

EL FORTALECIMIENTO DE LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

Hugo R. Gómez Apac*
y Milagros Granados Mandujano**

En el presente artículo se explican las recientes medidas administrativas adoptadas en el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), con la finalidad de fortalecer la fiscalización ambiental. En tal sentido, se describen las bondades y la operatividad de las medidas que forman parte de un nuevo enfoque de la fiscalización ambiental que busca armonizar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa con la protección ambiental.

1 Introducción

El presente artículo pretende explicar las medidas adoptadas a fines de 2012 e inicios de 2013, con la finalidad de fortalecer la fiscalización ambiental a cargo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), entidad pública adscrita al Ministerio del Ambiente, que ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Evaluación

Revista de Economía y Derecho, vol. 10, nro. 39 (invierno de 2013). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Es profesor del curso de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Actualmente se desempeña como Presidente del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

** Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de Maestría en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente se desempeña como especialista en normatividad en el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

y Fiscalización Ambiental (Sinefa) y, al mismo tiempo, desarrolla la fiscalización ambiental sobre los administrados que desempeñan actividades económicas en los siguientes sectores: gran y mediana minería, hidrocarburos, electricidad, pesquería (procesamiento pesquero industrial y acuicultura de mayor escala) e industria manufacturera (cerveza, papel y cemento)¹.

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

El OEFA fue creado en 2008, mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1013², con el fin de dotarlo de un alto grado de autonomía funcional, dicha disposición le reconoce la naturaleza de organismo público técnico especializado³. Básicamente, son dos las competencias generales de esta entidad pública. Por un lado, supervisa que los administrados en su ámbito de competencia cumplan las obligaciones ambientales derivadas de la normativa ambiental, de sus instrumentos de gestión ambiental⁴ y de los actos y disposiciones administrativas⁵ emitidas por el propio OEFA. Por el otro, como ente rector del Sinefa, supervisa que todas las entidades de alcance nacional (ministerios), departamental (gobiernos regionales) o local (municipalidades) con competencia en fiscalización ambiental cumplan esta función pública, estando facultado el OEFA para el dictado de normas, directivas, lineamientos y procedimientos de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades de fiscalización ambiental (EFA). La supervisión a los administrados es conocida como directa, mientras que la supervisión a las EFA es entendida como una de segundo piso.

2 El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental: la búsqueda de equilibrios

El numeral 22 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú reconoce el derecho fundamental que tiene todo ciudadano de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida.

Los artículos 58 y 59 del texto constitucional reconocen otros derechos fundamentales, como la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, claves para el desarrollo económico.

En el OEFA se consolida un nuevo enfoque de la fiscalización ambiental. Una fiscalización que busca un equilibrio que permita armonizar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa con la protección ambiental, el derecho de desarrollar actividades económicas con el derecho a vivir en un ambiente sano, la promoción de la inversión privada con la protección de los ecosistemas, y que este equilibrio, esta armonía, nos lleve a todos hacia el desarrollo sostenible⁶.

El crecimiento económico es sostenible si logra bienestar tanto en el presente como en el futuro. Solo la explotación responsable (racional) de los recursos naturales permitirá mantener un desarrollo económico de largo plazo, para beneficio de las generaciones presentes y futuras⁷.

3 Mayor transparencia y difusión de las acciones de fiscalización ambiental

El acceso a la información ambiental tiene relevancia para la protección del ambiente, pues es esencial para una participación más activa y consciente de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones públicas que inciden sobre el ambiente. Solo si los ciudadanos están bien informados podrán ejercer su derecho de participación de manera efectiva. El que estén mejor informados constituye un elemento clave para el ejercicio de las acciones de tutela administrativa o judicial del ambiente. La información ambiental también contribuye a mejorar la transparencia de la actuación de los poderes públicos y funciona como mecanismo de control de estos⁸.

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

El artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública⁹, establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas en dicha ley. Precisamente el numeral

3 de su artículo 17 regula uno de los supuestos de excepción, estableciendo que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de la información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública, en cuyo caso la exclusión del acceso termina cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida o cuando transcurren más de seis meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final.

Una interpretación restrictiva del numeral 3 del artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública podría inducirnos a considerar, equivocadamente, que no se puede divulgar, difundir o publicitar información alguna que posee el OEFA. Como dicha ley califica de información confidencial lo vinculado a los procedimientos sancionadores, y lo que el OEFA hace es precisamente tramitar procedimientos sancionadores, no solo estos procedimientos, sino también las investigaciones preliminares a dichos procedimientos, las que conocemos como actividades de evaluación y supervisión, calificarían íntegramente como confidenciales, lo que restringiría el derecho de los ciudadanos de conocer las acciones que se realizan para proteger el ambiente.

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

Para lograr dicho equilibrio, en diciembre de 2012 se publicó la “Directiva que promueve mayor transparencia respecto de la información que administra el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)”¹⁰, la cual establece que el OEFA puede publicar resúmenes públicos de la información confidencial. Así, respecto al Informe de Supervisión Directa¹¹, lo que se publicita es el reporte público del Informe de Supervisión Directa, documento de carácter público que contiene información técnica y objetiva resultante de la toma de muestras, análisis y monitoreos, así como otros hechos objetivos relevantes relacionados con la supervisión. Este reporte no con-

tiene calificación alguna respecto de posibles presuntas infracciones administrativas. Todo lo contrario, debe indicar expresamente que los resultados de laboratorio allí contenidos no implican prejuzgamiento alguno ni adelanto de opinión, ni siquiera indicios de infracción.

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

La lógica contenida en la mencionada directiva ha sido recogida en la Ley 30011¹², norma que modifica y agrega articulado a la Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Ley del Sinefa). El nuevo artículo 13-A de esta ley establece que el OEFA –y las EFA– pondrá a disposición y libre acceso del público información técnica y objetiva resultante de la toma de muestras, análisis y monitoreos que realiza en el ejercicio de sus funciones, dejando expresa constancia de que dicha información no constituye adelanto de juicio respecto de las competencias en materia de fiscalización ambiental que les son propias.

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

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

4 Rapidez, eficacia y razonabilidad de la fiscalización ambiental

Otras formas de equilibrio que caracterizan este nuevo enfoque de la fiscalización ambiental las encontramos en la aplicación complementaria del nuevo Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA¹³ con el Reglamento de Supervisión Directa del OEFA¹⁴, el primero publicado en diciembre de 2012 y el segundo, en febrero de 2013.

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

4.1 Los mandatos de carácter particular

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

En este sentido, el Reglamento de Supervisión Directa señala que los mandatos de carácter particular son disposiciones mediante las

cuales se ordena a los administrados realizar determinadas acciones relacionadas con un hallazgo, con la finalidad de obtener mayores elementos probatorios sobre el cumplimiento de sus obligaciones ambientales¹⁵. En el marco de una supervisión, la autoridad de Supervisión Directa puede emitir mandatos de carácter particular a efectos de que los administrados realicen auditorías, estudios o generen información relacionada con las actividades económicas que constituyen materia de supervisión.

Cabe indicar que la disposición antes mencionada ha sido recogida también en la Ley 30011, la cual ha incorporado el artículo 16-A de la Ley del Sinefa, a fin de establecer que el OEFA pueda dictar mandatos de carácter particular, observando los principios de razonabilidad y proporcionalidad. El incumplimiento de estos mandatos configura una infracción administrativa¹⁶.

4.2 Las medidas preventivas

Para proteger adecuadamente el ambiente, se ha otorgado al OEFA la facultad de dictar medidas preventivas. Estas medidas se emiten en aplicación del principio de prevención, por virtud del cual es preferible prevenir un posible daño ambiental a repararlo una vez consumado. Se asigna a la prevención una importancia superior debido a que la agresión al ambiente se manifiesta en hechos que ocasionan, por su mera consumación, un deterioro cierto e irreversible en él y una degradación perceptible de la calidad de la vida, por lo que su cesación se revela como una medida impostergable¹⁷.

El Reglamento de Supervisión Directa¹⁸ dispone que la Dirección de Supervisión tiene la facultad de dictar medidas preventivas para evitar la generación de un daño grave al ambiente, a los recursos naturales o, derivado de ellos, a la salud de las personas, así como para mitigar las causas que generan la degradación o el daño ambiental.

Para el dictado de la medida preventiva, se debe tener en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad¹⁹, y su emisión debe sustentarse en la valoración de los riesgos, los impactos y la gravedad que pueda representar dicha situación para el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas²⁰. Teniendo en cuenta los principios antes mencionados y las circunstancias del caso concreto, pueden disponerse, entre otras, las siguientes medidas preventivas²¹:

i) La clausura temporal, parcial o total del establecimiento 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, artefactos o sustancias empleados que ponen en riesgo al ambiente o a la salud de las personas.

iv) La destrucción o acción análoga de materiales o residuos peligrosos que pongan en riesgo al ambiente o la salud de las personas.

Las medidas preventivas se aplican en situaciones en las que no necesariamente se evidencia la comisión de una infracción administrativa²², por lo que son independientes del inicio de un procedimiento administrativo sancionador²³. Así, puede ocurrir que un administrado esté cumpliendo lo previsto en su estudio de impacto ambiental, y pese a ello esté dañando severamente el ambiente o afectando la salud de las personas. Ante esta situación se puede dictar como medida preventiva el cese de la actividad perniciosa. No debe extrañarnos, pues, que ocasionalmente se presenten situaciones en las cuales, pese al cumplimiento de lo establecido en su instrumento de gestión ambiental, la actividad del administrado esté generando graves daños ambientales o afectando severamente la salud de las personas, pues una cosa es efectuar un estudio documental o de gabinete (*ex ante*) y otra muy diferente lo que la realidad evidencia con el transcurso del tiempo (*ex post*).

Para terminar, corresponde señalar que la facultad de dictar medidas preventivas ha sido reconocida en la Ley 30011, la cual ha incorporado el artículo 22-A de la Ley del Sinefa, estableciendo que el OEFA puede dictar medidas preventivas cuando evidencie un inminente peligro o riesgo de producirse un daño ambiental. Resulta importante señalar que el incumplimiento de las medidas preventivas constituye infracción administrativa²⁴.

4.3 Los hallazgos de menor trascendencia

Para evitar sobrecostos al administrado y a la administración pública, se promueve la subsanación voluntaria de los hallazgos de menor trascendencia (incumplimientos leves). En este sentido, tal como lo establece el Reglamento de Supervisión Directa del OEFA, si en el marco

de una supervisión ambiental la autoridad de Supervisión Directa detecta un presunto hallazgo de menor trascendencia, podrá remitir al administrado una recomendación para que lo subsane. Solo si el administrado no cumple dicha recomendación, se inicia el procedimiento administrativo sancionador respectivo²⁵.

Para ejemplificar lo expuesto, supongamos que la autoridad de Supervisión Directa advierte que un administrado no ha cumplido con presentar oportunamente la Declaración Anual del Manejo de Residuos Sólidos. Según lo establece el Decreto Supremo 007-2012-Minam, dicha omisión constituye una infracción leve, que puede generar la imposición de una multa no mayor de seis unidades impositivas tributarias²⁶ (UIT). Por lo tanto, en tal supuesto, la autoridad administrativa podrá conceder al administrado un plazo para que presente dicha declaración. Para el administrado, resulta más conveniente cumplir con la recomendación que asumir los costos que demandaría su defensa en un procedimiento administrativo sancionador. Igualmente, para la administración pública es más eficiente en términos de tutela del interés público que el administrado subsane dicho incumplimiento que iniciar un procedimiento administrativo.

La figura de la subsanación voluntaria de incumplimientos leves también ha sido reconocida en el literal b) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley del Sinefa²⁷, el cual dispone que la función supervisora tiene por objetivo promover la subsanación voluntaria de los presuntos incumplimientos de las obligaciones ambientales, siempre y cuando la acción u omisión no haya generado daño al ambiente o la salud de las personas.

4.4 El informe técnico acusatorio

Según lo establecido en el Reglamento de Supervisión Directa²⁸, mediante el informe técnico acusatorio (ITA), la Dirección de Supervisión somete a consideración de la autoridad instructora (que es la Subdirección de Instrucción de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA) la presunta existencia de infracciones administrativas, y adjunta los medios probatorios que sustentan sus conclusiones. El ITA es resultado de la supervisión de campo, que es aquella que la Dirección de Supervisión realiza en las áreas de influencia de la actividad económica que desarrolla el administrado. El ITA contiene lo siguiente²⁹:

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

ii) La identificación de las medidas preventivas impuestas, de ser el caso.

iii) La solicitud de apersonamiento al procedimiento administrativo sancionador, de considerarse pertinente.

Por su parte, el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador dispone que la imputación de cargos está conformada por el ITA y las imputaciones que pudiera agregar la autoridad instructora. Asimismo, que tanto los cargos contenidos en el ITA como los que agregue la autoridad instructora, de ser el caso, deberán consignarse en la resolución de imputación de cargos. Con la notificación de la resolución de imputación de cargos se inicia el procedimiento administrativo sancionador³⁰.

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

El ITA permite que entre la supervisión de campo y el inicio del procedimiento sancionador haya el menor tiempo posible. Para el administrado, es más fácil defenderse si los hechos que le imputan a título de cargo ocurrieron hace dos o tres meses y no hace dos o tres años. Y esta celeridad es posible debido a que el ITA puede ser elaborado incluso antes de que se concluya el informe de supervisión³¹. Conforme a la normativa emitida por el OEFA, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos ya no tiene que estudiar, analizar y procesar un extenso informe de supervisión, sino que hace suyo el ITA, que es un documento más breve, cuyo contenido se incorpora sin más trámite en la imputación de cargos.

5 Predictibilidad y razonabilidad en la imposición de multas y medidas correctivas

Si en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos verifica la comisión de una infracción administrativa, impondrá la sanción correspondiente y dictará la medida correctiva pertinente. La sanción tiene por finalidad castigar o reprimir la realización de la conducta ilícita³²; busca disuadir al infractor de cometer la misma conducta en el futuro (prevención especial) y al resto de administrados de incurrir en una conducta similar (prevención general). En términos generales, la sanción pretende desincentivar la puesta en peligro del ambiente, así como su afectación concreta³³. La medida correctiva, en cambio, tiene por objeto reponer las cosas al estado o situación existente con anterioridad a la comisión de la infracción; es decir, reparar, restaurar o rehabilitar los daños que la conducta infractora ha ocasionado al ambiente o la salud de las personas³⁴.

Para lograr que el dictado de las sanciones y las medidas correctivas sea predecible y razonable, en marzo de 2013 se publicaron la “Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones”³⁵ (en adelante, la metodología) y los “Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas previstas en el literal d) del numeral 22.2 del artículo 22 de la Ley 29325”³⁶ (en lo sucesivo, los lineamientos). Estos instrumentos jurídicos se complementan mutuamente y tienen cinco objetivos centrales: i) Generar una mayor predictibilidad respecto de la actuación de los órganos resolutivos del OEFA. ii) Reducir su discrecionalidad. iii) Garantizar un mejor ejercicio del derecho de defensa de los administrados. iv) Aplicar el principio de razonabilidad, evitando generar sobrecostos a los administrados. v) Promover la remediación ambiental. Veamos cada uno.

5.1 Mayor predictibilidad

La referida metodología contiene las fórmulas y las tablas de valores que deben emplearse para calcular las multas, las cuales han sido determinadas teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad³⁷. Así, con el empleo de la metodología, los administrados conocen de antemano cuál será el razonamiento que utilizará la autoridad adminis-

trativa para calcular la multa base, así como los criterios que calificarán como agravantes o atenuantes, y el peso de cada uno de estos.

A modo de ejemplo, la metodología precisa que para calcular la multa base se tiene en cuenta la valorización del daño ambiental (concreto), el beneficio ilícito³⁸ y la probabilidad de detección³⁹. Asimismo, se consideran como factores agravantes el impacto sobre recursos naturales, áreas naturales protegidas o zonas de amortiguamiento; la afectación a comunidades nativas o campesinas; la incidencia sobre la salud de las personas; el perjuicio económico causado; la reincidencia⁴⁰; la intencionalidad, entre otros; y como factores atenuantes la subsanación voluntaria de la conducta infractora, la adopción de medidas de remediación, etcétera.

La metodología menciona en qué porcentaje la multa base irá aumentando o disminuyendo en función de la aplicación de los factores agravantes o atenuantes. Se sabe de antemano qué peso porcentual tienen los factores agravantes o atenuantes. Considerando lo expuesto, podemos afirmar que la metodología está diseñada para que el administrado pueda saber, antes de cometer una infracción, el monto aproximado de la multa que se le impondría si cometiera la infracción.

5.2 Reducción de la discrecionalidad administrativa

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

Así, se explica cómo se calculará el beneficio ilícito, el cual comprende los ingresos ilícitos⁴¹ y los costos evitados⁴². Respecto a la probabilidad de detección, la metodología reduce a cinco los niveles de probabilidad (100%, 75%, 50%, 25% y 10%)⁴³, y menciona los criterios⁴⁴ que permitirán a la autoridad escoger el nivel de probabilidad, en el caso concreto.

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

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

5.3 La optimización del ejercicio del derecho de defensa

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

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

Pues bien, puede suceder que, en un caso concreto, la autoridad administrativa haya considerado que el daño real es recuperable en el mediano plazo, por lo que incrementó la multa base en 54%. No obstante, el administrado, en su escrito de apelación, podría sostener que no le correspondía una multa tan elevada, pues el daño era recu-

perable de modo natural en el corto plazo, por lo que debía emplearse el valor de +18, lo que arrojaría una multa menor.

5.4 La disminución de sobrecostos a los administrados

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

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

5.5 La promoción de la remediación ambiental

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

6 Promoción de la participación ciudadana en el proceso de aprobación de normas en el OEFA

De conformidad con lo establecido en el artículo 21 del Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en asuntos ambientales⁴⁵, la participación ciudadana en materia ambiental es el proceso mediante el cual los ciudadanos participan responsablemente, de buena fe y con transparencia y veracidad, en forma individual o colectiva, en la definición y la aplicación de las políticas relativas al ambiente y sus componentes.

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

En cumplimiento de las normas antes mencionadas, el OEFA publica los proyectos de normas que regulan sus actividades de fiscalización ambiental. Más aún, aunque las citadas normas no lo exijan, elabora y publica una matriz de comentarios, en la cual detalla las razones por las que se acogieron o se desestimaron las sugerencias recibidas. En consecuencia, el proceso de aprobación de normas en el OEFA empieza con la publicación de la propuesta normativa, después se reciben los comentarios del público y al final se publica la norma aprobada y la matriz de comentarios. Así se garantiza que los administrados y la ciudadanía tengan una participación efectiva en la gestión ambiental, esto es, que sus opiniones sean consideradas en la aprobación de las propuestas normativas, lo que incide positivamente en la eficacia de las políticas de fiscalización ambiental que adopte el OEFA.

Según lo establece el convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia ambiental, aprobado por la Comunidad Europea⁴⁶, “una mayor participación del público en la toma de decisiones permite tomar las mejores y aplicarlas más eficazmente, contribuye a sensibi-

lizar al público respecto de los problemas medioambientales, le da la posibilidad de expresar sus preocupaciones y ayuda a las autoridades públicas a tenerlas debidamente en cuenta”.

Es importante que en el proceso de elaboración de normas ambientales se tome en cuenta no solo las opiniones de las empresas destinatarias de la fiscalización ambiental, sino también de las organizaciones no gubernamentales y agrupaciones civiles defensoras del ambiente (comunidades nativas y campesinas, pueblos indígenas), a efectos de realizar una adecuada ponderación entre los intereses involucrados⁴⁷.

7 Conclusiones

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

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

Asimismo, se han implementado mecanismos destinados a fortalecer la transparencia, el acceso a la información y la participación ciudadana en la fiscalización ambiental. Así, se brinda a cualquier ciudadano el reporte público del informe de supervisión directa y los resúmenes públicos de los procedimientos sancionadores. Asimismo, se promueve la participación ciudadana en el proceso de aprobación de normas relacionadas con la fiscalización ambiental.

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

que caracteriza el nuevo enfoque de la fiscalización ambiental, una fiscalización para el cambio.

NOTAS

- 1 El OEFA viene recibiendo de manera progresiva del Ministerio de la Producción (Produce) la competencia en fiscalización ambiental sobre diversas actividades que comprenden al subsector industrial manufacturero. A la fecha de elaboración del presente documento (julio de 2013), ya han sido transferidas las mencionadas competencias en los rubros cerveza, papel y cemento.
- 2 Decreto legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, publicado el 14 de mayo de 2008.
- 3 De conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, los organismos públicos calificados como “técnicos especializados” gozan de un alto grado de independencia funcional.
- 4 Es el caso de los estudios de impacto ambiental (EIA) (semidetallados o detallados), los programas de adecuación y manejo ambiental (PAMA), los planes de cierre de actividades, los planes de contingencia, los planes de descontaminación y de tratamiento de pasivos ambientales, etcétera.
- 5 Es el caso de las medidas preventivas, los mandatos de alcance particular, las medidas cautelares y las medidas correctivas.
- 6 Sobre el particular, el artículo V del Título Preliminar de la Ley 28611, Ley General del Ambiente, contempla el principio de sostenibilidad, en virtud del cual “la gestión del ambiente y de sus componentes, así como el ejercicio y la protección de los derechos [...] se sustentan en la integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo nacional, así como en la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones”.
- 7 La estrategia mundial de desarrollo sostenible tiene por objetivo mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos del planeta, lo que se traduce en la progresiva mejora del desarrollo económico y social, a través del uso racional de los recursos naturales, es decir, sin aumentar su utilización más allá de la capacidad de la naturaleza de proporcionarlos. Cfr. Subdirección General de Estudios del Sector Exterior de España, “Desarrollo sostenible”, *Boletín Económico de ICE*, España, números 2747 y 2002, p. 10.
- 8 Cfr. Casado Casado, Lucía. “El acceso a la información ambiental en España: luces y sombras”. *Derecho PUCP*. Lima, número 70, 2013, pp. 242-243.

- 9 Aprobado por Decreto Supremo 043-2003-PCM, publicado el 24 de abril de 2003.
- 10 Directiva 001-2012-OEFA/CD, aprobada por Resolución de Consejo Directivo 015-2012-OEFA-CD, publicada el 28 de diciembre de 2012.
- 11 El literal g) del artículo 5 del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo 007-2013-OEFA/CD, publicado el 28 de febrero de 2013, define al Informe de Supervisión Directa como el documento que contiene el análisis de las acciones de supervisión directa, incluyendo la clasificación y la valoración de los hallazgos verificados y los medios probatorios que sustentan dicho análisis. El numeral 10.1 del artículo 10 de dicho reglamento establece que el Informe de Supervisión Directa derivado de una supervisión de campo deberá contener lo siguiente:
 - a) Objetivos de la supervisión.
 - b) Instalaciones materia de supervisión directa.
 - c) Matriz de verificación ambiental, la cual contendrá la constancia de cumplimientos ambientales y los hallazgos de campo, y los que se encuentren en el posterior análisis realizado por el supervisor, en caso corresponda. Para ello se deberá adjuntar el medio probatorio que demuestre el hecho, en caso corresponda.
 - d) Propuesta de recomendaciones para hallazgos de presuntas infracciones de menor trascendencia, en caso corresponda.
 - e) Detalle del seguimiento de recomendaciones, mandatos de carácter particular, medidas correctivas, medidas preventivas y medidas cautelares anteriores, en caso corresponda.
 - f) Acta de Supervisión Directa.
 - g) Conclusiones.
- 12 Denominada ley que modifica la Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, y que ha sido publicada el 26 de abril de 2013.
- 13 Aprobado por Resolución de Consejo Directivo 012-2012-OEFA/CD, publicada el 13 de diciembre de 2012.
- 14 Aprobado por Resolución de Consejo Directivo 007-2013-OEFA/CD, publicada el 28 de febrero de 2013.
- 15 Artículo 29 del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA.
- 16 En este mismo sentido, el artículo 17 de la Ley del Sinefa, modificado por la Ley 30011, establece que constituye infracción administrativa el incumplimiento de los mandatos emitidos por las instancias competentes del OEFA.
- 17 Cfr. Ghersi, Carlos; Lovece, Graciela y Weingarten, Celia. *Daños al ecosistema y al medio ambiente*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 24.

- 18 Artículo 22 del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA.
- 19 Numeral 23.2 del artículo 23 del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA.
- 20 Cfr. Negrete Montes, Rodrigo. “Régimen sancionatorio en materia ambiental”. En Universidad Externado de Colombia. *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*. Bogotá: 2005, p. 319.
- 21 Artículo 24 del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA.
- 22 Artículo 22 del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA.
- 23 Como refiere la doctrina, el ejercicio de la potestad inspectora implica la facultad de dictar medidas que confronten tanto posibles infracciones como situaciones que, si bien no configuran infracciones, sí generan una vulneración al ambiente o la salud de las personas. En atención a ello, se habilita a la administración pública a adoptar medidas que confronten estas circunstancias. Cfr. García Ureta, Agustín. *La potestad inspectora de las administraciones públicas*. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 144-145.
- 24 Artículo 17 de la Ley del Sinefa, incorporado por Ley 30011.
- 25 Numeral 12.2 del artículo 12 del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA.
- 26 A la fecha una UIT equivale a 3.700 nuevos soles.
- 27 Según el texto modificado por la Ley 30011.
- 28 Numeral 15.1 del artículo 15 del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA y numeral 7.1 del artículo 7 del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA.
- 29 Numeral 15.2 del artículo 15 del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA y artículo 8 del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA.
- 30 Artículo 9 del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA.
- 31 En efecto, el numeral 15.3 del artículo 15 del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA establece que la emisión de un informe técnico acusatorio no necesariamente requiere la previa emisión del informe de Supervisión. El que el informe de supervisión requiera un mayor tiempo para su elaboración se explica por revestir más complejidad y un mayor contenido. En dicho informe no solo aparece lo que ya se ha mencionado respecto del ITA, sino también los objetivos de las supervisión; la matriz de verificación ambiental (en el que aparecen todos los aspectos supervisados, tanto si configuran indicios de infracción administrativa como de cumplimiento de las obligaciones fiscalizables); la propuesta de recomendaciones para hallazgos de presuntas infracciones de menor trascendencia; el detalle del seguimiento de recomen-

- daciones, mandatos de carácter particular, medidas correctivas, medidas preventivas y medidas cautelares anteriores, en caso correspondiente; entre otros.
- 32 La doctrina afirma que la función represiva o retributiva es lo que distingue a la sanción administrativa de otras resoluciones administrativas que restringen derechos individuales (como las medidas correctivas). Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional Español 276/2000 del 16 de noviembre. En Nieto, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, cuarta edición, Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 197.
- 33 Cfr. Gómez Apac, Hugo; Isla Rodríguez, Susan y Mejía Trujillo, Gianfranco. “Apuntes sobre la graduación de sanciones por infracciones a las normas de protección al consumidor”. *Derecho & Sociedad*. Lima: 2010, número 34, p. 136.
- 34 Sobre el particular, puede revisarse a Conesa Fernández-Vitora, Vicente. *Guía metodológica para la evaluación del impacto ambiental*. Madrid: Mundi-Prensa, 2010, pp. 295-312.
- 35 Aprobada por Resolución de Presidencia del Consejo Directivo 035-2013-OEFA/PCD, publicada el 12 de marzo de 2013.
- 36 Aprobado por Resolución de Consejo Directivo 010-2013-OEFA/CD, publicada el 23 de marzo de 2013.
- 37 La doctrina señala que en el derecho administrativo sancionador el principio de proporcionalidad exige que exista un equilibrio entre los medios utilizados y la finalidad perseguida, una correspondencia entre la gravedad de una conducta y la consecuencia punitiva que se le atribuye. Cfr. De Fuentes Paradí, Joaquín y otros. *Manual de Derecho administrativo sancionador*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005, p. 245.
- 38 El beneficio ilícito consiste en el beneficio real o potencial que se genera por la comisión de la infracción administrativa. En otras palabras, es el beneficio obtenido o que espera obtener el infractor al no cumplir una obligación fiscalizable. En términos económicos, se entiende que el infractor se encuentra en una mejor situación (se ha procurado un beneficio) infringiendo el ordenamiento jurídico. Por tal motivo, el beneficio ilícito que se considera para calcular las multas debe incluir necesariamente todos los conceptos que puedan representar un beneficio o ventaja para el infractor (por ejemplo, ahorro obtenido o ingresos ilícitos), pues, de lo contrario, el infractor tendría siempre incentivos para incurrir en la conducta tipificada. Cfr. *Manual explicativo de la metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones*, párrafos 18, 19 y 20 (aprobado por el artículo 3 de la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo 035-2013-OEFA/PCD).

- 39 La probabilidad de detección es la posibilidad –medida en términos porcentuales– de que la comisión de una infracción sea detectada por la autoridad administrativa. La necesidad de relacionar el beneficio ilícitamente obtenido derivado de la infracción con la probabilidad de detección de la conducta responde al objetivo de eliminar un posible comportamiento oportunista por parte de los infractores. En este sentido, mientras más probable sea detectar un incumplimiento, las sanciones asociadas no se incrementarán; por el contrario, cuando exista una baja probabilidad de detección, las sanciones se incrementarán. Cfr. *Manual explicativo de la metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones*, párrafos 21-23.
- 40 La doctrina refiere que el fundamento para considerar a la reincidencia se encuentra en el mayor reproche a quien ya conoce por propia experiencia el sentido de las prohibiciones jurídicas, así como en razones de prevención especial, pues el sujeto ha demostrado peligrosa predisposición para transgredir el ordenamiento jurídico. Cfr. Sánchez Terán, J. M. *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*. Valladolid: Lex Nova, 2007, pp. 323-324.
- Asimismo, cabe señalar que el OEFA ha emitido “Lineamientos que establecen criterios para calificar como reincidentes a los infractores ambientales bajo el ámbito de competencia del OEFA”, los cuales han sido aprobados por resolución de Presidencia de Consejo Directivo 020-2013-OEFA/PCD, publicada el 22 de febrero de 2013. En el citado documento se establece que la reincidencia se configura si existe una sanción consentida o que agote la vía administrativa por el mismo tipo infractor sancionado en los últimos cuatro años.
- 41 Son los “ingresos económicos ilegalmente relacionados con el incumplimiento de la normativa ambiental”. Cfr. *Manual explicativo de la metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones*, párrafo 20.
- 42 Es el “ahorro obtenido al incumplir las obligaciones ambientales fiscalizables, mediante la no realización o postergación de las inversiones o gastos destinados a prevenir la ocurrencia de daños ambientales durante el lapso de incumplimiento de la normativa ambiental”. *Ibidem*.
- 43 “Una infracción será difícil de detectar si, por ejemplo, de cada diez de ellas, solo una sería de conocimiento de la autoridad. En este caso, la probabilidad de detección es de 10%. Una probabilidad mayor será de 25% (de cada cuatro infracciones, una sería detectada por la autoridad). Si de cada dos casos uno sería detectado, la probabilidad de detección se eleva a 50%. Infraccio-

- nes de alta detección serán de 75% (tres de cada cuatro infracciones serían detectadas). Finalmente, si todas las infracciones serían detectadas estamos ante una probabilidad de detección de 100%". Ídem, párrafo 24.
- 44 Entre los criterios mencionados tenemos los siguientes: si la empresa reportó la infracción administrativa; si existe población localizada cerca del lugar de la infracción; si la infracción se detectó en una supervisión especial o regular; si la actividad realizada es ilegal (esto es, sin autorización administrativa) y si el administrado presentó información falsa, incompleta o simplemente no presentó la información a la que estaba obligado con el objetivo de no ser detectado por la autoridad. Ídem, párrafo 26.
- 45 Aprobado por Decreto Supremo 002-2009-MINAM, publicado el 17 de enero de 2009.
- 46 El convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (denominado Convenio Aarhus) fue aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 17 de febrero de 2005.
- 47 Cfr. Lozano Cutanda, Blanca. *Derecho ambiental administrativo*, décima edición, Madrid: Editorial Dykinson, 2009, p. 252.