuales los daños ocurridos cuando tales normas no estaban vigentes?

Por último, otro problema en la determinación de la valoración del daño ambiental es el que concierne al principio de prescripción, puesto que el transcurrir del tiempo perdona las infracciones, y esto puede generar situaciones de impunidad en sede administrativa.

Tomando en cuenta los problemas que existen para demostrar el daño ambiental, el OEFA ha venido considerando la utilización de la figura del “daño potencial”, previsto en la Ley General del Ambiente. Sin embargo, esto puede generar, en algunas situaciones, el cálculo del daño ambiental de manera especulativa, pues no se basa en un daño real o cuantificable.

Entre las nuevas normas que ha aprobado el OEFA, quiero mencionar la Resolución N° 038-2013, que precisa algunos alcances de la Ley N° 30011, que refuerza la potestad sancionadora de dicha institución. Entre las novedades que trae, está que reconoce el caso fortuito y fuerza mayor como causal de exoneración de responsabilidad administrativa.

En el derecho de responsabilidad civil, se exonera de responsabilidad cuando una persona actúa en el ejercicio regular de un derecho; es decir, cuando cuenta con una licencia o un título habilitante para realizar una actividad. No sucede lo mismo con la Ley General del Ambiente, que establece que existe daño ambiental contraviniendo o no normas jurídicas.

A pesar de lo anterior, el OEFA ha considerado que existe daño a la vegetación incluso si una empresa contaba con una autorización de desbosque. Creo que es válido preguntarse lo siguiente: ¿Si una empresa tenía autorización de

desbosque y cumplía con los límites que tal autorización establecía, resulta válida la multa por talar esos árboles con autorización? En esa misma línea, ¿una empresa minera podría ser responsable del daño ambiental que genere por alterar el paisaje, cuando el estudio de impacto ambiental aprobado la habilitaba a realizar los tajos abiertos y, evidentemente, cambiar el paisaje natural? Esto es algo que hay que ir apuntalando en la práctica del OEFA. En cuando a la temporalidad de las normas, surge un problema, porque el plan de abandono se aprueba bajo ciertos estándares pero, al tardar años en su ejecución, es posible que los estándares se vuelvan más exigentes. Aún falta resolver esta situación.

Como último comentario, citando una vez más la Resolución N° 038-2013 del OEFA, se ha definido que el Régimen de Responsabilidad por el Daño Ambiental que se encuentra contenido en Ley General del Ambiente está referido a la responsabilidad civil por daño ambiental. Esta precisión, que no se desprende de la Ley General del Ambiente, es claramente distinta a la responsabilidad ambiental tal como se encuentra regulada en el sistema español y que fue discutida anteriormente. En esa línea, tenemos en el Perú tres sistemas de responsabilidad ambiental: (i) responsabilidad civil ambiental; (ii) responsabilidad administrativa por infracciones ambientales; y (iii) responsabilidad penal.

COMENTARIO

Luis Felipe Huertas del Pino Cavero (Perú)

Abogado

Estudio Osterling

Esta reflexión sobre la valoración del daño ambiental nos permite conocer que la ciencia puede establecer, con cierta aproximación, el costo de los impactos ambientales. Sobre esa base, las entidades reguladoras pueden implantar políticas destinadas a incentivar conductas que originen un impacto positivo en el ambiente y a desincentivar aquellas que lo dañan y que, por consiguiente, causan un detrimento a la calidad de vida de las personas y de los ecosistemas.

En el Perú, nuestra experiencia en fiscalización y sanción ambiental se ha enfocado muy poco en el análisis de los efectos ambientales que causan las actividades económicas. Si nos remontamos hacia el pasado, vamos a ver que en la década de los noventa, cuando se implementaron las legislaciones ambientales de los sectores productivos, el objetivo principal de los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental - PAMA era alcanzar el cumplimiento de los niveles máximos permisibles.

En la siguiente década, refiriéndonos al caso de la actividad minera, cuando Osinergmin asume la responsabilidad de fiscalizar estas actividades, amplía un poco más el espectro de la fiscalización ambiental y comienza a evaluar el cumplimiento de los administrados en relación con los límites espaciales y temporales en los estudios de impacto ambiental. Es decir, si los administrados estaban cumpliendo con realizar las actividades que habían sido descritas en los estudios de impacto ambiental (aprobados), tanto en el

ámbito geográfico como en el tipo de actividades, y si es que había una trasgresión de los límites establecidos en los estudios de impacto ambiental, se imponían las sanciones. Además, se evaluaba el cumplimiento de las medidas de manejo establecidas en los estudios de impacto ambiental. Estas medidas son las de prevención, mitigación o compensación ambiental aplicables.

La fiscalización que existe hoy en el OEFA no difiere mucho de estos ámbitos que he descrito. El OEFA aún tiene un limitado desempeño en el análisis de los efectos ambientales que poseen las actividades económicas. No es posible realizar esa evaluación de estos efectos en el marco en el que está concebida la fiscalización ambiental actual.

Actualmente, la fiscalización ambiental implica una o dos visitas al año por parte del fiscalizador. Lo que se examina en cada una de ellas es, principalmente, el cumplimiento de obligaciones operativas.

Los procedimientos sancionadores están orientados a las obligaciones legales o las medidas de manejo, establecidas en los estudios de impacto ambiental (EIA). No existe aún un análisis que cuestione si la actividad económica está cumpliendo o no con los niveles de impacto ambiental planteados en dichos estudios. Cabe resaltar que, eventualmente, la autoridad ambiental transitará en esa dirección.

En ese sentido, la metodología de evaluación que se utilice para dicho análisis será importante. Antes de implementarla, la autoridad ambiental deberá definir los objetivos que va a perseguir con el uso de esa política. Asimismo, deberá decidir si la valorización de los impactos ambientales se va a utilizar para analizar el cumplimiento, en general, de los estudios de impacto ambiental o si la va a utilizar para implementar procedimientos sancionadores.

En mi opinión, es bastante costoso o aparentemente complicado incluir estas valorizaciones en procedimientos sancionadores, por lo menos en el marco de lo que ha venido haciendo la administración pública hasta el día de hoy.

Considero que para implementar estas medidas de valoración tendremos que aprender un poco más sobre cuál es su implicancia y qué es lo que la autoridad quiere lograr con la ejecución de estas medidas. En el caso de las medidas de remediación también es importante cuestionarnos estos puntos. Dichas medidas han sido limitadas a muy pocos casos de accidentes ambientales de magnitudes significativas en los que, principalmente, se le ha pedido al contaminador que él mismo presente un plan de remediación y lo financie íntegramente. Hasta el momento eso ha sido encontrado como satisfactorio.

Actualmente, yo no sabría decir cómo la autoridad podría utilizar la metodología de valoración de impactos ambientales para tomar decisiones sobre los planes que presenta un contaminador en el marco de un accidente ambiental, pero creo que eventualmente sería muy interesante.

Las medidas regulatorias que establezca el OEFA sobre la base de las metodologías de valoración de los impactos ambientales afectarán el grado de interés de los inversionistas en ciertas actividades económicas, sobre todo en el ámbito de la explotación de recursos naturales. Por esa razón, las políticas regulatorias y ambientales que se implementarán influirán directamente en el nivel de inversión.

Por lo tanto, considero que es muy importante que la autoridad evalúe cuáles van a ser los objetivos y cómo se van a ir implementando estas medidas con las que no tenemos experiencia el día de hoy y cuya implementación posee gran complejidad técnica.

CAPÍTULO 3

La reparación del
daño ambiental en la
vía administrativa

LEY DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN ESPAÑA

José Pernas García (España)

Profesor

Universidad de Coruña

La Ley Nº 26/2007 de Responsabilidad Ambiental nos introduce a un sistema bastante novedoso. Antes de tratar los aspectos más importantes de esta ley, explicaré la metodología de la aprobación de esta regulación y la creación de un sistema administrativo específico de responsabilidad ambiental.

Los daños al ambiente pueden clasificarse en diferentes tipos: los daños privados derivados de las agresiones ambientales y los daños ambientales a bienes públicos.

Los sistemas clásicos de responsabilidad han atendido, fundamentalmente, a la reparación de los daños de naturaleza privada. Esto no es suficiente para atender a la reparación plena del daño ambiental puro.

En el derecho civil, la posibilidad de exigir o reclamar la reparación de los daños de naturaleza privada es precisamente su limitación, puesto que es únicamente válida para la resolución de conflictos entre particulares. Sabemos que cuando se produce una agresión ambiental no siempre se genera un daño privado. Por ejemplo, la desaparición de una especie no genera un daño a la naturaleza privada, por lo tanto no es posible la exigencia de responsabilidad a través de la vía de la responsabilidad extracontractual.

La carencia de un enfoque preventivo de la reparación en vía civil es una de las razones que justifican la aprobación de la Ley de Responsabilidad Ambiental, que vamos a analizar en esta ponencia. La exigencia de responsabilidad civil exige la existencia de un daño privado, del que se puede derivar la eventual obligación de reparación. Sin embargo, uno de los objetivos de esta Ley de Responsabilidad Ambiental es permitir la exigencia de medidas preventivas cuando el daño aún no se ha producido, cuando existe una mera amenaza.

La vía de la exigencia de la responsabilidad civil no es adecuada para la reparación del daño ambiental puro. La jurisprudencia civil tampoco hace primar la reparación del daño sobre la indemnización de perjuicios. Con todo, existen ejemplos en algunos ámbitos, como en materia de contaminación acústica o en lo que refiere a aguas contaminadas.

En cuanto a la posible exigencia de reparación de los daños ambientales a través de la vía penal, es importante señalar que “la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, (...)” (109, CP). La responsabilidad civil se declarará por el propio Tribunal Penal, salvo que el propio perjudicado opte por “exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil” (109.2, CP). Esta responsabilidad comprende la “restitución, la reparación del daño que pueda derivarse del delito y la indemnización de perjuicios materiales y morales” (110, CP).

Los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado (339, CP). El propio Código Penal prevé, específicamente, la existencia y la posibilidad de que los jueces o tribunales ordenen la restauración del equilibrio ecológico perturbado; por consiguiente, esto permite reclamar por esta vía tanto los daños tradicionales como los daños ambientales puros. No obs-

tante, el derecho penal tiene el carácter de *ultima ratio*, lo que limita enormemente la utilización de esa vía para la reparación de daños ambientales.

Desde el derecho administrativo sancionador, múltiples normas ambientales permiten la exigencia de reparación de la situación alterada a su estado anterior, normalmente en el marco del procedimiento sancionador. Con carácter general, en nuestro derecho administrativo, la sanción administrativa lleva aparejada la obligación de reposición de la situación alterada por el autor, y para aquellos supuestos en los que la reparación no fuera posible o en los que subsistan daños o perjuicios irreparables, prevé “la indemnización de daños y perjuicios causados” (130.2, LRJAP-PAC). Esas disposiciones se reiteran y concretan en diversas normas ambientales sectoriales. La Administración apenas ha aplicado esta posibilidad. Salvo algún caso excepcional, como el de las confederaciones hidrográficas que sí suelen ejercer el sistema de responsabilidad por vertidos previsto en el Reglamento de Dominio Público Hidráulico.

Esta regulación carece, no obstante, de enfoque preventivo. La normativa sectorial solo prevé posibilidad de reparación una vez cometida la infracción y dentro del marco de un procedimiento sancionador. La exigencia de reparación en el marco del procedimiento sancionador, como una especie de sanción accesoria, implica la aplicación de las garantías de los principios del derecho administrativo sancionador.

El derecho ambiental no preveía, hasta la aprobación de la Ley de Responsabilidad Ambiental, al menos de forma generalizada, la posibilidad de tramitar de manera autónoma un procedimiento administrativo de exigencia de responsabilidad. La jurisprudencia ha contribuido a clarificar la diferencia entre potestad sancionadora y exigencia de reparación ambiental sin carácter sancionador.

La Ley de Responsabilidad Ambiental configura un procedimiento autónomo de exigencia de medidas de responsabilidad ambiental, tanto de medidas preventivas como de medidas de reparación. Por lo tanto, no es necesaria la concurrencia de una infracción administrativa para la apertura de un procedimiento sancionador para exigir en vía administrativa la reparación de daños.

La legislación ambiental carecía del enfoque preventivo que ahora aporta la Ley de Responsabilidad Ambiental, en la medida en que solo se preveía la posibilidad de la reparación en el marco de un procedimiento sancionador. La Ley de Responsabilidad Ambiental cambia esta perspectiva: permite a la Administración exigir a los operadores económicos la adopción de medidas preventivas antes de que se produzca el daño.

Por otra parte, el derecho administrativo sancionador prevé la opción de la indemnización de daños y perjuicios como alternativa en caso de daño irreversible. La nueva Ley de Responsabilidad Ambiental introduce una nueva perspectiva. En el caso de que haya recursos o servicios ambientales que no puedan ser objeto de reparación, se establecerán medidas compensatorias. Por ejemplo, la posibilidad de reparar el daño en el mismo lugar o en otro lugar mediante el establecimiento de un recurso o un servicio de naturaleza equivalente. Esto restringe la posibilidad de reparar mediante compensación económica, por lo que se debe buscar vías de reparación ambiental alternativas y equivalentes, incluso en otras localizaciones.

La posibilidad de exigir la reparación ambiental en el marco del procedimiento sancionador está afectado también por una gran dispersión normativa. Esto no facilita ni ha facilitado la aplicación de esa posibilidad, que, en la práctica, como hemos dicho, ha tenido una escasa aplicación, salvo en materia de dominio público.

Existen carencias en los medios clásicos de exigencia de responsabilidad. Plantean dificultades para la reparación autónoma y plena del daño ambiental puro. Por esta razón, en el 2004, se aprobó una directiva comunitaria que obliga a los Estados miembros de la Unión Europea a establecer un sistema administrativo de responsabilidad ambiental. La tramitación de dicha norma fue lenta. Hubo notables reticencias por parte de los Estados. Esto motivó que la directiva ofrezca un margen de aplicación importante a los Estados para establecer regulaciones diferentes. Con el tiempo, la Comisión Europea ha visto que es necesario hacer una revisión. En el 2014, se examinará la directiva, a fin de establecer pautas más estrictas e intentar corregir ciertos fallos del sistema.

Dicha regulación se ha desarrollado en España a través de la ya citada Ley 26-2007. Se ha traspuesto en nuestro ordenamiento interno y se ha completado mediante de dos normas reglamentarias.

La ley crea un sistema de responsabilidad administrativa de reparación de daños ambientales que exige a los operadores adoptar medidas para prevenir los daños ambientales cuando existe una amenaza inminente de daños y reparar los recursos para devolverlos a su estado previo cuando se ha producido el daño. Por lo tanto, no es necesario que se produzcan daños para que la Administración ambiental pueda intervenir.

La Administración declara la responsabilidad y puede exigir el cumplimiento de estas obligaciones en vía administrativa, de modo ejecutivo. La Administración no necesita acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo para obligar al operador al cumplimiento de las obligaciones de reparación del daño.

Este sistema no sirve para reparar los “daños privados”. Se configura un régimen administrativo de responsabilidad para la reparación del daño ambiental puro.

El fundamento de esta previsión normativa, la Ley 26-2007, es la Constitución española. Los poderes públicos “velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de (...) defender y restaurar el medio ambiente (...)”. Para quienes violen el derecho ambiental, “se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado” (Art. 45, CE).

Desde la perspectiva comunitaria, la base que fundamenta la directiva del año 2004 es el principio de prevención. La perspectiva preventiva y la realización efectiva del principio “quien contamina paga” son algunas de las novedades más importantes que introduce la ley. De acuerdo con este último principio, aquellos que realizan actos dañinos o que generan riesgos en un bien de naturaleza pública deben asumir los costes ambientales, sin externalizarlos a la sociedad.

En cuanto al ámbito de la aplicación, los daños ambientales son objeto de control a través de esta regulación. En la definición que se incluye en la ley de los daños ambientales, que incluye los daños a los recursos naturales con efectos adversos significativos. La posibilidad de intervención de la administración se circunscribe a aquellos casos en los que se identifica un “efecto adverso significativo”. La ley y sus normas de desarrollo ofrecen procedimientos y guías para la determinación en cada caso concreto de este concepto jurídico indeterminado. La Unión Europea no ha optado por establecer umbrales de daño para fijar su carácter significativo. Ese es uno de los problemas que, seguramente, tendrá que afrontar en el futuro y que abre las puertas a una aplicación diferente de cada uno de los Estados miembros

de la Unión Europea, lo cual genera una gran preocupación. La existencia de un derecho ambiental tan desarrollado en la Unión Europea se justifica también sobre la necesidad de preservar el mercado interior. Por ello, el amplio margen de aplicación que ofrece la directiva actual y la diversa aplicación por parte de los Estados genera un riesgo evidente de cumplimiento efectivo de los objetivos ambientales y de distorsión en la competencia.

Por otra parte, la regulación establece la posibilidad de intervención administrativa en aquellos casos en los que se produzcan amenazas inminentes de daños ambientales, es decir, la “probabilidad suficiente de que se produzcan daños medioambientales en un futuro próximo”.

¿Qué se entiende por recursos naturales? ¿Cuáles son los recursos que van a ser objeto de la protección a través de esta ley? Por una parte, tenemos a las especies silvestres y los hábitats protegidos por tratados internacionales en los que España sea parte, o por la normativa comunitaria, estatal o autonómica. La Unión Europea ofrecía un concepto de especie o hábitat bastante restringido. Nuestra regulación se ha ampliado a prácticamente cualquier especie o hábitat objeto de protección a través de las diferentes figuras normativas en los diferentes ámbitos.

Se incluye también un concepto amplio de aguas superficiales y subterráneas, un concepto que incorpora, incluso, otros elementos del dominio público hidráulico, como la posibilidad de que se pueda hacer daño a los cauces o a los lechos de los ríos. Recientemente, se ha ampliado este concepto a las aguas marítimas, mediante la aprobación de la Directiva 2013/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio del 2013, sobre la seguridad de las operaciones relativas al petróleo y al gas mar adentro, que establece medidas de protección ambiental frente a las instalaciones

petrolíferas que se desarrollan en el mar. Asimismo, nuestra ley también extiende el ámbito de aplicación de la directiva al incluir la ribera del mar y la de los ríos.

Uno de ámbitos menos regulados es el suelo. Se incluye en la Ley de Responsabilidad Ambiental, aunque los estándares ambientales y los objetivos son menos exigentes que con relación al resto de los recursos. El suelo, únicamente, se conforma con que su nivel de contaminación no represente una amenaza significativa para el ambiente.

Algunos aspectos excluidos de ley son los supuestos de fuerza mayor, el conflicto armado o la existencia de actividades de defensa nacional. También se excluye la contaminación difusa, salvo que se pueda establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos. Quedan excluidos también otros supuestos con regulaciones específicas. Por ejemplo, la contaminación por hidrocarburo derivado de buques tiene una regulación internacional propia. Los daños tradicionales se tendrán que dilucidar a través de la propia responsabilidad civil.

La ley no se aplicará a los daños medioambientales causados por una emisión, un suceso o un incidente producido antes del 30 abril del 2007. Tampoco incluye los daños medioambientales causados por una emisión, un suceso o un incidente producido después del 30 abril del 2007, cuando estos deriven de una actividad realizada y concluida con anterioridad. Finalmente, quedan excluidos los daños medioambientales transcurridos más de 30 años desde la emisión, el suceso o el incidente que lo ocasionó. La perspectiva de la ley es establecer un sistema de responsabilidad ambiental hacia futuro.

Las actividades afectadas son las económicas o profesionales. Estas incluyen todas aquellas realizadas con ocasión de

una actividad de índole económica, un negocio o una empresa, con independencia de su carácter público o privado y de que tenga o no fines lucrativos. Esto quiere decir que algunas actividades que no tengan carácter económico profesional, como las deportivas, no estarían afectadas por esta regulación. Incluso, existen otras acciones que pueden generar mayor preocupación. Por ejemplo, un incendio forestal provocado por un pirómano no entraría dentro de este ámbito, en la medida que no está vinculado con el desarrollo de una actividad económica o profesional.

La ley no excluye a las actividades de naturaleza pública. Si bien es cierto que quedarían excluidas de la posible aplicación del procedimiento sancionador que, como vemos, también prevé la regulación.

¿Cuál es el contenido de las medidas exigibles? ¿Qué medida puede exigir la Administración Pública a través de la tramitación de este procedimiento de la responsabilidad ambiental? En primer lugar, se encuentran las medidas de carácter preventivo. Son aquellas adoptadas como respuesta a un suceso, a un acto o a una omisión que haya supuesto una amenaza inminente de daño medioambiental, con objeto de impedir su producción o reducir al máximo dicho daño. En segundo lugar, están las medidas de evitación, es decir, las que serían adoptadas una vez que ese ha producido el daño que no se ha podido prevenir, por lo que se establecen para limitar o reducir los posibles daños. Finalmente, tenemos las medidas de reparación ambiental. En este caso será toda acción o conjunto de acciones, incluidas las de carácter provisional, que tenga por objeto reparar, restaurar o reemplazar los recursos naturales y servicios de recursos naturales dañados, o facilitar una alternativa equivalente. Son medidas destinadas en principio a restaurar o a reponer el daño a su estado básico y, en el que no sea posible, a compensar ese daño mediante medidas alternativas equivalentes.

La ley establece un régimen de responsabilidad diferenciada de acuerdo con el tipo de actividad. Se establece un régimen más exigente para las actividades del Anexo 3. Las grandes actividades con repercusión ambiental son afectadas por la regulación comunitaria y sometidas a exigencias y autorización de vertidos, emisiones y control de sustancias peligrosas. Asimismo, se establece un régimen abierto para otras actividades económicas, aunque estableciendo un régimen de reparación menos intenso.

Las actividades del Anexo 3 están sometidas a un régimen de responsabilidad objetiva. Los operadores deben adoptar las medidas de prevención, evitación y reparación independientemente del dolo, culpa o negligencia. La ley establece un procedimiento de exigencia de responsabilidad, no sancionador, por lo que no cabe el debate sobre la aplicación del principio de culpabilidad, que se ha planteado en el desarrollo del seminario.

No es necesario probar el dolo, culpa o negligencia para que surja el deber de reparar el daño. Basta con que la actividad “sea apropiada para causar el daño”. Es simplemente necesario demostrar que hay una relación de causalidad entre el daño y la actividad del operador.

La ley establece una presunción *iuris tantum* de causación por daño por parte de las actividades establecidas en el Anexo 3. El operador tendrá que probar que no ha generado ese daño.

La responsabilidad es limitada. El operador debe sufragar todos costes de las medidas adoptadas, cualquiera que sea la cuantía.

Las actividades no incluidas en el Anexo 3 están sometidas a un régimen menos exigente: un régimen de responsabili-

dad objetiva con relación a las medidas de prevención o de evitación. Para las medidas de reparación, se establece un sistema de responsabilidad por dolo, culpa o negligencia. Por tanto, la ley relaja la intensidad del régimen de responsabilidad al entender que son actividades de menor relevancia a efectos ambientales.

¿Quiénes son los sujetos responsables? ¿Cuáles son sus obligaciones? El operador es el concepto que usa la ley para identificar a los sujetos que están sometidos a estas exigencias de prevención o reparación. Se trata de cualquier persona física o jurídica, pública o privada que desempeñe una actividad económica o profesional, o que, en virtud de cualquier título, controle dicha actividad o tenga un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico.

Esta definición de operador no ayuda demasiado a la identificación de los sujetos que deben asumir la responsabilidad de prevención y reparación. No obstante, la ley dispone que los operadores son aquellos identificados en la legislación sectorial como los titulares de las autorizaciones de vertidos o de emisiones o de autorizaciones ambientales integradas. Esta pauta otorga más seguridad.

Los sujetos del Anexo 3, así como con el resto de sujetos que puedan crear riesgos ambientales, tienen la obligación de adoptar medidas de prevención y de evitación. Los operadores del Anexo 3 deben adoptar también las medidas de reparación. Sin embargo, los operadores de las actividades no incluidas en dicho anexo solo estarán obligados cuando concurra dolo, culpa o negligencia o cuando incumplan obligaciones de prevención y evitación de daños

La Administración dispone de una serie de potestades de intervención para exigir a los operadores económicos la adopción de medidas. Prevé la posibilidad de que la Admi-

nistración pueda dar instrucciones directas a los operadores. La Administración puede también reparar directamente el daño repercutiendo el coste *a posteriori* al sujeto que ha sido responsable de ese daño.

Los operadores que generan un daño ambiental o una amenaza de daño ambiental están obligados a pagar los costes de estas medidas. No obstante, la ley establece una serie de supuestos de inexigibilidad de los costes. Los costes de las medidas de prevención, evitación y reparación no son exigibles cuando interviene un tercero o cuando hay un cumplimiento de una orden o instrucción de la autoridad. Este permitiría al operador económico repercutir los costes a un tercero o a la Administración Pública.

Por otra parte, los costes de las medidas reparación no serán exigibles cuando no hay dolo, culpa o negligencia por parte del operador, y la emisión o hecho contaminante sea objeto expreso de autorización y se haya ajustado a su condicionado y a la demás normativa vigente en el momento de producirse el daño o consecuencia de actividad, emisión o producto no potencialmente contaminante según el estado de conocimientos. En este último caso, si el hecho dañoso es consecuencia del desconocimiento científico o no se tenía información en su momento sobre los riesgos ambientales que pudiera generar ese producto o emisión, se exime del pago de coste a los operadores.

Los supuestos de inexigibilidad comentados en el párrafo anterior pueden, incluso, poner en cuestión la afirmación de que la Ley reconozca un sistema real de responsabilidad objetiva. En el caso de que el operador tenga autorización, solo tendrá que pagar los costes cuando se acredite su responsabilidad en términos subjetivos, es decir, que se compruebe su culpa o dolo. Hay que tener en cuenta que la mayoría de las actividades sometidas a este régimen están

contenidas en la autorización ambiental, lo que implica que, en la mayoría de los casos, el pago del coste de las medidas de reparación por el operador vendrá determinado por la concurrencia de dolo o culpa.

¿Cuál es la consecuencia de que concurran estas causas de inexigibilidad? El operador tiene la obligación de adoptar las medidas de prevención, evitación o reparación, pero no tiene la obligación de pagar, por lo que el operador puede repercutir el coste en la Administración o en un tercero. No se prevén supuestos de exoneración de la responsabilidad. El operador está obligado a adoptar las medidas y, en aquellos casos en los que concurran algunas situaciones de las planteadas, el operador podrá exigir o reclamar el pago de los costes de esas medidas de prevención y de la reparación a un tercero. No son supuestos de exoneración de responsabilidad, sino que habilitan al operador a repercutir los costes en otros sujetos. El operador que ha adoptado las medidas puede repetir contra terceros, administraciones públicas, fabricantes, etc.

¿Qué medidas de reparación pueden ser exigibles? El Anexo 2 establece un marco común que habrá de seguirse a fin de elegir las medidas más adecuadas para garantizar la reparación del daño medioambiental. Las normas del Anexo II resultan aplicables “en la determinación de la obligación de reparación de daños ambientales, con independencia de que tal obligación se exija en un proceso judicial civil, penal o contencioso-administrativo o en un procedimiento administrativo”. En las leyes administrativas medioambientales aprobadas con posterioridad a la LMA, ya se incluye una cláusula expresa de remisión al sistema de esta Ley.

En cuanto a la reparación de daños a las aguas, especies silvestres, hábitat, ribera del mar y de las rías, el objetivo es la restitución plena, es decir, se debe de volver al estado bá-

sico. Ello hace preciso determinar dicho estado, la situación que existía antes de que se produjera el hecho dañoso. Esto obliga a labores de determinación técnica muy complejas.

¿Cuáles son los diferentes tipos de medidas que se pueden exigir en términos de reparación? La reparación primaria implica la de restitución de los recursos naturales o servicios de estos recursos a su estado básico. La reparación complementaria implica que no se ha podido reparar plenamente ese bien. Está destinada a compensar la no restitución plena por la reparación primaria. No consiste en una compensación financiera al público.

Las leyes ambientales prevén, como hemos señalado, la posibilidad de que la reparación ambiental sea exigida en el marco del procedimiento sancionador. En los casos de daños irreversibles se preveía la posibilidad de sustituirlo por una indemnización de daños y perjuicios. Como vemos la Ley prohíbe expresamente esta opción. No es posible establecer formas de compensación de naturaleza económica.

Finalmente, la reparación compensatoria está destinada a compensar las pérdidas provisionales de recursos naturales o servicios que prestan estos, antes de que se proceda de la reparación definitiva. Por ejemplo, se genera un vertido a las aguas continentales, esto impide la utilización de esas aguas para riego. Una medida compensatoria, provisional y temporal, podría ser exigir a los operadores que suministren agua a través de camiones cisternas a los agricultores de la zona.

Por otra parte, la determinación de las medidas de reparación en materia de suelos se realizará a través de la legislación sectorial específica. Tenemos una regulación estatal y regional propia en esa materia que ya establece los procedimientos concretos para determinar la reparación de los suelos contaminados.

El derecho comunitario deja margen para los diferentes modelos normativos en materia de responsabilidad ambiental y la Comisión Europea es consciente de ello. La directiva deja en manos de los Estados, por ejemplo, la posibilidad de exigir a los operadores garantías financieras frente a los eventuales daños que puedan generar. Un sistema de responsabilidad objetiva, para que sea pleno, ante los riesgos de insolvencia de los operadores, debe ir acompañado por la exigencia de garantías financieras obligatorias, como los seguros de responsabilidad ambiental. Con todo, la directiva estableció una mera posibilidad de que los Estados pudieran exigir seguros obligatorios frente a estos daños ambientales. Ello se debió a la resistencia de algunos Estados, las incertidumbres que ha generado esta medida en el sector de los seguros y la complejidad que plantea.

España ha sido más ambiciosa. Es cierto que ha habido muy pocos países que han optado por establecer garantías financieras obligatorias, entre ellos, España, Portugal y Grecia. La mayoría de los Estados ha optado por la voluntariedad. Establecen medidas de incentivo para que los operadores firmen pólizas de seguro, avales u otros medios de garantía financiera, pero nunca exigiéndolos. En el caso de España, se ha optado por exigir garantías a los operadores, pero no funciona por el momento.

La mayoría de los Estados han desarrollado, como decía, esta opción de modo voluntario. Los que han optado por establecerla de forma obligatoria se han propuesto, en los últimos años, desarrollar la normativa sobre esta cuestión y reunirse con el sector del seguro, ya que de nada sirve establecer garantías obligatorias si el mercado de seguros no ofrece productos que cubran estos riesgos ambientales.

Por el momento, en España no es aún exigible la garantía financiera hasta que se desarrollen las correspondientes

normas reglamentarias. Se prevé una aproximación gradual, exigiendo primero las garantías financieras a las actividades más peligrosas y de forma progresiva al resto en un plazo de unos siete años.

Por el momento, estamos pendientes de que se aprueben estas normas reglamentarias y, seguramente, a finales de este año o a principios del que viene, tendremos la reglamentación que establezca la obligación de disponer de estas garantías financieras para un grupo reducido de actividades.

¿Cómo se determinan estas garantías financieras? Definitivamente, el seguro (aunque la ley prevé varias posibilidades) es el que va a tener el mayor protagonismo. Ha sido la principal opción entre los países miembros de la Unión Europea.

La cantidad garantizada se determinará en función del daño potencial sobre el medio ambiente de la actividad. Para ello, tendrán que realizarse los correspondientes análisis de riesgos (Norma UNE 150.008 y Real Decreto 2090/2008) para identificar los posibles escenarios ambientales que se puedan generar en el desarrollo de esta actividad y determinar el valor económico de sus potenciales riesgos.

El Ministerio de Medio Ambiente español ha hecho un esfuerzo por identificar una metodología de análisis de riesgo para facilitar a los operadores la labor de determinar cuándo están obligados a disponer de garantía. Ha establecido una metodología de análisis de riesgo a través de una aplicación informática *online* y gratuita: MORA. Esta plataforma permite, desde hace muy pocos meses, que los operadores económicos sepan si son sujetos afectados por esta obligación, cuál es la cuantía del daño potencial de sus actividades y el volumen de la garantía financiera que deben asumir.

La Ley de Responsabilidad Ambiental va a ser objeto de modificación, así como están siendo objeto de modificación otras normas ambientales con la perspectiva de facilitar la reactivación de la actividad económica. Será modificada, en este sentido, a fin de reducir la exigencia de esta obligación de garantía financiera. Hasta el momento la obligación de garantía financiera, tal como está configurada actualmente en la ley, afectaba a 314 mil actividades, con esta modificación solo serán alrededor de 8 mil actividades. Por otra parte, la modificación prevista prevé la simplificación de trámites administrativos y los cálculos técnicos para el análisis de riesgos y para la constitución de la garantía financiera.

La ley establece actualmente una serie de disposiciones destinadas a garantizar la independencia y objetividad de este análisis de riesgo. Los verificadores externos acreditan los resultados del análisis de los operadores económicos. No obstante, la modificación prevista se dirige a eliminar los verificadores. Los operadores económicos solo tendrán la obligación de comunicar a la Administración que han realizado un análisis y a declarar que el análisis se adecua a la legislación vigente y cumple con los estándares de la Ley.

Finalmente, me gustaría destacar, que la Ley de Responsabilidad Ambiental introduce un procedimiento autónomo de exigencia de responsabilidad ambiental desvinculado de un procedimiento sancionador. Esta es una de las novedades fundamentales de esta regulación. Hasta el momento las normas sectoriales ambientales solo preveían la exigencia de responsabilidad ambiental en el marco de un procedimiento sancionador.

COMENTARIO

Delia Morales Cuti (Perú)

Directora de Supervisión

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

Por regla general, la aplicación de una sanción administrativa tiene por finalidad desincentivar al infractor castigándolo para prevenir una nueva acción similar en el futuro, lo que se denomina prevención especial. Al mismo tiempo, constituye una medida preventiva general, en tanto alerta a los demás sujetos sobre los efectos que tendría el incumplimiento de sus obligaciones legales. El procedimiento sancionador ambiental actúa, entonces, como un mecanismo de prevención individual, pero también general, que debe estar orientado a la protección del ambiente.

No obstante, el sistema de fiscalización ambiental prevé medidas accesorias a la sanción administrativa que van más allá de la finalidad punitiva, tales como las medidas correctivas¹. Estas pueden estar orientadas a la adecuación, paralización, restauración o compensación ambiental, y se dictan en el marco de un procedimiento administrativo sancionador con el objeto de 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 (por influjo de daños ambientales). Con esta lógica, queda claro que la finalidad última del sistema de fiscalización ambiental

1 Las medidas correctivas existen desde la Ley General del Ambiente y, posteriormente, el Artículo 22° de la Ley del Sistema Nacional de Fiscalización Ambiental establece que el OEFA podrá ordenar tales medidas. En marzo del 2013, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD, el OEFA aprobó los Lineamientos para la aplicación de medidas correctivas de restauración ambiental, que se utilizan en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores de su competencia.

es la protección del medio ambiente y, por ende, garantizar la restitución de los ecosistemas afectados.

Evolución del sistema de fiscalización ambiental

En el país, se distinguen diferentes etapas en materia de fiscalización ambiental. La primera, de corte punitivo, se centraba en el enfoque de la responsabilidad bajo multas tasadas, que priorizaba la evaluación de los compromisos incumplidos. Las medidas correctivas de adecuación estaban asociadas a este tipo de infracciones y sanciones; es decir, el OEFA sancionaba e, inmediatamente, dictaba una medida correctiva orientada a que se cumpla la obligación. En esta etapa no se abría el espectro para ver temas de impactos negativos y avanzar hacia un procedimiento de medidas de restauración. Este salto, hoy, representa un gran reto y la razón de ser del sistema de fiscalización.

El doctor Pernas mencionaba todo el trabajo que se ha tenido que hacer en España durante cinco años para acumular información y comenzar a prepararse para la aplicación de nuevos parámetros, entendiendo la fiscalización ambiental como una función pública de orden técnico. Y ese es el enfoque que queremos adoptar en el OEFA.

Bajo esa premisa, en los últimos meses, el OEFA viene trabajando arduamente en reformular el esquema de fiscalización para establecer, de manera detallada, reglas y metodologías orientadas a la determinación y graduación de sanciones, incorporando para ello el factor técnico.

El tema ahora es mucho más delicado y complejo porque ya no estamos hablando de la mera verificación del incumplimiento de compromisos u obligaciones, sino de mediciones y evaluaciones técnicas que permitirían revelar, incluso, los efectos acumulativos de los impactos negativos generados por las

actividades fiscalizadas. Estos impactos no se identifican con una sola medición o acercamiento al desempeño de una empresa. Sin embargo, la sociedad civil muchas veces percibe temas de impactos negativos y los asocia inmediatamente a los operadores que están dentro de la zona sin acreditar un nexo causal. Debemos cambiar esto. Por ello, al momento de dictar las medidas correctivas de restauración, resulta imprescindible la determinación de la responsabilidad sobre la base de una investigación técnica mayor que excede el marco de un procedimiento sobre la base del criterio de la “causa más probable”.

A manera de ejemplo, podríamos proponer, como medida de restauración, que se devuelva la funcionalidad a una laguna y con ello evaluar los servicios ambientales que esta dotaba a la población dentro del área de influencia de operaciones de una unidad. Eso, a veces, es difícil porque no necesariamente hay información o registros que permitan establecer una línea base comparativa. En estos casos, el trabajo técnico y las medidas correctivas pueden ir de la mano, considerando, además, un acercamiento a las comunidades para garantizar que esas medidas no sean ajustadas solo técnicamente, sino que satisfagan los servicios ambientales presuntamente afectados.

El tema de las medidas correctivas de restauración nos abre todo un panorama en tanto ubica a la fiscalización ambiental como una función de orden técnico. Trabajar con este enfoque representa un gran reto y, como ya he señalado, existen diferentes enfoques.

Fue muy interesante cuando el doctor Pernas comentó cómo a veces el tema de reparación puede garantizar la protección última del ambiente. En esa línea, debo precisar que el modelo de fiscalización ambiental peruano también persigue el mismo fin. De ahí que distingamos, por un lado, la sanción administrativa y, por otro, la medida correctiva. En este punto debe haber un trabajo minucioso.

El enfoque de la fiscalización que promueve el OEFA está orientado a lograr ese objetivo. Existen muchas manifestaciones de ello. Por ejemplo, actualmente, estamos abordando el concepto de “riesgos de menor trascendencia” con una orientación a la subsanación voluntaria de incumplimientos menores, en la que no se verifican mayores impactos; y otro orientado a la focalización en las situaciones que sí reúnen visos de impactos ambientales mayores, ya sean daños ecológicos puros o daños generados por influjo ambiental.

En general, la aplicación de medidas correctivas de restauración coloca y devuelve al sistema de fiscalización ambiental el norte que debe tener. El OEFA se encuentra trabajando en esa línea, ya que hubo toda una primera etapa de organización en la que se fijaron reglas claras para la aplicación de principios de razonabilidad. Asimismo, existe una misión y orientación para propiciar la reparación y restauración de los ecosistemas. Lo que buscamos es que las empresas supervisadas puedan desarrollar directamente sus actividades en armonía con el ambiente.

Finalmente, debo resaltar que las medidas correctivas no son las únicas herramientas que tiene el OEFA. El profesor Pernas mencionó algunos casos en los que se aplicaron medidas diferentes, pero con una finalidad preventiva. De la misma forma, el OEFA dicta medidas cuyo alcance va más allá de las correctivas, orientadas a asegurar una protección eficaz del medio ambiente. Por ejemplo, las medidas preventivas son medidas administrativas fuera del marco de un procedimiento administrativo sancionador que se pueden dictar durante una supervisión directa cuando se verifica un daño o cuando existe un riesgo muy alto de impacto al ambiente. Ello al margen del tema de las obligaciones o responsabilidades de la empresa.

COMENTARIO

Milagros Verástegui Salazar (Perú)

Exdirectora de Evaluación

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

Nosotros, desde la Dirección de Evaluación, nos encontramos frente a dos temas muy importantes: el primero de ellos es el conceptual. Los sistemas ecológicos son complejos, por lo tanto, tienen un gran componente aleatorio: muchas formas de reaccionar. En ese sentido, no podemos tener la certeza de que, luego de la implementación de una medida, se llegue al objetivo deseado. Trabajamos en base a un aproximado de los resultados pasados.

El segundo tema es el de la disponibilidad de la información. Una referencia importante es un estudio aplicado a toda la región de América Latina, que mostraba –respecto de los estudios de impacto ambiental– que se cuenta con una limitada información de investigaciones de línea base. Lo único que se tenía, aunque limitadamente, era lo relacionado con calidad de agua y calidad de aire, limitado en el componente suelo y casi inexistente en lo relativo a la flora y fauna.

En este contexto, es válido plantearse la siguiente pregunta: con la información disponible, ¿cómo vamos a saber a dónde queremos llegar con la aplicación de una medida correctiva, sea esta de restauración o de compensación?

Responder a la pregunta anterior es un gran reto para la Dirección de Evaluación, pero un reto aún mayor es tener que tomar decisiones, plantear una política adecuada, dictar medidas que cumplan con el objetivo deseado.

Ahora bien, aun teniendo la información de línea base adecuada, surge otro inconveniente, las limitaciones en el tema regulatorio. Si bien es cierto hemos aprobado los lineamientos para la aplicación de medidas correctivas, igual tendremos escenarios en los que vamos a necesitar de información no disponible.

Hasta el momento hemos conseguido la información e impuesto las medidas correctivas correspondientes. Ahora, lo siguiente es establecer los indicadores que nos permitan medir cuáles son los impactos positivos en el ambiente producto de la aplicación de las medidas dictadas.

Este es otro asunto complicado porque, por ejemplo, a veces la variación de un parámetro químico en el agua no necesariamente muestra las pequeñas variaciones que se podría disponer a través de un indicador biológico que te permita medir exactamente cuál es el punto o el componente ambiental más afectado, o determinar cuál es la especie que te permite medir de manera más clara cómo se está mejorando la calidad ambiental por la implementación de medidas.

Ahora bien, sobre la exposición del doctor Pernas, al inicio me causó cierta extrañeza cuando habló del tema de las transferencias y las responsabilidades, pero después entendí que solamente era para el caso de terceros.

Analizando un poco la exposición sobre las medidas establecidas en el Anexo 2, tenemos las que mencionó el doctor Pernas: medidas de reparación primaria, medidas complementarias y medidas compensatorias.

Haciendo una analogía con el caso peruano, nosotros entenderíamos como medidas de reparación primaria aquellas medidas de largo plazo. Estas serían los planes de implementación de descontaminación de largo plazo, que no se

dan en cinco ni en diez años, sino en un periodo aún más prolongado.

Respecto a las medidas compensatorias, estas serían las medidas inmediatas. Las acciones que se realizan frente a una situación de riesgo. Con esta lógica, hay ciertas similitudes entre los instrumentos que se aplican en España y los que aplicamos aquí en Perú.

Para finalizar, estimar el tema de la garantía fue un tema que costó mucha discusión en Perú. Cuando se hizo el reglamento de transporte de material y residuos peligrosos, se dijo: “Si establecemos garantías, ¿cuáles van a ser, cómo se van a calcular?”. Nos dimos cuenta de que había mucha discrecionalidad, pues existen demasiadas variables a considerar, desde el tipo de sustancia o material, la magnitud del material a ser transportado, el lugar donde ocurriría el derrame, la magnitud del derrame, los impactos potenciales y los costos de recuperación, en fin una extensa variedad de posibles escenarios.

Al final, cuando nos reunimos el comité que elaboró la propuesta con algunos representantes de empresas aseguradoras y de la Superintendencia de Banca y Seguros, era muy difícil disponer de una propuesta porque era muy difícil cada caso en particular. Entonces, la decisión que se tomó fue –como en otros países– por un monto fijo, porque al tener muchos criterios discrecionales, manejarlo era muy difícil para el tema del aseguramiento.

Respecto a las garantías ambientales, en el Perú estas existen desde la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente. Ya hay muchos sectores que las han implementado y otros que las tienen enunciadas en sus reglamentos de protección ambiental.

COMENTARIO

Sheila Zacarías Ríos (Perú)

Especialista ambiental

Dirección de Supervisión del OEFA

A continuación, presentaré conceptos vinculados a la restauración ambiental, para lo cual emplearé, básicamente, tres principios: el precautorio, la resiliencia y la restauración.

En primer lugar, el principio precautorio, al no poder determinar lo que sucederá en el futuro, exige que se implementen medidas correctivas. Para el Estado peruano, los administrados elaboran documentos de compromisos, pero jamás se realiza una proyección adecuada de los impactos ambientales potenciales que pudieran ocurrir; sin embargo, dichos documentos contienen fichas en las que se menciona la siguiente condición: si se genera un daño, se implementarán las medidas correctivas correspondientes.

En el caso, por ejemplo, de la instalación de una estructura en el medio marino costero, siempre se incurrirá en la modificación de un ambiente natural. Al irrumpirlo, se genera el desplazamiento de corrientes, modificaciones en la calidad del agua y transporte de sedimentos, entre otros. Como vemos, en los casos de instalación de muelles, no necesariamente se puede prevenir lo que acontecerá a largo plazo (ya que, en paralelo a la modificación del medio marino, existen condiciones propias del medio marino y de la zona litoral) y, por ello, a pesar de no contar con evidencia científica como dice el principio precautorio, se debe recurrir a la implementación de medidas correctivas.

En segundo lugar, en cuanto al principio de resiliencia, muchos hablan de recuperar un ecosistema y devolverle su condición inicial, pero eso es imposible, pues, como todo ambiente natural, tiene un continuo cambio. Por ejemplo, un lago, luego, será laguna y, finalmente, pantano, ello como una condición de maduración del ecosistema. Así, aunque hagamos los mayores esfuerzos, nunca vamos a lograr reponer o recrear la condición “original” de este medio de vida.

En tercer lugar, en cuanto al principio de restauración de la diversidad biológica, es común que los administrados o quienes elaboran los instrumentos ambientales no tengan claro a qué hace referencia esta terminología. Así por ejemplo, como medida de restauración, se siembran árboles cerca de las instalaciones, los cuales no corresponden a especies nativas; o se cultivan peces en pozas al costado de un río, las cuales desaparecerán con el tiempo, a causa de la variabilidad del régimen hidrográfico, etc. Frente a esta situación, cabe preguntarse si se están aplicando medidas reales de restauración. La respuesta es que la restauración de la diversidad biológica consiste en la recuperación de la estructura y funcionalidad de un área destinada a fines de conservación.

En cuanto al planeamiento de la restauración, debemos determinar cuál es el objetivo de la misma: recuperar un ecosistema, tener mayor diversidad, o simplemente recuperar los servicios que antes brindaba un ecosistema. A continuación, es importante identificar cuáles y cuántas variables limitantes se tienen; por ejemplo, cómo cambia el medio, cuáles son las condiciones de las diferentes especies que existen en el Perú, etc. Una variable limitante de importancia son los cambios locales, globales y regionales, debido a que es posible que con mucho esfuerzo se recupere una zona deforestada, pero quizás acontezca el fenómeno de El Niño y origine la pérdida de este medio.

Después de haber determinado cuáles son las variables y su importancia para la restauración, debo priorizarlas y evaluar cuáles pueden ser abordadas en simultáneo. Y, finalmente, lo más relevante en este proceso es determinar qué acciones requieren del menor costo-beneficio, ya que estamos buscando recuperar un medio.

A continuación, debemos analizar qué tanto se alterará el medio y determinar la posibilidad de restaurar las condiciones físicas previas. Para ello, debo contar con una línea de base para saber qué existía inicialmente en el medio y cuáles serían las condiciones originales a restaurar.

Si se da el caso de que el administrado implementó todo lo dicho anteriormente, al término de su plan de restauración, debe prever el estudio de la existencia de nuevas limitaciones que pueden haber aparecido durante el proceso. Ello lo ayudará a determinar si los posibles cambios y nuevos hallazgos se deben o no a causas externas o a la responsabilidad del administrado.

En lo que respecta a las medidas correctivas, quiero añadir que el 16 de marzo del 2012 se culminó la transferencia de las competencias ambientales del sector pesquería por parte de Produce (Ministerio de la Producción), sobre los diferentes establecimientos industriales pesqueros y establecimientos acuícolas de mayor escala. En dicha oportunidad, asumimos una matriz en la que se incluían las diferentes “medidas correctivas” que determinó Produce para los administrados infractores, pero en la misma no se discernía entre medidas correctivas y cautelares, todas aparecen en una tabla bajo un mismo rótulo. Así, mientras que el Ministerio de la Producción les exigía a los administrados que subsanen los efectos nocivos, nosotros, como OEFA, les solicitamos la descontaminación del área afectada hasta que se recuperen los niveles normales en dicho ecosistema. De no

cumplir esto, haríamos uso del derecho administrativo sancionador y podríamos incurrir en el cierre temporal de los centros de operaciones hasta que cumplan con los compromisos ambientales asumidos y/o superen los límites máximos permisibles (LMP), en lugar de aplicar la suspensión de licencia como lo hacía Produce.

En el caso de la suspensión de licencias, el OEFA no es el órgano competente para aprobar los estudios de impacto ambiental, por lo que cumple con reportar a los mismos administrados todas las recomendaciones necesarias que permitan subsanar los hallazgos de menor trascendencia y, de corresponder el caso, informa a Produce.

COMENTARIO

Beatriz Merino Lucero (Perú)

Presidenta

Sociedad Peruana de Hidrocarburos

El Numeral 22 del Artículo 2º de la Constitución reconoce el derecho de todo ciudadano a un ambiente tranquilo, equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida. Por eso, el Estado ejecuta políticas públicas orientadas a la remediación de los impactos ambientales negativos.

No cabe duda de la importancia y responsabilidad que los actores involucrados tienen en este tipo de actividades económicas. Por otro lado, si bien la obligación corresponde principalmente al Estado, este tiene y debe traspasar el costo de las empresas a las empresas cuando son las que han ocasionado el daño.

Cuando no es posible identificar a los responsables de los pasivos ambientales, el legislador ha previsto que el Estado asuma progresivamente la remediación. Desde ese punto de vista, el concepto de remediación ambiental alude al conjunto de acciones planificadas, orientadas a mejorar las condiciones del sistema degradado e incrementar su calidad ambiental, con la finalidad de revertir las condiciones adversas en los ecosistemas; estas se pueden orientar a recuperar las condiciones de origen, mitigar, compensar las difusiones ambientales y mejorar las condiciones de afectación o incrementar la capacidad productiva.

Los principios que acompañan este deber jurídico son dos: internalización de costos y responsabilidad ambiental. El profesor nos ha hablado de estos principios en la legislación

española, y en la nuestra está, en el Artículo 8º del título preliminar, el de responsabilidad ambiental: toda persona natural o jurídica tiene que asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente. El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación, etcétera, deben ser asumidos, entonces, por los causantes de dichos impactos.

Por otra parte, el principio de responsabilidad ambiental está en Artículo 9º del título preliminar, también de nuestras leyes de ambiente, y, en este caso, el causante de la degradación de sus componentes –sea persona natural, jurídica, pública, privada– está obligado inexcusablemente a adoptar las medidas de restauración, rehabilitación o reparación. Cuando no es posible compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicios de otras responsabilidades administrativas, está obligado a adoptar las medidas civiles o penales a las que hubiere lugar.

Me parece oportuno señalar que la legislación peruana ha previsto la necesidad de corregir prioritariamente los pasivos ambientales que provienen de determinadas actividades. Por ejemplo, la minería ilegal, que es probablemente la actividad más contaminante en este momento en nuestro país por el uso indiscriminado del mercurio, ha convertido inmensas áreas de nuestra Amazonía en desiertos que no podrán ser reforestados en decenas de años y que producen –como ustedes saben– impactos muy negativos en la salud de nuestra población por envenenamiento con mercurio, ya que contaminan el agua y el suelo.

El profesor Pernas nos ha hablado de la Ley de Responsabilidad Ambiental en España y de la definición del daño ambiental. Yo diría que una tarea pendiente en nuestro país es establecer claramente la definición de daño ambiental de acuerdo con la normativa peruana, porque, a pesar de que

existen diversas normas sobre descargas de contaminantes – que se establecen a través de límites máximos permisibles–, no necesariamente implica que en la práctica se consideren como contaminantes y a veces como actividades de daño ambiental.

Resulta fundamental que nuestras normas establezcan claramente qué es considerado como daño ambiental. De esa manera, se va a garantizar el desarrollo sostenible del medio ambiente y proteger estos principios fundamentales –sobre todo la seguridad jurídica–, y generar algo que es muy importante en general para la inversión, para las empresas y para todos los actores: la predictibilidad.

Otro punto importante es fomentar la existencia de empresas expertas e independientes que se encarguen de remediar los problemas del ambiente, lo cual representa una oportunidad para el cuidado del medio ambiente y también para la protección de nuestras poblaciones indígenas. Para esto, es vital que las normas permitan su desarrollo y la fiscalización de estas actividades a empresas que pudieran ser expertas e independientes y que apoyen en el tema de remediación.

Finalmente, quería recalcar que me parece importante fortalecer de todas las formas posibles, con recursos y capacidades, a las instituciones del Estado que son vitales para esta labor. Ciertamente el OEFA, Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, tiene la enorme responsabilidad de establecer las medidas correctivas en materia ambiental y estoy segura de que, con el equipo profesional que tiene, lo ha venido demostrando.

COMENTARIO

Alberto Varillas Cueto (Perú)

Socio

García Sayán Abogados

Las medidas correctivas que existen en el Perú incluyen las medidas restauradoras, las cuales contienen a las medidas de reparación, rehabilitación y reconstrucción, así como, eventualmente, la de compensación cuando ninguna de las anteriores es posible. Con ello, podemos decir que el marco legal en nuestro país no está tan desfasado en este aspecto en particular. Ello, pese a la juventud de la norma y pese a que el derecho ambiental en el Perú se sigue desarrollando, aun cuando el Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales, Decreto Legislativo N° 613, hubiera cumplido 24 años si es que no se hubiese derogado.

Tenemos también previstas en la legislación peruana las medidas preventivas, las cuales se implementan mediante las medidas cautelares que la legislación permite que se dicten antes, durante o después de un procedimiento administrativo sancionador; es decir, no hay que esperar que se produzca una situación determinada para que la autoridad pueda adoptar una medida de este tipo con la finalidad de evitar el daño y asegurar la eficacia de la medida que finalmente tenga que dictarse. Una medida cautelar puede, posteriormente y en función al resultado del procedimiento administrativo sancionador, convertirse en una medida correctiva de carácter definitivo, pero es también una figura que tenemos prevista, aunque no se haya aplicado aún, y que tendrá que ir desarrollándose con el tiempo.

Refiriéndonos al tema de las medidas de restauración (reparación, rehabilitación y reconstrucción que, de alguna

manera, están previstas dentro del estudio de impacto ambiental, o del instrumento de gestión ambiental, para usar el término genérico, al cual se sujeta la actividad generadora del daño), estas podrían implementarse con rapidez y sin mayor inconveniente llegado el caso, porque ya están consideradas dentro del instrumento de gestión ambiental que ha sido aprobado. Pero, si nos ponemos a pensar en un daño de cierto nivel, en el que la medida de restauración puede convertirse en una actividad en sí misma, —por ejemplo, la instalación de una planta que tenga que tratar los efluentes antes de poderlos emitir—, es probable que dicha planta requiera, a su vez, de un instrumento de gestión ambiental. Por ello, las normas señalan que, cuando el OEFA imponga la sanción y disponga cuál es la medida de restauración que debe implementarse, esta debe ejecutarse luego de obtener el instrumento de gestión ambiental correspondiente.

En este último punto se detecta un problema, porque si esa medida de restauración va a requerir un instrumento de gestión ambiental, este, a su vez, va a requerir pasar por un procedimiento de aprobación siempre que, como decía, no esté incluido dentro del EIA o el instrumento que se aplique en ese momento. Ahí cabe preguntarse si es que ese instrumento de gestión ambiental debería estar sujeto al procedimiento regular de aprobación de los instrumentos de gestión ambiental. Por ejemplo, si esta planta que se tiene que instalar requiere un acto administrativo y la planta tendría que instalarse en una zona en la cual hay poblaciones nativas, ¿tendría que pasar por consulta previa? Si logramos pasar la consulta previa, habrá que elaborar los términos de referencia, luego cumplir con los talleres de participación ciudadana para, así, elaborar el documento final y, de allí, presentarlo al ministerio correspondiente para su aprobación y, finalmente, proceder con su aplicación.

Con todo lo narrado, se consume una buena cantidad de tiempo y la naturaleza sigue ahí, deteriorándose más, por mucho que pueda haberse suspendido o cortado la actividad que estaba generando la contaminación.

Entonces, quizá valdría la pena, con la finalidad de seguir mejorando la legislación nacional, tener un mecanismo distinto de aprobación de esos instrumentos de gestión ambiental; quizás crear uno nuevo. Así como existe el Plan de Abandono de las actividades –el cual se presenta al Ministerio de Energía y Minas con una garantía bancaria, que en el caso de hidrocarburos es del 30% del presupuesto, y esa garantía no se libera en tanto no se ejecute el plan, OEFA no fiscaliza y la Dirección General de Asuntos Ambientales del Ministerio de Energía y Minas no aprueba la fiscalización recibida de OEFA–, quizá valdría la pena pensar en que, en estos casos, cuando se aplique esta medida, como el propósito principal no solo es sancionar económicamente al infractor sino, además, recuperar de alguna manera el ambiente afectado, se pudiera tener un esquema distinto de aprobación del instrumento de gestión ambiental. Quizás se debería crear un nuevo instrumento de gestión ambiental para ese caso en particular. Por lo demás, me parece que la legislación ambiental peruana, en esta materia, está muy bien organizada y va por buen camino.

Director de la obra

Hugo Gómez Apac (Perú)

Abogado. Presidente del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, vicepresidente de la Comisión de Protección al Consumidor 1 del Indecopi, segundo magistrado suplente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, profesor del curso de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, del curso de Derecho Administrativo II en la Universidad ESAN y del curso Organización del Estado y Derecho Público Administrativo en la Maestría en Gestión Pública de la Universidad del Pacífico.

En el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ha sido director nacional de Asuntos Jurídicos. En el Indecopi, ha sido secretario técnico de la Comisión de Libre Competencia y de la Sala de Defensa de la Competencia.

Ponentes internacionales

Fernando Carriazo Osorio (Colombia)

Profesor de Econometría y Microeconomía en la Facultad de Economía de la Universidad de Los Andes, donde también desarrolla investigación en temas de Economía de Medio Ambiente y de los Recursos Naturales, Economía Urbana y Regional con el Centro de Estudios para el Desarrollo Económico (CEDE). Trabajó como economista-investigador en el Economic Research Service (ERS) del Departamento de Agricultura de Estados Unidos. Sus áreas actuales de interés incluyen el análisis económico de cam-

bios en el uso del suelo, la econometría espacial aplicada a la valoración ambiental, y la economía de las externalidades espaciales.

Carolina Montes Cortés (Colombia)

Abogada por la Universidad Externado de Colombia, y especialista en derecho del medio ambiente con estudios de doctorado en Derecho de dicha universidad. Investigadora, docente y autora de numerosos escritos en materia ambiental. Asesora del Ministerio del Medio Ambiente de Colombia, asesora legal de la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) (2011-2012) y consultora legal externa de la GTZ. Asimismo, apoyó en la elaboración del Perfil Nacional de Sustancias Químicas para Colombia.

José Pernas García (España)

Experto en derecho administrativo, concretamente en derecho ambiental y contratación pública. Actualmente, dirige el proyecto “Mercado interior, libertades económicas y medio ambiente” (DER2011-28994), del Subprograma de proyectos de investigación fundamental no orientada (Convocatoria 2011) del Ministerio de Ciencia e Innovación. Forma parte del Observatorio de Políticas Ambientales. Es director académico de la revista “Actualidad Jurídica Ambiental” y colabora con la “Revista Catalana de Dret Ambiental”.

Íñigo Sanz Rubiales (España)

Catedrático de Derecho Administrativo y vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, y profesor de derecho ambiental en otras universidades españolas. Autor y director de varios libros sobre derecho ambiental y de numerosos artículos en revistas especializadas.

Dirige un grupo de investigación sobre el mercado de derechos de emisión. Es miembro del Consejo de Redacción de varias revistas de derecho.

Panelistas

Martha Aldana Durán (Perú)

Abogada por la Universidad de Lima. Es la 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. Obtuvo el premio a la alumna más destacada de su promoción (“Outstanding Student Award”). También cuenta con una Diplomatura en Derecho de la Energía por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y en Gestión Pública y Ambiente por 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 las 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.

Mauricio Cuadra Moreno (Perú)

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 del Perú y el extranjero. Becario Erasmus Mundus de la Unión Europea, entre otros reconocimientos académicos. Actualmente, cursa la Maestría

en Gestión Pública en la Universidad 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 (Perú)

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Negocios Internacionales y Derecho Económico por la Georgetown University, Washington D.C. Becaria Fulbright y de la International Society Keywomen Educators (DKG). Cuenta con un posgrado por la Universidad de Salamanca, España, y la Universidad 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.

Mario Huapaya Nava (Perú)

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 máster 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). Fue jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica del mismo organismo. Asimismo, ha sido profesor adjunto y

asistente de cátedra del 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.

Luis Felipe Huertas del Pino Caveró (Perú)

Abogado por la Universidad de Lima y magíster en Leyes por el Centro de Derecho y Política Energética, Petrolera y Minera de la Universidad de Dundee. Se especializa en recursos naturales, minería, agua, medio ambiente y derecho administrativo y lidera el Área de Medio Ambiente de Osterling Abogados, tanto en Lima como en las sedes de Cajamarca y Cusco. Asesora legalmente a empresas mineras, el desarrollo de proyectos, así como aspectos diversos de cumplimiento legal en asuntos medioambientales. Es especialista en asesoría de proyectos de reducción de emisiones por deforestación y degradación de los bosques (REDD).

Gabriela López Medrano (Perú)

Economista por la Pontificia Universidad Católica del Perú y máster por la Barcelona Graduate School of Economics. Es profesora del curso de Organización Industrial Aplicada en la Universidad de San Martín de Porres y subdirectora de Sanción e Incentivos de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

Beatriz Merino Lucero (Perú)

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, magíster en Derecho por la Universidad de Harvard, con estudios de posgrado en Tributación y Economía en la

London School of Economics. Ha participado en la gestión de instituciones del ámbito privado y público como el Banco Mundial, la Presidencia del Consejo de Ministros, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), la Corporación Multinacional Procter & Gamble, la Asociación de AFP y la Sociedad Peruana de Hidrocarburos. Fue senadora de la República (1990-1992) y congresista de la República (1995-2000). Desde el año 2005 hasta el 31 de marzo del 2011 desempeñó el cargo de defensora del Pueblo. En reconocimiento a su gestión, en setiembre del 2009 fue elegida presidenta de la Federación Iberoamericana del Ombudsman (FIO) y, desde junio del 2010 hasta marzo del 2011, asumió la Presidencia del Consejo Andino de Defensores del Pueblo (CADP). Desde el 1 de abril del 2011 hasta enero del 2012 asumió el cargo de presidenta de la Asociación de Administradoras de Fondos de Pensiones (AAFP) y miembro del Directorio de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP). De noviembre del 2011 hasta octubre del 2013, se desempeñó como profesora e investigadora en CENTRUM/ PUCP y hoy integra su Directorio Internacional. A partir de enero de 2013, es presidenta de la Sociedad Peruana de Hidrocarburos, un gremio que agrupa a 17 empresas del sector hidrocarburos en el Perú. Asimismo, desde octubre de 2013 fue nombrada presidenta del Consejo Consultivo del Instituto País. Desde ese mismo año, se encuentra en la nómina de árbitros de los centros de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Cámara de Comercio Americana del Perú.

Delia Morales Cuti (Perú)

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 Uni-

versidad 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 del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Ha sido miembro de diversos equipos técnicos en las negociaciones de los tratados de libre comercio (TLC) y expositora en foros nacionales e internacionales en materia de evaluación de la conformidad, acreditación, normalización y regulación técnica.

Alberto Varillas Cueto (Perú)

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y magíster en Derecho por la Universidad Texas, Austin. Socio de García Sayán Abogados, encargado del Área de Recursos Naturales y Medio Ambiente y asesor legal de diversas empresas petroleras. Asimismo, es presidente del Comité Legal de Hidrocarburos de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía y profesor de la Diplomatura de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue director de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía (2007-2010).

Milagros Verástegui Salazar (Perú)

Ingeniera química colegiada de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos con estudios de doctorado en Gestión Ambiental y Desarrollo Sostenible por Universidad Nacional Federico Villarreal. Auditora del ISO 14000. Posee más de diez años de experiencia en el desarrollo de instrumentos de gestión ambiental, con especialización en

sustancias químicas y sus riesgos ambientales en Alemania. Conocimiento de OHSAS 18000. Experiencia laboral sobre gestión ambiental y supervisor de Osinergmin en el Área de Medio Ambiente, de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica.

Vito Verna Coronado (Perú)

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y magíster en Economía y Gestión Ambiental por la Universidad Luigi Bocconi de Milán, Italia. Asociado responsable del Área Ambiental del Estudio Grau. Asimismo, es profesor de posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Patrick Wieland Fernandini (Perú)

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú especializado en derecho ambiental y recursos naturales. Magíster en Derecho (LLM) por la Universidad de Yale y en Cambio Climático por la Universidad de Oxford. Actualmente, es asociado principal del Estudio Echeopar, en el que se especializa en temas de recursos naturales, medio ambiente y cambio climático. Es profesor de la Facultad de Derecho y de la Escuela de Postgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Ha publicado diversos artículos jurídicos en el Perú y en el extranjero.

Sheila Zacarías Ríos (Perú)

Bióloga egresada de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos con estudios de maestría en Recursos Acuáticos en la misma casa de estudios y de posgrado en Liderazgo en Desarrollo Pesquero por Overseas Fisheries Cooperation Foundation (OFCF) en Japón, y Sostenibilidad Ambiental por la Universidad de California, Berkeley. Es especialista en

ecología y biodiversidad acuática, seguimiento de pesquerías, herramientas económicas para la conservación, justicia hídrica y sostenibilidad ambiental, y experta CITES acreditada por el Minam. Es profesional investigadora del Instituto del Mar del Perú, en el que posee más de diez años de experiencia; desarrolló investigaciones y elaboró opiniones técnico científicas relacionadas con proyectos de inversión vinculados a cuerpos de agua marinos y continentales del territorio nacional. Participó en grupos técnicos nacionales de humedales, ecosistemas frágiles, varamientos de mamíferos marinos, ecosistemas de aguas continentales, especies amenazadas y desarrolló consultorías para la elaboración de estudios de impacto ambiental vinculados a ecosistemas acuáticos marinos y continentales. Desde el año 2012, se desempeña como especialista ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

