

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales

Las Funciones de Fiscalización Ambiental del OEFA y el Impacto Negativo en su Potestad Sancionadora con la Entrada en Vigor de la Ley 30230

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales.

Autor

Jesús Angel Santiago Urbano

Asesora

Isabel Calle Valladares

Código del Alumno

20120692

2020

Resumen

En el presente trabajo se analizará el impacto negativo que generó la entrada en vigor de la Ley 30230 en las funciones de fiscalización y en la potestad sancionadora del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), debido que, la aplicación del artículo 19 de la norma en mención instauró un enfoque preventivo y correctivo de la fiscalización, donde la regla general fue la aplicación de medidas correctivas y, solo de manera excepcional la aplicación de sanciones.

Teniendo en cuenta este nuevo enfoque, con el desarrollo de este trabajo se demostrará que este nuevo carácter residual de la aplicación de sanciones, hizo que se pierda el efecto disuasivo de la potestad sancionadora del OEFA, situación que generó que el índice de incumplimientos ambientales por parte de los administrados incrementó sustancialmente en todos los sectores que se encontraban bajo competencia del OEFA, lo cual, a su vez, significó el debilitamiento institucional de dicha entidad y, por consecuencia, implicó también un menoscabo a la potestad sancionadora que esta entidad ostenta. Al finalizar el desarrollo del presente trabajo se podrá concluir y evidenciar el efecto negativo que la aplicación del artículo 19 de la Ley 30230 generó en las competencias de fiscalización ambiental del OEFA.

Índice

| | |
|--|-----------|
| Introducción..... | 3 |
| 1. El fortalecimiento e institucionalidad del sector ambiente y la creación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental | 6 |
| 1.1. El Decreto Legislativo N° 1013 y la creación del Ministerio del Ambiente | 6 |
| 1.2. La creación del OEFA y su rol como principal ente fiscalizador en el Perú | 9 |
| 2. La potestad sancionadora del OEFA y su transición entre la Ley N° 30011 y la Ley 30230 | 16 |
| 2.1. La potestad sancionadora de la Administración Pública | 16 |
| 2.2. La Ley SINEFA y la entrada en vigor de la Ley 30011 y la Ley 30230 | 25 |
| 3. Impactos de la aplicación de la ley 30230 en la potestad sancionadora del OEFA..... | 36 |
| 4. La regulación responsiva en la fiscalización ambiental..... | 43 |
| Conclusiones | 49 |
| Bibliografía..... | 52 |

Introducción

Una problemática constante en el Perú, que hasta el día de hoy aún se mantiene en cierto grado, es la debilidad institucional del Estado, que, si bien varía de magnitud según el sector al que uno se refiera, sectores como el ambiental, tiene una historia institucional de apenas 12 años, periodo durante el cual, recién se ha fortalecido el marco normativo e institucional de dicho sector.

Si bien la Constitución Política de 1993 en su artículo 2, numeral 22, ya establecía como un derecho fundamental de la persona el gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida e incluso tiene todo un capítulo dedicado al medio ambiente y los recursos naturales, reconociendo así un derecho fundamental de la persona y, a la vez, imponiendo obligaciones y deberes para el estado orientado a la protección del medio ambiente y la adecuada gestión en la explotación de los recursos naturales, la consolidación institucional del sector ambiente tardó mucho en lograrse, ello debido a distintos factores, resaltando entre ellos la voluntad política del gobierno de turno.

Eso explica porque la regulación ambiental en el Perú no ha tenido siempre un balance adecuado y eficiente entre políticas que promuevan la inversión privada y políticas que permitan una idónea protección del medio ambiente y explotación de sus recursos naturales, más bien, tal como se empezó a impulsar desde la década de los 90', la prioridad que tuvieron los distintos gobiernos de turno fue la promoción de la inversión privada en detrimento de la regulación ambiental, añadiendo además, que no existía un marco legal uniforme en esta materia, pues, cada sector tenía criterios distintos para la regulación ambiental de los proyectos de inversión de su sector, situación que, de igual manera, ocurrirá para la fiscalización ambiental de las distintas actividades económicas, especialmente en las extractivas.

Fue recién a partir del año 2008 con la promulgación del Decreto Legislativo N° 1013 que la institucionalidad del sector ambiente y el fortalecimiento de la regulación ambiental empezó a tomar mayor impulso e importancia, siendo el hito para lograr dicha consolidación la creación del Ministerio del Ambiente (MINAM), ya que, la creación de esta cartera ministerial permitió priorizar los asuntos ambientales y mejorar el estándar normativo para la regulación de las distintas actividades económicas.

Junto a la creación del MINAM, y con la intención de fortalecer las acciones de fiscalización ambiental a los proyectos de inversión, el Decreto Legislativo N° 1013 dispuso también la creación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), como entidad adscrita al MINAM y como titular de la potestad sancionadora del estado para supervisar, fiscalizar y sancionar, cuando corresponda, el incumplimiento de las obligaciones ambientales de los distintos titulares de proyectos de inversión, buscando con ello generar los incentivos suficientes para que las distintas empresas de los distintos sectores cumplan con las disposiciones ambientales de protección del medio ambiente, resultando trascendente para lograr ese objetivo la aplicación de sanciones (económicas), las cuales, debían tener el impacto suficiente que ponga a las empresas en una situación donde el no cumplir con sus obligaciones ambientales resulte ser más costoso que cumplirlas.

Así las cosas, y ya con cierta consolidación del OEFA en sus funciones de fiscalizador ambiental, especialmente en el sector energía y minas, ocurrió un quiebre en el fortalecimiento de las funciones de fiscalización del OEFA, pues, con la entrada en vigencia de la Ley N° 30230 en el año 2014, y la aplicación específica del artículo 19 de dicha norma, se instauró el denominado régimen de excepción de la fiscalización ambiental, en el cual, se privilegió la imposición de medidas correctivas antes de la imposición de una sanción, generando con ello que la principal herramienta del OEFA para desincentivar la comisión de infracciones ambientales, es decir, la aplicación de sanciones, solo se aplicarían de manera excepcional.

Teniendo en cuenta lo mencionado hasta aquí, el presente trabajo estará orientado a explicar y desarrollar que la aplicación de la Ley 30230, tuvo una incidencia negativa para el OEFA como entidad fiscalizadora, debilitando su potestad sancionadora y sus funciones de fiscalización ambiental; asimismo, se corroborará que con esta norma privilegió, una vez más, el impulso de la inversión privada por encima de la protección de medio, pues, la aplicación del artículo 19 de la Ley 30230 no redujo el índice de incumplimiento de las obligaciones ambientales, como así se fundamenta para la promulgación, por el contrario, la ocurrencia de infracciones ambientales se elevó en todos los sectores que fiscalizaba el OEFA. En atención a ello, el presente trabajo se desarrollará de la siguiente manera:

El primer capítulo estará orientado a desarrollar el proceso de la institucionalidad ambiental en el Perú, teniendo por hitos importantes la creación del MINAM y la creación del OEFA, ambos mediante el Decreto Legislativo N° 1013. Se conocerán los antecedentes y hechos concretos que dieron impulso a la creación de estas instituciones, lo cual permitió fortalecer el sector ambiente; además, se desarrollara las etapas por las cuales ha transitado la fiscalización ambiental, particularmente en el sector energía y minas.

El segundo capítulo, estará orientado a analizar el concepto de la potestad sancionadora del Estado (*ius puniendi*) con el fin de conocer el sustento y razón de ser de dicha potestad Estatal. Seguidamente, se analizará los alcances y el régimen de la fiscalización desarrollado por la Ley del Sistema Nacional de Fiscalización Ambiental – SINEFA, conociendo con ello las atribuciones que ostenta el OEFA en dicho sistema, y, a partir de ello, analizar los cambios introducidos por la Ley 30011 y la Ley 30230.

El análisis desarrollado en el punto anterior, nos permitirá abordar en el Tercer capítulo, los impactos negativos que la Ley 30230 generó en la potestad sancionadora del OEFA, al establecer un régimen de la fiscalización con un enfoque preventivo y correctivo, donde la aplicación de medidas correctivas se convirtió en la regla general y la aplicación de sanciones paso a ser la excepción, generando con ello la pérdida del efecto disuasivo de la sanción, lo cual, se tradujo en el incremento en el índice de infracciones incurridas por los administrados.

Finalmente, en el cuarto capítulo se estudiará la teoría de la responsive regulation y su posible aplicabilidad en la legislación peruana, ello con el fin de establecer un régimen jurídico mejor dotado para el cumplimiento de las normas ambientales.

1. El fortalecimiento e institucionalidad del sector ambiente y la creación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

1.1. El Decreto Legislativo N° 1013 y la creación del Ministerio del Ambiente.

Los distintos cambios históricos, sociales, económicos y culturales de un país hacen que determinados asuntos se conviertan en prioridades para un Estado, y, para abordarlos, se requiere concretar políticas públicas, siendo la mejor forma para hacerlo creando una cartera (Ministerio) a cargo de una autoridad sectorial (ministro) específica, que priorice y permitan hacer frente a dichos asuntos.

Teniendo en cuenta ello, los Ministros de Estado, según lo establecido en el artículo 119 de la Constitución Política del Perú de 1993, son los encargados de llevar adelante una cartera con asuntos sectoriales. Es, en el contexto de la Administración Pública, un funcionario con reconocimiento constitucional y poder instituido desde nuestra norma fundamental. Por estas razones, no es extraño que, cuando una temática alcanza complejidades especiales, sea nacional y requiera el establecimiento de políticas centrales, exista la tendencia de crear un ministerio.¹

En ese mismo sentido, la Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (en adelante la LOPE)² en su numeral 22.2 del artículo 22 señala lo siguiente:

“Artículo 22.- Definición y constitución

22.1 Los Ministerios son organismos del Poder Ejecutivo que comprenden uno o varios sectores, considerando su homogeneidad y finalidad.

22.2 Los Ministerios diseñan, establecen, ejecutan y supervisan políticas nacionales y sectoriales, asumiendo la rectoría respecto de ellas.

22.3 Los Ministerios están confiados a los Ministros de Estado, quienes son responsables de la dirección y gestión de los asuntos públicos de su competencia.

22.4 El ámbito de competencia y estructura básica de cada uno de los Ministerios se establece en su Ley de Organización y Funciones. Los Reglamentos de Organización y Funciones de los Ministerios son aprobados por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.”

¹ VIZCARRA DELGADO, Arturo. “Análisis de las funciones de supervisión del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) como ente rector del SINEFA”. La Fiscalización Ambiental en el Perú: Reflexiones sobre las funciones y atribuciones del OEFA. Lima: OEFA. 2013, p, 363.

² Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 20 de diciembre del 2007.

De la norma en mención, se desprende entonces que, los ministerios son los entes que asumen la rectoría de un sector en específico (como puede ser energía y minas, salud, cultura, etc.) en el cual, establecen, diseñan, ejecutan y supervisan políticas públicas de alcance nacional ligadas a su sector, buscando con ello, abordar y resolver determinados asuntos que, debido a distintos factores, son prioridad por el estado y requieren de un manejo que este liderado por una cartera en específico; además, la creación de un ministerio contribuye con la institucionalización de un tema, como era necesario en el Perú con relación a la protección del medio ambiente, pues, ante el incesante avance de las actividades extractivas que se desarrollaban en el país, era necesario institucionalizar los asuntos ambientales y crear un ministerio que lo pueda liderar.

Es así como, desde el año 2007, ya se tenía intenciones de crear un Ministerio del Ambiente en el Perú, pues, entre los antecedentes se tiene que a pedido del Congreso de la República, ante el alto índice de conflictividad social por temas ambientales, la Defensoría del Pueblo emitió un Informe Extraordinario denominado “Los conflictos socio ambientales por actividades extractivas en el Perú”. El informe realiza un análisis de las causas, consecuencias, repercusiones y tendencias de los conflictos socio - ambientales, y presenta recomendaciones al Estado, entre las que se encontraba constituir una autoridad ambiental³.

Esta recomendación, tuvo mayor impulso debido a la firma del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos (en adelante, TLC Perú – Estados Unidos), aprobado por el Congreso mediante Resolución Legislativa N° 28766 y ratificado mediante Decreto Supremo N° 030-2006-RE⁴; en ese contexto, el 17 de diciembre de 2007 se anunció la creación del Ministerio del Ambiente (MINAM).

Ante dicho anuncio, se procedió a conformar la Comisión Multisectorial que estaría encargada de desarrollar el Proyecto de Ley de creación del Ministerio del Ambiente (también conocida como “La Comisión Brack”), este grupo, estuvo conformado por distintos especialistas y estuvo liderado por el reconocido Dr.

³ ALDANA DURÁN, Martha. “La Fiscalización Ambiental en el Perú: Orígenes, estado actual y perspectivas futuras”. Revista Derecho & Sociedad N° 41. Lima: D&S. 2013, p. 328.

⁴ MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO. Acuerdos Comerciales del Perú. Consulta: 30 de setiembre de 2020.
http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=57&Itemid=80

Antonio Brack Egg, quien posteriormente se convirtió en el primer ministro del Ambiente.

Con el trabajo culminado de La Comisión Brack, el Congreso de la República, mediante Ley N° 29157, procedió a delegar facultades legislativas al Poder Ejecutivo para que, en cumplimiento con lo establecido en el TLC Perú – Estados Unidos, concretice la creación del Ministerio del Ambiente.

Como consecuencia de dichos acontecimientos, mediante Decreto Legislativo N° 1013 – Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente⁵, se crea el Ministerio del Ambiente (en adelante, MINAM), como ente responsable de la rectoría del sector ambiente, teniendo por objeto la conservación del ambiente, por medio del uso adecuado, responsable y racional de los recursos naturales, lo cual, permita armonizar las tres variables del desarrollo sostenible, es decir, la variable económica, ambiental y social, y asegurar así el derecho a gozar de un ambiente equilibrado, tal como dispone la Constitución Política del Perú.

Asimismo, el Decreto Legislativo en mención, estableció claramente en su numeral 3.2 del artículo 3 que, serán objetivos del MINAM, lo siguiente:

- a) Asegurar el cumplimiento del mandato constitucional sobre la conservación y el uso sostenible de los recursos naturales, la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas y el desarrollo sostenible de la Amazonía.*
- b) Asegurar la prevención de la degradación del ambiente y de los recursos naturales y revertir los procesos negativos que los afectan.*
- c) Promover la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones para el desarrollo sostenible.*
- d) Contribuir a la competitividad del país a través de un desempeño ambiental eficiente.*
- e) Incorporar los principios de desarrollo sostenible en las políticas y programas nacionales.*
- f) Los objetivos de sus organismos públicos adscritos, definidos por las respectivas normas de creación y otras complementarias.*

Así entonces, con la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1013, se marcó un hito importante en el sector ambiente, pues, con la creación del MINAM, se institucionalizó y se fortaleció la gestión de este sector, creando una autoridad que

⁵ Publicado en el diario oficial El Peruano el 13 de mayo de 2008.

lidere los asuntos de esta cartera y, a su vez, se dio cumplimiento con los compromisos que asumió el Perú con la firma del TLC Perú-Estados Unidos.

Si bien la creación del MINAM, logró consolidar la institucionalidad del sector ambiente, los compromisos en relación al medio ambiente consignados en el capítulo 18 del TLC Perú – Estados Unidos, no solo se limitaba únicamente a la creación de un Ministerio específico; además, se indicaba que, el comercio e inversión que se impulsaba con este tratado, no debía significar algún tipo de debilitamiento del medio ambiente, por lo que, en aras de su protección se deben implementar mecanismos adecuados para su fiscalización, siendo esto, una motivación para la creación también del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante OEFA).

1.2. La creación del OEFA y su rol como principal ente fiscalizador en el Perú.

Con relación al desarrollo de la fiscalización ambiental en el Perú, esta actividad ha pasado por distintas etapas de desarrollo normativo e institucional, centrándose en el sector minero energético y, en su momento, fueron objeto de distintas críticas, pues, el marco legal que regulaba la fiscalización ambiental respondía al contexto social y político que se vivía en ese momento, lo cual, no necesariamente estaba orientado a la protección del medio ambiente como tal.

Primera etapa

En la primera etapa de desarrollo de la fiscalización, se encuentra como antecedente lo establecido en el Decreto Legislativo N° 757 – Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada⁶, donde en su artículo 50 señalaba que los asuntos ambientales, lo cual incluye la fiscalización, deben estar a cargo del ministerio del sector específico, como así ocurría en el sector energía y minas, donde el Ministerio de Energía y Minas (en adelante MINEM) asumió las funciones de fiscalización de dicho sector por medio de sus direcciones de línea, es decir, las direcciones generales de Minería, Hidrocarburos y Electricidad, ello se puede constatar en el Decreto Supremo N° 008-92-EM-SG, Reglamento de Organización y funciones del MINEM del año 1992⁷.

⁶ Publicado en el diario oficial El Peruano el 13 de noviembre de 1991.

⁷ Publicado en el diario oficial El Peruano el 12 de marzo de 1992.

Posteriormente, con la intención de precisar las funciones de fiscalización para el sector minero-energético, se publicó la Ley N° 25763⁸, Ley que establece que el cumplimiento de las obligaciones relacionadas a las Actividades Mineras, de Electricidad y de Hidrocarburos, podrán ser fiscalizadas a través de Empresas de Auditoría e Inspectoría, así, se creó “la figura de la “empresa de auditoría e inspectoría”. Estas empresas debían ser registradas en el MEM y estaban a cargo de la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones relacionadas a las actividades mineras, de electricidad y de hidrocarburos. Los administrados estaban sujetos a la obligación de contratar a tales empresas e informar anualmente al MEM respecto de dicha contratación” (ALDANA DURA: 2013).

Sin embargo, este esquema de fiscalización tuvo gran objeción para su desarrollo y fue duramente criticado, debido que, tal como se indicaban en aquel entonces, el MEM había abandonado en manos de terceros la responsabilidad de fiscalizar el sector minero. Estas direcciones tenían la potestad de cumplir con sus funciones directamente, a través de sus funcionarios públicos, o a través de Fiscalizadores Externos (en adelante FE), también calificadas e inscritas en un registro, pero cuya remuneración no era pagada directamente por la entidad que debía fiscalizar⁹, por el contrario, estos FE era contratados y sus servicios pagados por las propias empresas. Teniendo en cuenta esto último, el simple hecho que los propios fiscalizados sean quienes paguen directamente a los FE para que los fiscalicen, agudizaba situaciones como el de conflicto de intereses e incluso era más propicio para cometer actos de corrupción o de soborno, beneficiando así se a las distintas empresas, situación que evidentemente generó total desconfianza a este marco de la fiscalización.

Posteriormente, se modificó la norma con la finalidad de dar una solución a la independencia de los FE, siendo el propio MINEM por intermedio de sus direcciones de línea quienes contraten a dichos fiscalizadores, no obstante, el pago de estos aún era asumido principalmente con el pago que hacían las empresas, como así ocurría por ejemplo en minería con el pago del “arancel minero”, pues, aunque ahora era el propio MINEM quien pague y contrate a los FE, la actividades de estos dependía del financiamiento de los titulares de actividades.

⁸ Publicado en el diario oficial El Peruano el 20 de octubre de 1992.

⁹ HUERTAS DEL PINO, Felipe. “Fiscalización Ambiental de las actividades Mineras”. Circulo de Derecho Administrativo Revista N° 8. Lima: CDA. 2009, p. 105.

Segunda etapa

En 1996, se promulgó la Ley N° 26734¹⁰, el cual creó el Organismo Supervisor de Inversión en Energía (en adelante OSINERG), y se le otorgó competencia para fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores de electricidad e hidrocarburos, así como el cumplimiento de las normas legales y técnicas referidas a la conservación y protección del medio ambiente en el desarrollo de dichas actividades. Por tanto, no solo los ministerios estaban a cargo de la fiscalización ambiental, sino también determinados organismos públicos.¹¹

En su inicio, el OSINERG se encontraba a cargo de la fiscalización específica de las actividades eléctricas y de hidrocarburos, fue posteriormente, con la publicación de la Ley N° 28964 – Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades al OSINERG, que se procedió con la transferencia de funciones del sector minero en materia de fiscalización al OSINERG, pasando este último ahora a llamarse el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas (en adelante OSINERGMIN).

El OSINERGMIN aún mantenía la figura de la delegación de funciones de supervisión a terceros, que, en este nuevo esquema se denominaban Empresas Supervisoras Externas (ESE), los cuales, en la práctica, eran lo mismo que los FE. No obstante, con el fin de subsanar las deficiencias que tenía el esquema anterior de la fiscalización, donde el principal problema era la independencia de los FE, debido a que su pago estaba principalmente financiado por las empresas, en este esquema del OSINERGMIN, “una importante diferencia con el segundo régimen son los mecanismos de financiamiento del sistema de fiscalización. En forma adicional al empleo del Arancel de Fiscalización Minera, OSINERGMIN financia las actividades de fiscalización minera con el 70% de las multas que impone a los titulares de las actividades de dicho sector” (HUERTAS DEL PINO: 2009), con ello se busca cortar con esa dependencia que existían con el pago del arancel para realizar las actividades de supervisión.

¹⁰ Publicado en el diario oficial El Peruano el 31 de diciembre de 1996.

¹¹ GOMEZ APAC, Hugo. La fiscalización ambiental del OEFA: Características de un modelo de ejercicio de la potestad sancionadora que armoniza con la inversión. Tesis de maestría en derecho de empresa. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. 2017, pp, 48-19.

Si bien con la creación del OSINERGMIN se avanzó positivamente en relación a la fiscalización ambiental del sector energía y minas, es importante recordar que este sector no es o era las única actividad económica que pueda causar impactos ambiental en el desarrollo de sus proyectos, también hay otros sectores con el mismo potencial de degradación del ambiente, y que aún no tenían el desarrollo en relación a la fiscalización que ya tenía el sector energía y minas, por lo que, era necesario, y teniendo en cuenta los compromisos asumidos en el TLC Perú – Estados Unidos, fortalecer la fiscalización ambiental en todas las actividades susceptibles de causar daños ambientales.

Tercera etapa

En relación con la fiscalización ambiental, en el Capítulo Dieciocho del TLC Perú – Estados Unidos¹², se señala lo siguiente:

“Artículo 18.4: Reglas de Procedimiento

1. Cada Parte asegurará que las personas interesadas puedan solicitar a las autoridades competentes de la Parte que investiguen supuestas infracciones de su legislación ambiental y que las autoridades competentes de cada Parte le den la debida consideración a tales solicitudes de acuerdo con su legislación.

2. Cada Parte asegurará que los procedimientos judiciales, cuasijudiciales o administrativos se encuentren disponibles de acuerdo con su legislación para sancionar o reparar las infracciones a su legislación ambiental.

(a) Dichos procedimientos serán justos, equitativos y transparentes, y para este fin, deberán cumplir con el debido proceso y estar abiertos al público, salvo que la administración de justicia requiera algo distinto.

(b) Los tribunales que realicen o revisen dichos procedimientos deberán ser imparciales e independientes y no deberán tener ningún interés substancial en el resultado del asunto.

3. Cada Parte asegurará que las personas con un interés jurídicamente reconocido conforme a su legislación sobre un determinado asunto tengan adecuado acceso a los procedimientos referidos en el párrafo 2.

(...)”

Se observa entonces que, el TLC Perú – Estados Unidos incluyó compromisos específicos vinculados a la fiscalización, por lo que, centrándonos en la fiscalización

¹² MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO. Acuerdos Comerciales del Perú. Consulta: 30 de setiembre de 2020.

http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/eeuu/espanol/Medio_Ambiente_limpio.pdf

ante instancias administrativas con el objeto de asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental, el compromiso central del Capítulo 18 del TLC consiste en establecer un procedimiento administrativo justo que respete el debido proceso, que la autoridad a cargo del mismo sea imparcial e independiente, que las sanciones a imponer tengan en cuenta la naturaleza y gravedad de la infracción así como el beneficio económico obtenido por la infracción, y que se dicten medidas correctivas conducentes a reparar el daño ambiental (como sería, por ejemplo, limpiar la contaminación fruto de la infracción administrativa ambiental)¹³.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que la fiscalización ambiental en el Perú, en los distintos sectores no tenía el mismo desarrollo normativo e institucional, se consideró necesario crear un ente público que se encargue de esta función específica dentro del sector ambiental, decidiéndose así por crear a un ente público especializado destinado a asumir los asuntos de fiscalización de las distintas actividades económicas. Evidentemente no referimos al OEFA.

Con el fin de entender la naturaleza jurídica del OEFA, es importante entonces conocer lo que la LOPE señala en relación con los Organismos Públicos Especializados (en adelante OPE), y dentro de esto, específicamente conocer la naturaleza de los Organismos Técnicos Especializados (en adelante OTE).

En relación con el concepto de OPE, esto se encuentra desarrollado en el artículo 31 de la LOPE, del cual se desprende que, en el Perú, los organismos administrativos independientes son también conocidos como organismos Públicos Especializados y la Ley declara que poseen un grado mayor de independencia para ejercer sus funciones con arreglo a su propia Ley de creación y a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, no obstante, están adscritos a una autoridad sectorial (Ministerio)¹⁴.

En esa línea, el mismo artículo 31 de la LOPE señala que hay dos tipos de OPE, los cuales son los Organismos Reguladores y los Organismos Técnicos Especializados, siendo este último de principal atención para este trabajo, a fin de conocer la naturaleza jurídica del OEFA.

¹³ GOMEZ APAC, Hugo. La fiscalización ambiental del OEFA: Características de un modelo de ejercicio de la potestad sancionadora que armoniza con la inversión. Tesis de maestría en derecho de empresa. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. 2017, p, 53.

¹⁴ MORON URBINA, Juan Carlos. Preocupaciones sobre los organismos administrativos independientes dentro del Poder Ejecutivo peruano. Revista Ius Et Veritas N° 43. Lima: IEV. 2011, p, 241.

El concepto de OTE, está desarrollados en el artículo 33 de la LOPE, en el cual se señala lo siguiente:

Artículo 33.- Organismos Técnicos Especializados

Los Organismos Técnicos Especializados se crean, por excepción, cuando existe la necesidad de:

1. Planificar y supervisar, o ejecutar y controlar políticas de Estado de largo plazo, de carácter multisectorial o intergubernamental que requieren un alto grado de independencia funcional.

2. Establecer instancias funcionalmente independientes que otorgan o reconocen derechos de los particulares, para el ingreso a mercados o el desarrollo de actividades económicas; que resulten oponibles a otros sujetos de los sectores Público o Privado.
Los Organismos Técnicos Especializados:

1. Están dirigidos por un Consejo Directivo.

2. Se sujetan a los lineamientos técnicos del Sector correspondiente con quien coordinan sus objetivos y estrategias.

3. Su política de gasto es aprobada por el Sector al que están adscritos, en el marco de la política general de Gobierno.

Según lo señalado por el artículo en mención, entendemos entonces que, los OTE se instituyen principalmente para encargarse de la planificación, supervisión y ejecución de políticas públicas, que, debido a la importancia que ciertos asuntos tienen, es necesario que, para abordarlo y dar una respuesta adecuada a dicho asunto, un ministerio instituya un ente especializado que se pueda encargar específicamente de eso, y debido a ello, a entes públicos como los OTE se les brinda un alto grado de autonomía para que realicen de manera idónea la función que se le asigne, lo cual, no implica que dejen de estar adscritos a un ministerio en específico.

Entendiendo así la naturaleza jurídica de los OTE, y con la finalidad de fortalecer el sector ambiente, con relación a la fiscalización ambiental, el Decreto Legislativo N° 1013, establecido en su Segunda Disposición Complementaria Final lo siguiente:

1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

Créase el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, como organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, constituyéndose en pliego presupuestal, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental que corresponde.

Asimismo, la misma disposición complementaria señaló que las funciones del OEFA, sería las siguientes:

- a) Dirigir y supervisar la aplicación del régimen común de fiscalización y control ambiental y el régimen de incentivos previstos en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, así como fiscalizar y controlar directamente el cumplimiento de aquellas actividades que le correspondan por Ley.*
- b) Ejercer la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias, aplicando las sanciones de amonestación, multa, comiso, inmovilización, clausura o suspensión, por las infracciones que sean determinadas y de acuerdo al procedimiento que se apruebe para tal efecto, ejerciendo su potestad de ejecución coactiva, en los casos que corresponda.*
- c) Elaborar y aprobar el plan anual de fiscalización ambiental, así como elaborar el informe de resultados de aplicación del mismo.*
- d) Realizar acciones de fiscalización ambiental en el ámbito de su competencia.*
- e) Supervisar que las entidades competentes cumplan con las funciones de fiscalización establecidas por la legislación vigente.*
- f) Emitir opinión técnica sobre los casos de infracción ambiental que puedan dar lugar a la acción penal por la comisión de los delitos tipificados en la legislación pertinente.*
- g) Informar al Ministerio Público de aquellos hechos de naturaleza penal que conozca en el ejercicio de su función.*

Concretada la creación del OEFA como un OTE, este se convertiría en la entidad encargada de las funciones de fiscalización ambiental por excelencia, sin embargo, “una vez publicado el Decreto Legislativo N° 1013, hubo quienes interpretaron que las funciones de fiscalización ambiental no podían ser más ejercidas por otra entidad que no fuera el OEFA y, por ello, en algunos casos, ciertas entidades optaron por suspender las supervisiones en tanto tal situación no fuera legalmente esclarecida” (ALDANA DURAN: 2013). Esta interpretación no era correcta, pues, para que el OEFA inicie sus funciones como entidad fiscalizadora era necesario iniciar los procesos de transferencia de funciones de las distintas entidades con funciones de fiscalización hacia el OEFA.

En ese escenario, y con el fin de esclarecer dicha situación, se promulgó el Decreto Legislativo N° 1039¹⁵, decreto que modificó el Decreto Legislativo N° 1013, disponiéndose lo siguiente:

“PRIMERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA. -

¹⁵ Publicado en el diario oficial El Peruano el 26 de junio de 2008.

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

(...)

Precítese que las entidades que ejercen funciones y competencias a ser asumidas por el Ministerio del Ambiente continúan en el ejercicio de las mismas, hasta la aprobación de los documentos de gestión correspondientes al Ministerio del Ambiente, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental y el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado.

Autorízase al Ministerio del Ambiente a dictar las normas complementarias que se hagan necesarias para la adecuada implementación de la presente disposición”.

Con esa norma modificatoria, se fijó claramente que las autoridades fiscalizadoras que hasta ese momento venían ejerciendo dichas potestades debían de continuar ejerciendo sus funciones de fiscalización en el ámbito de sus competencias, pues, las funciones de fiscalización que el OEFA iba a ejercer, no se podría realizar sin antes haber realizado el respectivo proceso de transferencia de funciones.

2. La potestad sancionadora del OEFA y su transición entre la Ley N° 30011 y la Ley 30230.

Entendiendo que la orientación del presente trabajo es analizar las funciones de fiscalización ambiental del OEFA y junto a ello evaluar el impacto que tuvo la aplicación del artículo 19 de la Ley 30230, resulta necesario para ello, abordar el concepto de la potestad sancionadora del estado, lo cual, nos permitirá conocer y entender de mejor manera cual es la noción de dicha potestad y, a partir de eso, comprender la naturaleza jurídica del OEFA como entidad fiscalizadora y sancionadora de las obligaciones ambientales. Asimismo, resulta pertinente analizar lo que la Ley 30011 introdujo normativamente en el régimen de fiscalización ambiental del OEFA, y el impacto positivo que dicha norma trajo consigo, y, finalmente, se analizará el efecto negativo que tuvo la entrada en vigor de la Ley 30230.

2.1 La potestad sancionadora de la Administración Pública.

El Estado como garante de los derechos fundamentales

Según lo dispuesto por la Constitución Política del Perú de 1993, es el Estado el llamado a constituirse como el garante para velar por los derechos fundamentales de las personas, establecidos en el artículo 2 de dicho cuerpo normativo, encontrándose entre estos derechos, el de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de

la vida. Asimismo, es el encargo de proteger, regular y administrar los recursos naturales de la nación, ejerciendo soberanía sobre los mismos, tal como lo dispone en su artículo 66.

La suma de estas disposiciones legitima la intervención del Estado para establecer el marco regulatorio que le permita concretar estos objetivos que la Constitución ha establecido. En ese sentido, el Estado posee diversas formas de actuación administrativa que son clasificados de diversas formas.¹⁶

Es así como, el Estado a través del aparato de la administración pública, podrá intervenir de distintas maneras y realizar diversas actuaciones para regular las actividades económicas y el comportamiento de los administrados, aplicando para ello las denominadas “Actividades de la Administración”, encontrado entre estas actividades las siguientes:

- i) Actividad de policía u ordenación
- ii) Actividad de prestación
- iii) Actividad de fomento
- iv) Actividad de inspección y fiscalización
- v) Actividad de sanción
- vi) Actividades arbitral o de solución de controversias

Estas actividades, permitirán hacer frente a uno de los grandes desafíos de la Administración Pública, a todo nivel y en todas las latitudes, que es, sin duda, lograr un balance eficiente entre las políticas de restricción y las medidas de promoción de comportamientos económicos específicos. Un claro ejemplo lo representa el necesario equilibrio entre la política pública de promoción de actividades industriales dedicadas a la explotación de nuestros recursos naturales y la política enfocada en la protección y aprovechamiento sostenible del ambiente.¹⁷

En ese sentido, el Tribunal Constitucional (en adelante TC), se pronunció en la Sentencia N° 0048-2004-PI/TC, respecto de el rol que debe de cumplir el estado con relación a la regulación ambiental y la protección de esta, señalando en el fundamento 38 de dicha sentencia lo siguiente:

¹⁶ CHAPPA VICUÑA, Albertina. “Los problemas de la fiscalización ambiental directa de OEFA en las actividades mineras para la protección de los recursos hídricos del Perú”. Tesis para optar el grado de Magíster en Ciencia Política y Gobierno. Lima: PUCP. 2015, p, 19.

¹⁷ HUAPAYA NAVA, Mario y Ernesto SOTO CHAVEZ. “Los nuevos criterios del Tribunal de Fiscalización Ambiental: El desafío de lograr una justicia ambiental equilibrada”. La Fiscalización Ambiental en el Perú: Reflexiones sobre las funciones y atribuciones del OEFA. Lima: OEFA. 2014, p, 282.

“En la medida que la protección del medio ambiente constituye una preocupación principal de las actuales sociedades, se impone la necesidad de implementar fórmulas que permitan la conciliación del paradigma del desarrollo con la necesaria conservación de los recursos y elementos ambientales que se interrelacionan con el entorno natural y urbano. Se busca con ello preterir formas de desarrollo irrazonable, que en sí mismo es destructivo y no sostenible para el beneficio de las generaciones presentes y futuras”. Ello exige que el Estado, a través de la Administración como gestora pública, asuma el deber que le impone la Constitución en su Artículo 44, consistente en “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”; para la consecución de dicho fin debe emplear todos los medios legítimos y razonables que se encuentren a su alcance, limitando, condicionando, regulando, fiscalizando y sancionando las actividades de los particulares hasta donde tenga competencias para ello, sea que éstas se realicen de forma independiente o asociada. Estos principios se concretizan en una política de Estado orientada a conseguir una mejor calidad de vida para la población, cuyo contenido excluya criterios residuales o de conveniencia coyuntural que sólo acarreen desarrollos legislativos inorgánicos, en consonancia con lo establecido por el Artículo 67 de la Constitución. Además, exige que los poderes públicos controlen el uso racional de los recursos naturales dentro de un desarrollo económico armónico, como doctrinariamente se enuncia, criterio que el Tribunal Constitucional busca enfatizar en esta sentencia. No obstante, un límite constitucional a esta política nacional del ambiente es el reconocimiento de la libertad de empresa consagrada en el Artículo 59° de la Constitución, derecho fundamental que no se encuentra en conflicto con la regulación estatal de la materia, sino que se realiza a través de ella”.

De la cita anterior, queda corroborado que el Estado es el encargado de instituir un marco normativo y regulatorio que permita proteger bienes jurídicos de vital importancia como lo es el medio ambiente, de igual manera, queda claro también, que este deber no solo se limita a la formulación de normas regulatorias y de control de comportamientos de los administrados, además, para lograr una mejor efectividad, debe de emplear otros medios tales como la fiscalización y sanción, lo cual, le permita desplegar determinadas actividades de la administración pública, tales como las actividades de policía, de fiscalización y de sanción.

Se debe entender por la actividad de policía, como aquella que hace referencia a una serie de acciones de la Administración destinadas a vigilar, limitar y ordenar la actividad de los particulares, bajo medios y facultades de coacción o habilitación, para atender a la protección de bienes jurídicos de interés público y seguridad de la colectividad. Esta intervención en la actividad de los particulares se legitima por la necesidad de atender un bien jurídico superior, que es el interés público¹⁸. Con relación a la actividad de fiscalización y/o inspección, esto se refiere a las formas de

¹⁸ LAGOS YANEZ, Francisco. El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la administración. Tesis para optar el Título de Abogado. Lima: PUCP. 2017, p. 62.

intervención sobre los administrados destinada a comprobar si, en una determinada actividad de los particulares, se cumple con los deberes legales impuestos por el ordenamiento jurídico. Del resultado de la actividad de inspección, puede derivar correspondientemente la aplicación de una sanción ante un eventual incumplimiento de las obligaciones legales expresamente tipificadas¹⁹. Y, finalmente, la actividad de sanción está dirigida a identificar las eventuales contravenciones administrativas por parte de los particulares, para así determinar responsabilidades, imponer sanciones de ser el caso, y desalentar con ello futuras y posibles acciones infractoras. Dicha actividad se vale de una serie de instrumentos legales, tales como las amonestaciones, las multas económicas, el decomiso de bienes, la cancelación de derechos, el cierre de locales, la prohibición de actividades, inhabilitación de derechos, entre otros.²⁰

En ese sentido, es importante resaltar que dentro de las primeras y principales obligaciones de la autoridad, se encuentra la de evitar la lesión o vulneración a un derecho constitucionalmente reconocido, y si fuera el caso que el daño ya se generó, se deberá ver la forma de remediar ese bien jurídico constitucional. Es así que la sociedad solicita y requiere del estado, que vele por el cumplimiento del marco normativo de manera imperativa. Esto guarda correlación con lo señalado por el TC en la Sentencia correspondiente al Expediente N° 858-2003-AA/TC, en e cual se señala lo siguiente:

“si los derechos fundamentales cumplen una función de legitimación jurídica de todo el ordenamiento constitucional, y, al mismo tiempo, tienen una pretensión de validez, entonces tienen también la propiedad de exigir del Estado [y de sus órganos] un deber especial de protección para con ellos. Asimismo, el Tribunal Constitucional menciona que, la constitucionalización del “deber especial de protección” comporta una exigencia sobre todos los órganos del Estado de seguir un comportamiento dirigido a proteger, por diversas vías, los derechos fundamentales, ya sea cuando estos hayan sido puestos en peligro por actos de particulares, o bien cuando su lesión se derive de otros Estados”.

Teniendo en cuenta lo señalado hasta aquí, será necesario para brindar mayor eficacia y protección al ordenamiento jurídico, establecer medidas y mecanismos que permitan, ante la vulneración o infracción de las normas, reprimir dichas acciones y a la vez generar el incentivo necesario para el cumplimiento de las mismas, entendiendo por esto como el poder punitivo del Estado o *ius puniendi*.

¹⁹ *Ibidem*, p. 61.

²⁰ *Ibidem*, p. 61-62.

Antes de entrar a desarrollar el concepto jurídico del ius puniendi, resulta importante señalar que, a diferencia del ordenamiento jurídico español, donde el derecho sancionador está contemplado en el artículo 45 de su Constitución, en el cual se prevé expresamente que el derecho sancionador administrativo se aplique en materia ambiental, junto con el derecho penal como manifestación del ius puniendi del Estado²¹. En el Perú, este reconocimiento constitucional del ius puniendi, solo se reconoce como la facultad punitiva de los órganos jurisdiccionales del derecho penal, pero no se hace mención expresa a la facultad sancionadora de la administración pública.

Sin embargo, esta falta de reconocimiento constitucional del ius puniendi de la administración, no debe entenderse como que no la ostentara, pues, la potestad del 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 menores²². Asimismo, la existencia de las prerrogativas antes mencionadas, provienen de la autotutela administrativa, la cual hoy en día no se discute, por lo menos en nuestra tradición administrativa.²³

El ius puniendi del Estado

El poder punitivo del Estado, o ius puniendi, es el poder que tiene el Estado para castigar a los ciudadanos. El Estado detenta esta potestad, en forma exclusiva; es decir, monopólica²⁴. Es el único que puede infringir daños a los ciudadanos a título de castigo por la violación de lo establecido en el ordenamiento jurídico. Las leyes y demás normas que han sido emitidas para ser observadas y ser respetadas. Es legítimo, y de sentido común, que el Estado castigue a aquel que viola las normas que el propio

²¹ SANZ RUBIALES, Iñigo. “La potestad sancionadora en España”. El derecho Administrativo Sancionador Ambiental: Experiencias en Colombia, España y Perú. Lima: OEFA. 2014, p, 19.

²² HUAPAYA NAVA, Mario. El derecho Administrativo Sancionador Ambiental: Experiencias en Colombia, España y Perú. Lima: OEFA. 2014, p, 44.

²³ GUZMAN NAPURÍ, Christian. “Infracciones Administrativas y Potestades en Materia Ambiental”. La Fiscalización Ambiental en el Perú: Reflexiones sobre las funciones y atribuciones del OEFA. Lima: OEFA. 2014, pp, 115-116.

²⁴ GARCÍA CAVERO, Percy. “El ejercicio del ius puniendi es monopolio del Estado”. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Lima: 2008, p, 74.

Estado ha emitido. Si no hubiera castigo, no habría orden, y el orden es necesario para que haya Estado, para que haya una convivencia pacífica en la sociedad, lo que permite bienestar, progreso y desarrollo.²⁵

El fundamento del *ius puniendi* es la necesidad de realizar justicia por medio del castigo; y desde el punto de vista de la prevención, su fundamento es la necesidad de proteger a la sociedad, protegerla de aquellas conductas que pueden dañar a las personas, a las relaciones que entablan las personas y a sus bienes.²⁶

En ese orden de ideas, es importante entender que el *ius puniendi* se manifiesta como una potestad del Estado y, como tal, se debe comprender a la potestad como aquella situación de poder atribuida por el ordenamiento jurídico previo, en particular, por la ley, que habilita a su titular para imponer conductas a terceros²⁷, con la posibilidad de que el sujeto pasivo deba soportar las consecuencias de dicho poder, que podrían no ser ventajosas, y que incluso no podrían evitarse, salvo que las mismas se estén ejerciendo de manera ilegal.²⁸

En ese sentido, la potestad es un concepto que de por sí implica un poder que alguien tiene sobre una persona o cosa²⁹. Es toda manifestación del poder soberano (Estado), que entra en el ámbito jurídico a través de la Constitución del Estado para ser distribuida entre los diversos niveles de su estructura orgánica. Las potestades de la Administración, se dice, son los medios jurídicos mediante los cuales procura sus fines; la potestad sería un reflejo cualificado del poder que ejerce la Administración.³⁰

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

²⁵ GOMEZ APAC, Hugo. *Íbidem*, p, 17.

²⁶ *Íbidem*, p, 17-16.

²⁷ SANTAMARÍA, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. 2000, p. 394.

²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*. Tomo II. Madrid: Civitas. 2000, p. 31.

²⁹ Real Academia Española (RAE). *Diccionario de la lengua española*, Consultado el 14 de octubre de 2020 en: <http://dle.rae.es/?id=Trz0bwV>.

³⁰ LINARES, Juan Francisco. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1986, pp. 226.

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.³¹

Se debe entender entonces, que el ius puniendi del Estado se manifiesta tanto desde la vía judicial como desde la vía administrativa, y así también lo entiende el TC³², al señalar que la potestad de dictar sanciones administrativas al igual que la potestad de imponer sanciones penales, derivan del ius puniendi del Estado, no obstante, corresponde precisar que, no pueden equipararse ambas, dado que no solo las sanciones penales son distintas a las administrativas, sino que los fines en cada caso son distintos.

Es así que, en relación con la potestad sancionadora de la administración pública, esta se justifica en razones de orden práctico, que resultaba necesario dotarla de potestades coercitivas con el fin de que esta pueda dar cumplimiento a las normas legales, siendo necesario para ello la aplicación de sanciones ante la ocurrencia de infracciones.

Teniendo en cuenta ello, es importante resaltar que, la finalidad de la aplicación de sanciones en virtud de la potestad sancionadora no es sólo retributiva de la acción u omisión constitutiva de la infracción, sino también preventiva o disuasoria de la comisión de (futuras) infracciones.³³ Queda claro entonces, que lo esencial de la sanción es prevenir y desincentivar la realización de conductas ilícitas por parte de los administrados. Para tal efecto el ordenamiento debe estar orientado para la consecución de tal finalidad.³⁴

Pues, la práctica ha evidenciado que, al menos en materia ambiental, la aplicación de sanciones 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

³¹ HUAPAYA NAVA, Mario. *Íbidem*, p, 43.

³² Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del 26 de setiembre del 2011, recaída en el Expediente N° 01668-2011-PA/TC, fundamento jurídico 4.

³³ COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativos. Parte General*. Vigésimoprimera edición. Madrid: Civitas. 2010, p, 584.

³⁴ MARTIN TIRADO, Richard. "Nuevos rumbos del procedimiento administrativo sancionador: La reforma del procedimiento sancionador del OEFA a la luz de la Ley N° 30011. La Fiscalización Ambiental en el Perú: Reflexiones sobre las funciones y atribuciones del OEFA. Lima: OEFA. 2014, p, 141.

disuasión por la vía del castigo, 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 concededoras del medio, puede resultar ineficaz por falta de datos previos.³⁵

La regulación legal de la Potestad Sancionadora

Anteriormente, se señaló que la potestad sancionadora de la administración pública no se contempla expresamente en la Constitución Política de 1993, como si lo tiene el ius puniendi de los órganos jurisdiccionales en materia penal.

No obstante, a nivel legal, hay reconocimiento de la Potestad Sancionadora de la administración pública en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG), y esto, con el objeto precisamente de regular el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública en un marco garantista de derechos fundamentales propios de un Estado (constitucional) de derecho, la LPAG prevé en un capítulo lo referido al procedimiento administrativo sancionador, destacando los principios que guían el ejercicio de la aludida potestad, las garantías mínimas para los administrados y el cauce procedimental que asegure el cumplimiento de dichos principios y garantías³⁶. Como señala Richard Martin Tirado, en el procedimiento administrativo sancionador previsto en la Ley del Procedimiento Administrativo General se ha asimilado un derecho administrativo sancionador que a través de los años ha ido evolucionando bajo los mismos elementos que contribuyeron a su origen, como fue la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina nacional y extranjera, fuentes a las que habría que agregar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Poder Judicial y la legislación comparada.³⁷

Bajo ese entendido, la LPAG, señala cuales son los principios especiales que orientan a la potestad sancionadora, encontrando entre ellos:³⁸

1. Legalidad

³⁵ Íbidem. SANZ RUBIALES, Iñigo, p, 30.

³⁶ GOMEZ APAC, Hugo. Íbidem, p, 24.

³⁷ MARTIN TIRADO, Richard. Íbidem, pp, 141-142.

³⁸ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General
Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(...)

2. Debido procedimiento
3. Razonabilidad
4. Tipicidad
5. Irretroactividad
6. Concurso de infracciones
7. Continuación de infracciones
8. Causalidad
9. Presunción de licitud
10. Culpabilidad
11. No bis in idem

Estos principios se instituyen como pilares orientadores de la potestad sancionadora del estado, siendo de obligatorio cumplimiento por todas aquellas autoridades que han sido designadas por ley y dotadas con dicha potestad para ejercerla.

Po otro lado, la LPAG, señala una precisión adicional con relación a las sanciones, reconociendo lo siguiente:

“Artículo 232. Determinación de la responsabilidad 232.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con el dictado de medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la de los bienes afectados, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, las que son determinadas en el proceso judicial correspondiente. Las medidas correctivas deben estar previamente tipificadas, ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto”.

Teniendo en cuenta lo señalado, esta disposición reconoce que la aplicación de sanciones es totalmente compatible con la aplicación de medidas administrativas, pues, cada una de ellas tendrá una finalidad distinta, ya que, como mencionamos anteriormente, la sanción tendrá un fin preventivo y disuasorio para que los administrados no vuelvan a incurrir en infracciones administrativas, mientras que, la necesidad de contar en el ordenamiento jurídico con las denominadas “medidas correctivas” (que en doctrina son también denominadas medidas resarcitorias o medidas de reposición) puedan permitir el logro de la finalidad de restituir el estado de cosas previo a la comisión de la infracción.³⁹ Por lo que, la aplicación de sanciones y de medidas correctivas, permitirá tener un marco legal de fiscalización mejor dotado

³⁹ Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Las medidas correctivas en el Marco de la Fiscalización Ambiental del Oefa. Lima. Páginas 22.

para la consecución de sus fines, y, en caso una de estas acciones sea limita, impidiendo su aplicación, el marco regulatoria se verá disminuido e impactado negativamente.

Por otro lado, ya en concreto con la fiscalización ambiental en materia ambiental, la Ley General del Ambiente (en adelante LGA) es la primera norma que recogió la disposición de ejercitar funciones de fiscalización, señalando así que:

Artículo 130°.- De la fiscalización y sanción ambiental

130.1 La fiscalización ambiental comprende las acciones de vigilancia, control, seguimiento, verificación y otras similares, que realiza la Autoridad Ambiental Nacional y las demás autoridades competentes a fin de asegurar el cumplimiento de las normas y obligaciones establecidas en la presente Ley, así como en sus normas complementarias y reglamentarias.

(...)

Asimismo, la LGA, estableció el denominado Régimen Común de la Fiscalización Ambiental, el sentido de establecer un mandato para la aprobación de un Régimen Común obedeció, desde un inicio, a la existencia de una multiplicidad de autoridades competentes en materia de fiscalización ambiental, las cuales requerían contar con reglas comunes para el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, este régimen con el tiempo tuvo que adecuarse a los nuevos avances normativos e institucionales, pues, tales como la creación del OEFA y la instauración del Sistema Nacional de Fiscalización Ambiental (en adelante SINEFA).

2.2. La Ley SINEFA y la entrada en vigor de la Ley 30011 y la Ley 30230

La Ley del SINEFA

Tal como se desarrolló en la segunda sección de este trabajo, el OEFA, se creó como un Organismo Técnico Especializado, a cargo de incentivar buenas prácticas ambientales mediante la aplicación de sanción a los infractores a la legislación ambiental, constituyéndose así como una entidad clave en el tan ansiado balance o equilibrio de la institucionalidad de nuestro país, donde claramente un excesivo o irracional uso de la autoridad pública puede retirar a los agentes del mercado, retraer sus nuevas inversiones y/o desincentivar a los nuevos actores y ,por otro lado, una legislación y gestión ambientales débiles o insuficientes podrían no garantizar o garantizar pobremente los derechos fundamentales que la entidad promueve y defiende, y que presentan sus cimientos en nuestra Constitución Política y derechos

fundamentales reconocidos a nivel global.⁴⁰ Por lo que, era necesario la intervención de un ente público, es decir, el OEFA, para que logré el balance adecuado.

Lo establecido en el Decreto Legislativo 1013, solo se limitó a señalar que el OEFA sería el ente encargado de la supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental, pero, para efectivizar ello, era necesario un desarrollo normativo adicional que permita precisar y determinar los alcances de dichas funciones, teniendo en cuenta además que, para atribuir la potestad sancionadora a un ente público, y todo lo que ello implica, es necesario cumplir con el principio de legalidad.

En atención a ello, se publicó la Ley 29325⁴¹, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), el cual, tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de todas las personas naturales o jurídicas y garantiza que las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y potestad sancionadora en materia ambiental, a cargo de las diversas entidades del Estado, se realicen de forma independiente, imparcial, ágil y eficiente⁴². Además, esta norma designó al OEFA como el ente rector de dicho sistema,⁴³ buscando así un enfoque sistémico de la fiscalización ambiental, siendo el OEFA el encargado de no solo asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental, sino también, ser el coordinador entre los distintos niveles de gobierno y entidades del poder ejecutivo.

Esta norma, precisó que la fiscalización ambiental no constituye un proceso único, sino un conjunto de procesos, concatenados o vinculados entre sí, que se orientan a lograr el cumplimiento de las obligaciones ambientales. A este conjunto de procesos, en el OEFA, se la llama el “macroproceso” de la fiscalización ambiental, lo cual comprende las acciones de evaluación de la calidad ambiental de la zona de influencia directa e indirecta del proyecto o actividad económica, de supervisión (directa) de las obligaciones ambientales de las empresas, de fiscalización y sanción —tramitación de procedimientos sancionadores— y de aplicación de incentivos.⁴⁴

⁴⁰ HUAPAYA NAVA, Mario. “Los nuevos criterios del Tribunal de Fiscalización Ambiental”. La Fiscalización Ambiental en el Perú: Reflexiones sobre las funciones y atribuciones del OEFA. Lima: OEFA. 2014, p. 282.

⁴¹ Publica el 05 de marzo de 2009 en el diario oficial El Peruano.

⁴² Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Artículo 3.

⁴³ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Artículo 6.

⁴⁴ GOMEZ APAC, Hugo. *Íbidem*, p. 77.

El siguiente gráfico muestra el contenido del macroproceso de la fiscalización ambiental.



(Fuente: OEFA)

En atención a lo anterior, la Ley del SINEFA, permitió identificar de mejor manera cuales son y que alcances tienen las funciones que ostenta el OEFA en forma general, detallando que estas abarcan la función de evaluación, entendiendo por ello a las acciones de monitoreo y vigilancia de la calidad ambiental; la función de supervisión directa, la cual comprende las acciones de verificación y seguimiento de los compromisos y obligaciones ambientales por parte de los titulares de proyectos de inversión u actividades económicas de los sectores que le vayan siendo transferidas al OEFA; la función de fiscalización y sanción, lo cual implica la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores ante la posible ocurrencia de infracciones ambientales y la imposición de sanciones de ser el caso, además, esto puede ir acompañado con medidas administrativas que el OEFA estime necesarias, y, finalmente, la función de aplicación de incentivos, entendiendo por esto, como la legitimación del OEFA para promover mecanismos que buscan incentivar el cumplimiento y acciones adicionales para el aseguramiento de la normativa ambiental, para ello, se creó el Registro de Buenas Prácticas Ambiental y el Régimen de Incentivos en el ámbito de la fiscalización. Adicionalmente, el OEFA, en atención a las atribuciones que ostenta, tienen facultad de normar en todo lo relacionado a su ámbito de competencias.

Ley del SINEFA, estableció también la forma para la conformación del Consejo Directo (en adelante CD) del OEFA⁴⁵ y la estructuración de los órganos resolutive de dicha entidad⁴⁶. Con relación a lo primero, se estableció que el CD es el órgano máximo del OEFA, teniendo por función principal definir la política de la institución y aprobar el Plan Anual de Evaluación y Fiscalización Ambiental y, respecto a su conformación, el CD estará integrado por 5 miembros designados mediante resolución ministerial, siendo elegidos 2 miembros por el MINAM y 3 por concurso público. Respecto a lo segundo, es decir, a los órganos resolutive, se estableció que el OEFA contará con dos órganos resolutive de primera y segunda instancia para ejercer la potestad sancionadora, siendo la primera instancia una unidad especializada orgánicamente dentro del OEFA, que vendría a ser la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos; y, la segunda instancia, sería el Tribunal de Fiscalización Ambiental, siendo el órgano de segunda y última instancia administrativa, teniendo prerrogativas para constituir precedentes vinculantes en materia ambiental y contar con salas especializadas según las funciones que vaya asumiendo.

Por otro lado, la Ley del SINEFA, determinó que, en atención a la potestad de fiscalización que ostenta el OEFA, esta entidad contará con facultades para realizar fiscalizaciones (es decir supervisiones) sin previo aviso en los establecimientos y lugares sujetos a fiscalización de los administrados, podrá hacer uso de peritos y técnicos especialistas según se requiera, podrá requerir toda la información que estime necesaria a las empresas que coadyuve a la fiscalización. Todo esto, con el fin de realizar las diligencias necesarias para un adecuado desarrollo de las supervisiones. No obstante, corresponde indicar que, en la versión inicial de la Ley del SINEFA, solo contempló la posibilidad de aplicar medidas correctivas para revertir las conductas constitutivas de infracción, sin perjuicio de la aplicación de la sanción correspondiente, pero, no se reguló nada en relación con la imposición de medidas preventivas y de carácter particular, logrando su incorporación con modificaciones normativas posteriores.⁴⁷

⁴⁵ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Artículo 8.

⁴⁶ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Artículo 10.

⁴⁷ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Artículo 15.

En relación con las facultades para la tipificación de conductas, la Ley del SINEFA, en su versión original, no facultó al OEFA para que lo pueda realizar, encargando dicha labor al MINAM, por ello, en el 2012, el MINAM aprobó la primera tipificación de infracciones para el OEFA, pero solo fue para el sector minero⁴⁸, dejando a que los otros sectores como hidrocarburos y electricidad continúen aplicando las tipificaciones aprobadas por el OSINERGMIN.

En atención a lo señalado hasta aquí, lo dispuesto por la Ley del SINEFA, permitió determinar un poco mejor los alcances sobre las funciones que el OEFA desarrollaría como entidad fiscalizadora y sancionadora en materia ambiental, y dio a conocer también la estructura orgánica e institucional que el OEFA tendría para el desarrollo de sus funciones y el enfoque sistémico que se buscaba para un mejor desarrollo de la fiscalización ambiental en el Perú. No obstante, la versión original de la Ley del SINEFA, omitió y no reguló muchos aspectos y atribuciones que eran necesarios de dotar al OEFA para un fortalecimiento aún mayor de esta entidad, situación que, tomó forma y concreción con la entrada en vigor de la Ley 30011.

Ley 30011

La entrada en vigor de la Ley 30011, el 26 de abril del 2013, trajo consigo una serie de disposiciones que, desde mi perspectiva, permitió el fortalecimiento que el OEFA necesitaba para el cabal cumplimiento de la potestad sancionadora y sus funciones de supervisión, fiscalización y sanción con las cuales había sido dotado.

Puntualmente, lo dispuesto por la Ley 30011 se puede resumir en los siguientes puntos:

1. Se reguló y precisó los alcances de las funciones que el OEFA detenta como entidad supervisora, fiscalizadora y sancionadora en materia ambiental y las funciones correspondientes a su rol como ente rector del SINEFA.

- “2. OEFA tipificará las conductas y aprobará la respectiva escala de sanciones mediante Resolución de Consejo Directivo. La tipificación de infracciones y sanciones generales y transversales será de aplicación supletoria a la tipificación

⁴⁸ Cuadro de Tipificación de Infracciones Ambientales y Escala de Multas y Sanciones aplicables a la Gran y Mediana Minería respecto de Labores de Explotación, Beneficio, Transporte y Almacenamiento de Concentrados de Minerales, aprobado por el Decreto Supremo N° 007-2012- MINAM, publicado el 10 de noviembre del 2012.

de infracciones y sanciones que utilicen las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA).

3. Se le otorga a OEFA la facultad de dictar medidas preventivas y mandatos de carácter particular con el objetivo de que éste realicen determinadas acciones que garanticen la eficacia de la fiscalización ambiental.

4. La incorporación del artículo 20-A, que dispone que en caso de que el administrado decida iniciar un proceso contencioso administrativo, de acción de amparo u otra, esto no interrumpirá ni suspenderá el procedimiento de ejecución coactiva de las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa referidas a la imposición de sanciones administrativas emitidas por el OEFA.

5. Modificó la Ley N° 28611, “Ley General del Ambiente”, fijando el tope de las multas por infracciones ambientales de 10 000 UIT’s (Unidades Impositivas Tributarias) a 30 000 UIT’s.”⁴⁹

Con relación al primer punto, la Ley 30011, delimitó claramente que el OEFA tiene funciones propias como entidad y funciones como ente rector del SINEFA, estableciendo así que, las función evaluadora, de supervisión, de fiscalización y sanción, son funciones propias del OEFA como entidad fiscalizadora en materia ambiental y, sus funciones correspondientes a ser el ente rector del SINEFA, implica la función normativa y supervisora de entidades de fiscalización ambiental, situación que, permitió fortalecer sus capacidades para que las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA) del ámbito nacional, regional o local, contribuyan con el eficaz funcionamiento del SINEFA y la finalidad para la cual esta fue creada.

Sobre el segundo punto, Ley 30011 si otorgó competencia directa al OEFA para aprobar sus propias tipificaciones de infracciones y escala de sanciones, pues, como señalamos anteriormente, la versión original de la Ley del SINEFA encomendó esta competencia al MINAM. Por lo que, con la modificación introducida por la Ley 30011, y para ejercer debidamente esta función, el Consejo Directivo del OEFA aprobó las “Reglas Generales sobre el ejercicio de la Potestad Sancionadora del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA”, las cuales establecen criterios para determinar la conducta infractora y graduar la sanción. Esta norma

⁴⁹ VALLES ALMEYDA, Miguel. Impacto en la fiscalización ambiental, a propósito del artículo 19 de la Ley N° 30230 y la actuación del OEFA en el sector minero. Trabajo Académico para optar el grado de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho. 2016, pp, 13-14.

garantiza la observancia de los principios de legalidad, tipicidad, proporcionalidad y no confiscatoriedad. Teniendo en cuenta dichas reglas generales, durante los años 2013 y 2014, este organismo aprobó las tipificaciones generales y transversales, y durante el 2015, aprobó las tipificaciones sectoriales aplicables a las actividades de minería (exploración y explotación), energía (electricidad e hidrocarburos) y pesca, así como lo referido a la moratoria para el ingreso y producción de organismos vivos (genéticamente) modificados - OVM.⁵⁰

Respecto del tercer punto, la Ley 30011, estableció que el OEFA podrá aplicar medidas preventivas como mandatos de hacer o no hacer, cuando se evidencia un inminente peligro o alto riesgo de producirse un daño grave al ambiente, los recursos naturales o derivado de ellos, a la salud de las personas; así como para mitigar las causas que generan la degradación o el daño ambiental. Asimismo, se contempló la facultad del OEFA y de las EFA en general, de imponer mandatos de carácter particular con el fin de exigir determinadas acciones a los administrados para garantizar la eficacia de la fiscalización ambiental. Con todo ello, se logró dotar de mejores herramientas al OEFA para el cumplimiento de sus funciones.

El cuarto punto, esta referido a la ejecutoriedad de las resoluciones del OEFA. En atención a ello, la ejecutoriedad es entendida como el privilegio de los actos administrativos de poseer la fuerza necesaria para aplicarse de forma inmediata y por sí misma, es decir, sin necesidad de la intervención de la autoridad judicial, esto en parte a que los actos administrativos gozan de una presunción de legitimidad, es decir, la ejecutoriedad no es otra cosa, más que la manifestación de alguno de los privilegios que detenta la administración, los cuales emanan del principio de autotutela.⁵¹

En ese sentido, la Ley 30011, consolidó y afirmó la ejecutoriedad de las resoluciones administrativas emitidas por el OEFA, ya que, con la incorporación del artículo 20-A, se estableció que, La sola presentación de una demanda contencioso-administrativa, de amparo u otra, no interrumpe ni suspende el procedimiento de ejecución coactiva de las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa referidas a la imposición de sanciones administrativas emitidas por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Disposición que a simple vista otorga

⁵⁰ GOMEZ APAC, Hugo. *Íbidem*, pp, 93-94.

⁵¹ MARTIN TIRADO, Richard. *Íbidem*, pp, 159-160.

una ventaja a las resoluciones emitidas por el OEFA y la potestad sancionadora que ostenta.

Sobre el quinto punto, la Ley 30011, modificó lo dispuesto por la Ley General del Ambiente (LGA) respecto del tope de las multas que, según lo dispuesto por esta última no podían sobrepasar las 10 000 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), y, con la modificación introducida por la Ley 30011, se elevó dicho tope a las 30 000 UIT, otorgando así un mayor margen al OEFA para la aplicación de sanciones que resulten más disuasorias para los administrados.

Entonces, como todo lo mencionado anteriormente, resulta evidente que las modificaciones e incorporaciones introducidas por la Ley 30011, tuvieron un efecto positivo en la institucionalidad y fortalecimiento del OEFA, situación que la Ley del SINEFA en su versión original no pudo hacer; sin embargo, esta situación de fortalecimiento del OEFA tuvo una quiebre en su aplicación, producto de la entrada en vigor de la Ley 30230, norma que, si bien solo tuvo una vigencia de 3 años, fue suficiente para entrar en un periodo de debilitamiento de la potestad sancionadora del OEFA, generando que la principal herramienta de disuasión para la protección del ambiente y los recursos naturales, es decir, la aplicación de sanciones, no puedan ser ejercida por el OEFA. Situación que se pasará a detallar a continuación.

Ley 30230

El proceso que venía experimentando el OEFA con relación al fortalecimiento de su institucionalidad y desarrollo de sus funciones producto de las nuevas disposiciones introducidas por la Ley 30011, tuvo un quiebre y limitación importante para dicho proceso, debido a la entrada en vigor de la Ley 30230 en julio del año 2014.

Para mayor precisión, fue el artículo 19 de dicha norma que tuvo un impacto directo sobre la potestad sancionadora del OEFA, en los siguientes términos:

“Artículo 19°. - Privilegio de la prevención y corrección de las conductas infractoras

En el marco de un enfoque preventivo de la política ambiental, establécese un plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia de la presente Ley, durante el cual el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA privilegiará las acciones orientadas a la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental.

Durante dicho período, el OEFA tramitará procedimientos sancionadores excepcionales. Si la autoridad administrativa declara la existencia de infracción, ordenará la realización de medidas correctivas destinadas a revertir la conducta

infractora y suspenderá el procedimiento sancionador excepcional. Verificado el cumplimiento de la medida correctiva ordenada, el procedimiento sancionador excepcional concluirá. De lo contrario, el referido procedimiento se reanudará, quedando habilitado el OEFA a imponer la sanción respectiva. (...)”

En atención a lo señalado, la primera impresión que se tiene es que el artículo en mención instauró un marco de la fiscalización ambiental donde se privilegiará el enfoque preventivo y correctivo de la fiscalización ambiental, dejando de modo residual o excepcional la aplicación de sanciones como castigo por la infracción de obligaciones ambientales por un periodo de 3 años, situación que, si se analiza desde la razón de ser del OEFA y los motivos que impulsaron su creación, es decir, una entidad que ostenta la potestad sancionadora del Estado para estar facultado a sancionar a todo aquella persona natural o jurídica que vulnere el ordenamiento jurídico en materia ambiental y con ello reafirmar su rol como garante de los derechos fundamentales, simplemente, dichas atribuciones se vieron reducidas a tener un marco de actuación que le permita ,como regla general, a imponer medidas correctivas, y, la aplicación de sanciones, que es el fundamento principal de la potestad sancionadora, quedó desplazada a ser aplicada de modo excepcional.

Por lo que, el artículo 19 de la Ley 30230, impactó negativamente en la potestad sancionadora del OEFA y muchas de las disposiciones establecidas por la Ley 30011 que, como señalamos anteriormente permitieron el fortalecimiento de dicha entidad, quedaron sin posibilidad de aplicarse a plenitud, lo cual, se traduce en un OEFA limitado y sin las herramientas adecuadas para el desarrollo de sus funciones.

Así entonces, este nuevo enfoque de la fiscalización establecido por la Ley 30230, determinó un nuevo esquema para la imposición de sanciones y también un nuevo esquema para los procedimientos administrativos sancionadores, lo cuales se desarrollarían de la siguiente manera:⁵²

- Hallazgos críticos: En estos casos, debido a la gravedad de la conducta, corresponde dictar, en la resolución final, la sanción íntegra, más la medida correctiva que corresponda.
- Hallazgos significativos y moderados: En estos casos, se dictará la medida correctiva y se suspenderá el procedimiento. Luego, si se verifica que la medida fue cumplida, el procedimiento administrativo sancionador concluirá. Caso contrario, el procedimiento

⁵² ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. La vinculación y retroalimentación entre la certificación y la fiscalización ambiental. Lima: OEFA. 2016, pp, 95-96.

se reanudará y la autoridad decisora quedará habilitada para imponer la sanción, la cual no podrá ser superior al 50% de la multa que correspondería imponer.

- En el marco del nuevo enfoque de la fiscalización ambiental, el OEFA privilegia el dictado de medidas correctivas como el medio más idóneo para garantizar una efectiva protección ambiental. Mediante la implementación de estas medidas se logra reparar, restaurar, rehabilitar y compensar los daños producidos al ambiente.

Como se puede observar, con este nuevo esquema, la potestad sancionadora del Estado solo se mantuvo para ser aplicada sin restricciones en los casos de hallazgos críticos por infracciones ambientales, sin embargo, esta norma no consideró que, infracciones ambientales por acciones u omisiones que pueden ser considerados moderados, pueden tener un impacto irreparable en el medio ambiente y/o los recursos naturales, entendido que estos bienes debido a su naturaleza son bienes sensibles que ante la ocurrencia de dichas acciones pueden resultar gravemente afectadas, e incluso, ante la acreditación de la dicha afectación solo se les podía imponer una multa que no supere el 50 % del íntegro total de la misma, es decir, que ni siquiera podían ser sancionados con la multa total correspondiente a su infracción.

Asimismo, corresponde precisar que, la posibilidad de aplicar sanciones por el íntegro total de la multa correspondiente solo podía ser viable siempre y cuando se cumpla con los supuestos de excepción establecidos por dicha norma, lo cual, limitaba aún más la potestad sancionadora del OEFA, pues, solo ante la acreditación de dichos supuestos el OEFA estaría facultado a aplicar una sanción. Estos supuestos son los siguientes:

“Mientras dure el período de tres (3) años, las sanciones a imponerse por las infracciones no podrán ser superiores al 50% de la multa que correspondería aplicar, de acuerdo a la metodología de determinación de sanciones, considerando los atenuantes y/o agravantes correspondientes. Lo dispuesto en el presente párrafo no será de aplicación a los siguientes casos:

a) Infracciones muy graves, que generen un daño real y muy grave a la vida y la salud de las personas. Dicha afectación deberá ser objetiva, individualizada y debidamente acreditada.

b) Actividades que se realicen sin contar con el instrumento de gestión ambiental o la autorización de inicio de operaciones correspondientes, o en zonas prohibidas.

c) Reincidencia, entendiéndose por tal la comisión de la misma infracción dentro de un período de seis (6) meses desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.”

Es decir, cuando los administrados incurran en las situaciones antes descritas, si se constata la existencia de una infracción administrativa, estos no recibirán el beneficio de aplicación de solo el 50% de la multa, sino, se les aplicará el 100%, sin embargo, aunque si se establece la posibilidad del OEFA de aplicar sanciones integrales, ello no quita que la potestad sancionadora de esta se encuentre disminuida y supeditada a la acreditación de dichos supuestos para tener la posibilidad de aplicar sanciones por el 100% de las multas.

En atención a todo lo mencionado, queda evidenciado la disminución y erosión en la potestad sancionadora del OEFA, así como la ineficacia del efecto y finalidad que debería de cumplir la sanción como un mecanismo disuasivo para los administrados, pues, la sanción siempre tendrá por objetivo reprimir (fin represivo) una conducta que quiebra la legalidad, es decir, cuando “hablamos de sanción estamos ante un mal jurídico que se le impone a los administrados como una suerte de castigo, pero dicho castigo no debe ser impuesto ciegamente y por ello la potestad sancionadora es una actividad del Estado altamente reglada y tampoco es cierto que el castigo como tal no tenga mayores efectos a nivel de sistema. Como señala el maestro Rebollo Puig, las sanciones tienen una finalidad como la tienen las penas. Aquí también se puede decir que las sanciones administrativas son útiles como sistema de respaldo o tutela del ordenamiento pues sirven para prevenir infracciones futuras y, así, aunque sea de manera indirecta, proteger los intereses públicos confiados a la Administración”.⁵³

En ese sentido, la imposición de una sanción genera una suerte de desincentivo para los otros administrados, pues al saber que, si sus conductas infractoras se materializan y son detectadas por la autoridad fiscalizadora, esto tendrá una consecuencia de índole económica, y, si esta sanción les genera mayores costos económicos que el cumplimiento de la norma, ello generará que prefieran respetar el ordenamiento jurídico, en vez de quebrantarlo, por lo que, según el análisis esgrimido líneas arriba, este efecto disuasorio de la sanción, se disipa y resulta ineficaz por la aplicación de la Ley 30230, lo cual, evidentemente impacta negativamente en la institucionalidad del OEFA.

Por lo que, con el fin de evidenciar esta situación de debilitamiento del OEFA, por la aplicación del artículo 19 de la Ley 30230, en el siguiente capítulo se procederá a analizar una serie de datos que evidencien el efecto que esta norma produjo en la

⁵³ Juan Carlos Morón Urbina. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima: 2015

institucionalidad y organización del OEFA, así como, estadísticas que demuestran que en el periodo de 3 años de la vigencia de esta norma, la incidencia de infracciones ambientales en todos los sectores fiscalizables por el OEFA se elevaron, situación que, a primera impresión, demuestra que el enfoque preventivo que la Ley 30230 no tuvo el efecto esperado y, por el contrario, el índice de infracciones ambientales se elevaron considerablemente, siendo uno de los principales motivos la limitación que tenía el OEFA de aplicar sanciones, pues, en ese momento la regla general era la aplicación de medidas correctivas.

3. Impactos de la aplicación de la ley 30230 en la potestad sancionadora del OEFA.

Como se mencionó en la sección anterior, el artículo 19 de la Ley N° 30230 dispuso que, durante un plazo de tres años, siendo la fecha límite el 13 de julio de 2017, el OEFA privilegiará las acciones orientadas a la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental, en lugar de la imposición de sanciones. Durante este plazo, si la Autoridad Decisora declara la existencia de una infracción, únicamente dictará una medida correctiva destinada a revertir la conducta infractora y suspenderá el procedimiento administrativo. Luego, si verifica el cumplimiento de dicha medida, concluirá el procedimiento; de lo contrario, lo reanudará, quedando habilitada para imponer la sanción respectiva. La sanción no podrá ser superior al 50% de la multa que correspondería aplicar, de acuerdo con la Metodología para el cálculo de las multas aprobada por el OEFA.⁵⁴

El artículo 19 de la ley en mención, diseñó un procedimiento sancionador especial en el cual, si la Autoridad Decisora considera que hay infracción administrativa, ordenará al infractor la realización de una medida correctiva destinada a revertir la conducta infractora; esto es, ordenará una medida correctiva de adecuación, paralización, restauración o compensación ambiental, según sea el caso, a efectos de que el administrado infractor corrija la infracción administrativa detectada. Si el administrado cumple la medida correctiva ordenada, el procedimiento sancionador especial concluirá, sin que esto impida, por cierto, que dicho administrado sea inscrito en el Registro de Infractores Ambientales. Si bien el administrado investigado cumplió con la medida correctiva ordenada y se terminó el procedimiento sancionador especial, lo cierto es que sí es un infractor y la sociedad tiene el derecho de saberlo.⁵⁵

⁵⁴ GOMEZ APAC, Hugo. *Íbidem*, pp, 187-188.

⁵⁵ GOMEZ APAC, Hugo. *Íbidem*, p, 188.

Este enfoque instaurado con la entrada en vigor de la Ley 30230, significó, desde nuestra perspectiva, un debilitamiento de la potestad sancionadora del OEFA, pues, no solo la aplicación de un sanción paso a ser secundaria, sino que, por regla general la aplicación de la misma ya no sería posible realizarlo, debido que, si a un administrado se le acredita la existencia de una infracción y respecto a ella cumple con implementar y ejecutar la medida correctiva que el OEFA le imponga, el PAS iniciado contra este culminaría.

La situación antes descrita, evidencia que esta norma no tuvo en cuenta la finalidad que tiene la aplicación de sanciones dentro del ordenamiento jurídico, pues, al establecer por regla general la imposición de medidas correctivas y solo por excepción la aplicación de sanciones, el ius puniendi del Estado, es decir, el fundamento que tiene el Estado para emitir sanciones a particulares, quedo reducida a ser utilizada de manera subsidiaria y sus efectos de reproche y de disuasión no tendrían mayor importancia.

En atención a lo anterior, resulta importante entonces delimitar cuales son los fines que tienen la aplicación de medidas correctivas y la aplicación de sanciones, resultando importante esta aclaración para efectos de determinar que la imposición de las medidas correctivas es complementaria a la sanción, y entender que, la imposición de una sanción administrativa, así como la imposición de medidas correctivas, tienen finalidades diferentes.

Con relación a las medidas correctivas, esta medida administrativa busca reestablecer la legalidad suprimiendo los efectos de esta acción, es decir, la finalidad es obligar al autor del ilícito para que reponga la situación alterada por la infracción a su estado anterior; en otras palabras, revertir los efectos nocivos de sus acciones u omisiones y restablecer la legalidad de su conducta, en tutela de los intereses públicos protegidos por el ordenamiento administrativo.

Por su parte, la imposición de sanciones, como manifestación de la potestad sancionadora del Estado, y, siendo el concepto de especial interés en esta sección entenderle para corroborar que la entrada en vigor de la Ley 30230 significó debilitar la potestad sancionadora del OEFA, podemos indicar lo siguiente.

La sanción está caracterizada por su naturaleza punitiva (aflige al administrado infractor) sin perjuicio de que pueda estar acompañado de medidas que reestablezcan la realidad a una situación de licitud. Es decir que, la sanción busca castigar o retribuir,

mientras que las otras medidas administrativas tienen la finalidad de satisfacer intereses públicos.⁵⁶ De acuerdo con lo dicho, una sanción está basada materialmente en el carácter represivo o retributivo de la medida impuesta, y esto es lo que la define como tal. La aflicción causada al administrado que ha incurrido en la infracción no busca revertir la conducta (como si lo hace la medida correctiva) que contraviene a la norma a una situación que se ajuste a ella, sino su castigo.⁵⁷

Ahora bien, las sanciones, no agotan su finalidad en la dimensión represiva. Es decir, no sólo deben cumplir una función retributiva, sino que al mismo tiempo deben cumplir una función fundamental para la llamada prevención general, pues, La sanción –en principio– salvaguarda la efectividad de la norma que la conducta ha transgredido, imponiendo un gravamen siempre dentro de los principios de la potestad sancionadora de la administración. Tal consecuencia jurídica, entendida como un mal infringido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal se dará en la forma de una obligación de multa-sanción, la privación de ciertos bienes o de un derecho.⁵⁸

En atención a lo anterior, el reproche de la sanción tiene justamente una función de prevención general: esto es disuadir a los que, intencionada o negligentemente, estén próximos a la infracción, y una función de prevención especial, consistente en que el sujeto infractor no vuelva a infringir de nuevo la norma.⁵⁹ Así entonces, se puede advertir entonces que la función esencial de las sanciones administrativas es castigar para así prevenir o evitar la comisión de acciones que se consideran indeseables. Con la amenaza de la sanción se trata de que el destinatario de la norma adecue su comportamiento al mandato o la prohibición que la misma contiene, es decir, la sanción tiene una finalidad primaria (que es retributiva específicamente en el castigo) y una finalidad secundaria (la disuasión para quien podría realizar tal conducta).⁶⁰

Teniendo un mejor panorama sobre los fines que tiene la aplicación de sanciones y la razón de ser de estas, se puede analizar con mejor detalle que, la aplicación del

⁵⁶ HUERGO LORA, Alejandro. Las sanciones administrativas. Madrid: Iustel. 2007. p. 225.

⁵⁷ TORRES SANCHEZ, Tessa. “¡Sálvese quien pueda! La elusión de la subsanación voluntaria como eximente de punición por parte de la administración”. Revista Themis N° 74. Lima: Asociación Civil Themis. 2018. p. 93.

⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y Tomás FERNANDEZ RODRIGUEZ. Curso de Derecho Administrativo. Lima: Palestra. 2004, p. 1064.

⁵⁹ MACHADO MUÑOZ Santiago. Diccionario de derecho administrativo. Madrid: Tecnos. 2005, p. 1368.

⁶⁰ CANO CAMPOS Tomás. “La actividad sancionadora”. Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo. Madrid: Iustel. 2009, p. 88.

artículo 19 de la Ley 30230 generó impactos negativos en la institucionalidad y potestad sancionadora del OEFA, debido al carácter excepcional que la aplicación de sanciones paso a tener durante la vigencia de la moratoria y al establecer que la regla general sea la aplicación de medidas correctivos. En ese sentido, estos impactos negativos se pueden resumir en los siguientes argumentos:

i) Los objetivos y fines que buscan tanto las medidas correctivas, así como las sanciones son totalmente diferentes, pues, como ya se desarrolló líneas arriba, la aplicación de sanciones tiene entre sus objetivos generar un reproche en el sujeto infractor, y, por consecuencia, afligir un castigo retributivo por dicha infracción, además, la aplicación de sanciones tiene por finalidad desincentivar y disuadir la comisión de infracciones ambientales por parte de los administrados, teniendo esto una función de prevención general y especial del ius puniendi estatal (materializada en la sanción), es decir, buscar que la aplicación de sanciones no solo disuada al infractor a no volver a cometerla, sino que adicionalmente, se logre disuadir a todo aquel que intencionada o negligentemente estén próximos a cometer una infracción ambiental.

En ese sentido, los fines de la sanción antes mencionadas, con la entrega en vigor de la Ley 30230, quedaron reducidas de forma negativa, en tanto que, ahora con la moratoria de 3 años instaurada, la aplicación de sanciones solo se aplica de manera excepcional, por lo que, los efectos disuasorios de la sanción ya no tenían un efecto pleno en los administrados.

ii) Entiendo que la aplicación de medidas correctivas está dirigida a revertir un escenario donde se ha demostrado que un administrado ha generado daño o un riesgo ambiental, resulta claro que este fin tienen una noción totalmente distinta al fin que tiene la aplicación de sanciones, y, bajo ninguna circunstancia, la aplicación de estas medidas podrá alcanzar o equiparar los efectos disuasorios que la sanción genera en los administrados.

Teniendo claro eso, la medida correctiva no es mejor ni peor que una sanción administrativa: es una medida complementaria y diferente. Mientras que la sanción busca castigar una conducta (omisión o acción) considerada ilícita en el ámbito administrativo (también hay conductas ilícitas en el ámbito penal), la medida correctiva busca resarcir o compensar, en términos ambientales, aquella consecuencia material que generó la infracción de algún privado:

descontaminación de cuerpos de agua, rehabilitación de hábitats, reforestación o restitución de especies, etc. Por ejemplo, a la fecha, el OEFA ha ordenado en los procedimientos medidas correctivas tales como “implementar sistemas colectores de polvos a fin de evitar el levantamiento de los mismos”, “acreditar la eliminación de gases inflamables en el interior de los tanques de almacenamiento de hidrocarburos”, “construcción de almacenes para contención de residuos peligrosos”, “adecuado tratamiento de efluentes en casos de harineras”, etc.⁶¹

En atención a lo mencionado, la aplicación del artículo 19 de la Ley 30230, redujo sustancialmente esta complementariedad que debía de haber entre la aplicación de sanciones y la aplicación de medidas correctivas en el régimen de la fiscalización ambiental (y en la fiscalización en general), creando una situación donde incluso solo era factible aplicar medidas correctivas y suprimir notablemente la aplicación de sanciones, situación que además, no se encuentra en la línea con lo establecido en el numeral 232.1 del artículo 232 de la LPAG, la cual, señala que las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con el dictado de medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, pues, del artículo en mención, se da a entender que hay cierta preeminencia en la aplicación de sanciones y complementario a ello se puede aplicar medidas correctivas, pero, con la Ley 30230, la medida complementaria paso a tener mayor importancia que la sanción, y no solo eso, sino que ya no podían ser complementarias, debido que, si los administrados cumplían con realizar y/o ejecutar la medida correctiva dictada por el OEFA, el PAS concluía.

iii) La aplicación del artículo 19 de la Ley 30230, implicó reducir y, en algunos casos no aplicar, el principio de razonabilidad desarrollado en el literal 3 del artículo 230 de la LPAG, pues, este principio indica que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a

⁶¹ SPDA – Actualidad Ambiental. 5 puntos para entender el impacto del “paquetazo ambiental” en la fiscalización. Consulta: 23 de noviembre del 2020.

<https://www.actualidadambiental.pe/5-puntos-para-entender-el-impacto-del-paquetazo-ambiental-en-la-fiscalizacion-ambiental/>

efectos de su graduación, tales como el beneficio ilícito, la probabilidad de detección, el perjuicio económico causado, entre otros.

Por lo que, con la Ley 30230, al establecer como regla general la aplicación de medidas correctivas y que el cumplimiento de estas implique la culminación del PAS, la aplicación del principio de razonabilidad deja de tener sentido como un principio rector de la fiscalización ambiental, ya que, al poder aplicar solo excepcionalmente sanciones por las infracciones cometidas, los criterios de graduación ya no tiene una aplicabilidad real para cuantificar y/o calcular la sanción de los administrados infractores, debido que la aplicación de medidas correctivas no considera estos criterios para la determinar la medida a ser impuesta.

Un ejemplo puede ilustrar la no aplicabilidad de los criterios del principio de razonabilidad. Supongamos que un titular minero incurre en una infracción ambiental por no haber implementado un sistema de control de material particulado (polvo de minerales) en uno de sus almacenes donde guarda sus concentrados minerales y por ello obtiene un beneficio ilícito de alrededor de s/200,000, frente a dicho incumplimiento el OEFA lo detecta e inicia un PAS. Con el PAS se confirma la infracción incurrida por el titular minero, y, en aplicación de la Ley 30230, se le impone una medida correctiva que implica implementar un sistema de contención y control de dicho material particulado, por lo que, con el cumplimiento de la medida el PAS concluirá; sin embargo, ese beneficio ilícito, obtenido por el titular minero, ya no tendrá ninguna relevancia, debido que, al haber concluido el PAS y ya no poder aplicar una sanción al titular minero, este criterio resulta en absurdo, pues no tendrá ninguna aplicabilidad en el caso, y el beneficio ilícito no tendrá ninguna incidencia, a pesar que durante el periodo que se cometía la infracción, el titular minero ya pudo contaminar y poner en riesgo la salud de las personas, así como de los ecosistemas del área de influencia.

Con todo lo mencionado, se puede identificar que la aplicación de la Ley 30230 sí impactó negativamente en la potestad sancionadora del OEFA, situación que evidentemente se materializó en la realidad al incrementar el índice de infracciones incurridas por lo administrados durante el periodo de la moratoria, como se puede observar a continuación:⁶²

| Porcentaje de incumplimientos materia de procedimiento administrativo sancionador | | |
|---|--------------------------|----------------------------|
| Sector | Antes de la Ley N° 30230 | Después de la Ley N° 30230 |
| Electricidad | 4% | 33% |
| Hidrocarburos mayores | 24% | 71% |
| Industria | 0% | 86% |
| Minería | 10% | 37% |
| Pesquería | 2% | 76% |

Según el detalle del gráfico, queda evidenciado entonces, que la finalidad de prevención, pedagógica y de debido cumplimiento de las obligaciones ambientales por parte de los administrados, no se logró con la Ley 30230, pues, en todos los sectores extractivos y de servicios, el incremento del incumplimiento de las obligaciones ambientales se elevó sustancialmente, y eso debido al factor que, ya no se contaba con el efecto disuasivo que la sanción en si despliega.

En ese sentido, y tal como indica la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA), el camino hacia el cumplimiento del ordenamiento jurídico no descansa únicamente en la persecución, represión y el castigo jurídico; pero sí está comprobado que despojar al OEFA de una función esencial (no la única) en busca de la disuasión o disminución de infracciones no fue la receta. Solo entre el 2014 y 2017, se dio incremento porcentual de la comisión de conductas infractoras ya que el camino no pasaba por aligerar el poder público de una autoridad sino por establecer un régimen razonable que promueva el cumplimiento, que premie el sobrecumplimiento y que persiga y castigue el desacato, la impunidad no promueve mejores conductas de desempeño ambiental, solo nos deja un escenario de desatención y ausencia del Estado que queda habilitado a operar solo cuando ocurrió el daño ambiental.⁶³

⁶² Informe N° 553-2016-OEFA/OAJ, Informe sobre el proyecto de ley N° 269/2016-CR “Ley que recupera las facultades sancionadoras del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA. p. 6.

⁶³ Análisis de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) sobre la sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra varios artículos de la Ley 30230, que establece medidas

En ese mismo sentido, el OEFA indicó también que el nuevo régimen de fiscalización que se había promovido mediante la aplicación del artículo 19° de la Ley 30230, no respondía en modo alguno a un enfoque disuasivo, pues no incentivaba la no comisión de la infracción, siendo el potencial resultado totalmente contrario, por cuanto el costo de incumplir para el administrado se reducía significativamente al restringirse únicamente al costo de cumplir la medida correctiva cuya imposición es además probabilística (debido a que no todas las infracciones son detectadas por la autoridad administrativa).⁶⁴

En atención a todo lo señalado, es importante recordar que la finalidad debe ser siempre desincentivar la comisión de una infracción, de tal manera que incumplir con una norma o compromiso ambiental sea más costoso en términos económicos, de tiempo, imagen, entre otros, que cumplir lo que las normas ambientales ordenan. Es así que, al haber mediante el artículo bajo comentario, dejado como residual o excepcional la aplicación de las sanciones, se ha visto vulnerada la fiscalización ambiental.⁶⁵

4. La regulación responsiva en la fiscalización ambiental.

Actualmente existen dos grandes corrientes respecto a la manera más adecuada de lograr el cumplimiento de las normas. Bajo una corriente tradicional, dentro de la teoría denominada deterrence, se considera que el mecanismo más adecuado para disciplinar conductas es el castigo. Asumiendo que los seres humanos son entes calculadores que buscan obtener beneficios al incumplir una norma, entonces dejarán –racionalmente– de cometer actos ilícitos si son objeto de sanciones más fuertes que disuadan su comportamiento.⁶⁶ Una perspectiva más amplia nos lleva a la teoría del compliance, la cual propugna que los seres humanos no son simples calculadores amorales que buscan beneficios, sino que en ocasiones cometen transgresiones debido a factores tan diversos como la falta de claridad en las fórmulas normativas o la

tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país. Lima: SPDA. 2020, p. 10.

⁶⁴ Informe N° 553-2016-OEFA/OAJ, Informe sobre el proyecto de ley N° 269/2016-CR “Ley que recupera las facultades sancionadoras del Organismos de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA. p. 6.

⁶⁵ SPDA – Actualidad Ambiental. 5 puntos para entender el impacto del “paquetazo ambiental” en la fiscalización. Consulta: 23 de noviembre del 2020.

<https://www.actualidadambiental.pe/5-puntos-para-entender-el-impacto-del-paquetazo-ambiental-en-la-fiscalizacion-ambiental/>

⁶⁶ GAMARRA ABARCA, Sebastián. De la indulgencia a la condena: La responsive Regulation en el régimen de la fiscalización ambiental en Perú. Revista Themis N° 74. Lima: Asociación Civil Themis. 2018, p. 108.

imposición de exigencias incoherentes con sus posibilidades reales de cumplimiento. Dado que las sanciones suelen generar altos costos para todos los involucrados⁶⁷, por lo que, en atención a lo mencionado, resulta importante promover la posibilidad de instaurar otro tipo de regulación y mecanismo que, de ser el caso, puedan complementar o sustituir a la sanción. En atención a ello, una de las teorías del compliance ya difundidas en el ámbito de la regulación, es la denominada “responsive regulation”, concepto desarrollado por Ian Ayres y Jhon Braithwaite.

La teoría de la responsive regulation sostiene que la colaboración entre el estado regulador y los agentes regulados, sumada a la adopción de ideas creativas, proporciona resultados eficientes para el cumplimiento, pero siempre que se adopten medidas adecuadas de persuasión y castigo (esto último como una alternativa posterior) en función de las respuestas de los regulados. La responsive regulation enfatiza que una estrategia basada principalmente en el castigo derrocha en litigios recursos que podrían ser gastados en monitorear y persuadir. De este modo, se considera necesario implementar sistemas de corrección, negociación y cooperación que sean utilizados antes que las punitivas⁶⁸.

La responsive regulation ha tenido una amplia difusión durante las últimas décadas, particularmente en países anglosajones como Gran Bretaña y Australia, y nuestro país tampoco ha sido ajeno a esta influencia. En el 2016, como parte de su Programa País, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, “OCDE”) publicó el informe “Regulatory Policy in Peru: Assembling the Framework for Regulatory Quality”. El informe de la OCDE contiene un capítulo específico dedicado al enforcement de la regulación en Perú, que arroja entre sus recomendaciones que el enforcement de los reguladores debe estar basado en la responsive regulation.⁶⁹

En atención a lo anterior, la responsive regulation debe conducir a la adopción de medidas creativas que permitan el cumplimiento de la mayor parte de normas. El regulador debe identificar problemas y eventuales soluciones que se adapten a cada situación particular, pudiendo requerir la modificación de estructuras o actividades

⁶⁷ HAMKINS Keith. *Law as Last Resort: Prosecution Decision Making in a Regulatory Agency*. Oxford: Oxford Socio-Legal Studies. 2002, p. 5.

⁶⁸ AYRES Ian y Jhon Braithwaite. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford Socio-Legal Studies. 1992, pp. 3, 19 y 26.

⁶⁹ GAMARRA ABARCA, Sebastián. *Íbidem*, p. 108.

económicas, implementación de sistemas de verificación y control interno (en un sentido similar a la autorregulación), el cese de una determinada conducta o la materialización de obligaciones específicas. Este listado, por supuesto, no es taxativo. Los reguladores deben ser lo suficientemente flexibles y creativos para identificar medidas adecuadas para cada caso, siendo fundamental para ello el conocimiento del sector regulado y la capacidad de los funcionarios públicos intervinientes.⁷⁰

Asimismo, en la responsive regulation se debe buscar soluciones negociadas, a través de las cuales se arriben a compromisos, disminuyen también el riesgo de que con posterioridad se interpongan impugnaciones (por ejemplo, en la vía judicial) a los castigos. En otras palabras, si se ha recibido una medida benigna previamente, y aun así el agente regulado recae en su infracción, una eventual sanción podrá ser percibida como más justa y por tanto será susceptible de un menor cuestionamiento.⁷¹ En ese sentido, es importante entender que en esta teoría la aplicación del castigo (sanciones) no es dejada de lado, sino que, en principio, se debe optar por aplicar medidas iniciales menos gravosas frente al infractor, con las cuales se pueda obtener los resultados deseados y, solo ante la persistencia del infractor, el regulador (Estado) deberá aplicar medidas con un carácter más gravoso.

Es importante entender entonces que, en la aplicación de esta teoría, la estrategia regulatoria de la autoridad cambiará gradualmente de comportamiento como una respuesta a la actuación del regulado, por lo que no será posible aplicar una sanción sin antes aplicar actuaciones mucho más blandas, ya que este modelo de regulación asume que en su mayoría los sujetos regulados cuentan con la capacidad de cumplir plenamente con sus obligaciones.⁷² Este esquema se traduce en la llamada pirámide de enforcement desarrollada por Ayres y Braithwaite, que se muestra a continuación:⁷³

⁷⁰ GAMARRA ABARCA, Sebastián. *Íbidem*, p, 109.

⁷¹ BRAITHWAITE, Jhon. The essence of responsive regulation. *Australia: UBC Law Review.*. 2001, p, 487.

⁷² MAGUIÑA Maribel. *Hacia una regulación ambiental responsiva*.

⁷³ AYRES Ian y Jhon Braithwaite. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford Socio-Legal Studies. 1992, p, 35.



Figure 2.1. Example of an enforcement pyramid. The proportion of space at each layer represents the proportion of enforcement activity at that level.

La pirámide se encuentra escalonada en hasta seis tipos de acciones diferentes. En la base se encuentra la persuasión, que incluye a su vez las estrategias relacionadas con el diálogo, la educación, la corrección y la negociación. Las acciones que se encuentran en este primer piso representan la primera aproximación que el regulador debe adoptar al momento de iniciar con sus procedimientos de supervisión y encontrar posibles incumplimientos. En caso el regulado cumpla con las acciones acordadas, se continuarán con las acciones de premiación y aliento. En cambio, si persiste en la conducta proscrita pese a los actos de negociación previos o si se ha identificado que carece de voluntad y disposición para colaborar con el regulador, entonces empezarán a aplicarse las medidas contenidas en los siguientes pisos; es decir, se recurrirá a las medidas gravosas o castigos, pasando de las multas civiles a las sanciones penales. El último escalón es la suspensión o revocación total de la autorización o licencia que permite al regulado llevar a cabo sus actividades económicas.⁷⁴

La regulación ambiental peruana no es ajena a la implementación de estrategias regulatorias responsivas, así el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, actualmente se encuentra dotado de diversas herramientas que demuestran

⁷⁴ GAMARRA ABARCA, Sebastián. *Íbidem*, p, 110.

la aplicación de este tipo de regulación con la finalidad de lograr el cumplimiento regulatorio. Dentro de las herramientas responsivas con las que cuenta el OEFA tenemos las por ejemplo la subsanación de infracciones antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, establecido en el artículo 20 del Reglamento de Supervisión del OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 006-2019-OEFA/CD, se cuenta también con descuentos en la multa ante el reconocimiento de la responsabilidad establecidos en el artículo 13° del Reglamento de Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 027-2017-OEFA/CD.⁷⁵

De igual manera, la LPAG, al ser modificado por el Decreto Legislativo N° 1272 se ha nutrido con algunos preceptos normativos que tienen un enfoque responsivo, lo cual, se puede visualizar en el artículo 232 al señalar la aplicabilidad de medidas correctivas de manera complementaria a la imposición de sanciones, así también se puede identificar ese enfoque en el artículo 236-A, en la cual se constituye como causal de eximente de responsabilidad a la subsanación voluntaria del administrado.

No obstante, a pesar de que hay ya en la legislación peruana hay normas que denotan elementos importantes para la aplicación de la responsive regulation, esto no es de forma regular en todo el ordenamiento jurídico, pues en el Perú no hay aún una política y regulación integral de responsiva y del todo estructurada, situación que, evidencia la necesidad de lograr una regulación mejor dotada para lograr un enfoque responsivo.

Resulta importante señalar que, con la entrada en vigor de la Ley 30230, podría entenderse que la aplicabilidad de medidas correctivas antes que la sanción, puede ser concebida como un enfoque responsivo, esto desde nuestra perspectiva no es correcto, debido que la Ley 30230 no permitió una complementariedad plena entre la aplicación de medidas correctivas (medida flexible) y la aplicación de sanciones (medida gravoso), debido que, esta norma cerro a posibilidad de aplicar sanciones con el solo cumplimiento de la medida correctiva. Asimismo, el OEFA no incluyó como principio expreso en sus normas de supervisión o sanción a la responsive regulation, ni tampoco trazó una estrategia concreta de cara a superar los defectos de la Ley 30230: por ejemplo, una mayor promoción de las supervisiones educativas destinadas a difundir los contenidos y requerimientos de la normativa ambiental o un plan de

⁷⁵ MAGUIÑA Maribel. Hacia una regulación ambiental responsiva.

fortalecimiento instruccional que involucre la formación y reclutamiento de supervisores ambientales a mayor escala.

En ese sentido, la Ley 30230, al no tener un marco específico de implementación y de medidas alternativas que permitan lograr el enfoque preventivo que buscaban, terminó generando un efecto adverso, pues, tal como se pudo evidenciar anteriormente, la entrada en vigor de esta norma significó una invitación a los administrados a infringir la legislación ambiental, pues, al ser la aplicación de sanciones una consecuencia excepcional, ya no se generaba el efecto disuasivo de respetar el ordenamiento jurídico, y la sola aplicación de la medida correctiva no pudo concretar el enfoque preventivo de la fiscalización del OEFA, generando así, un incremento sustancial en la ocurrencia de infracciones ambientales en todos los sectores de competencia del OEFA.

La Ley 30230 pudo tener un mejor éxito en el enfoque instaurado si se implementaba y adecuaba una legislación con un enfoque responsivo debidamente estructurado, sin embargo, al no haber sido de esa manera, esta norma resultó ser el asidero adecuado para la generación de infracciones ambientales.

Conclusiones.

- Un hito importante que marcó un antes y después en el sector ambiental en el Perú, fue la creación del Ministerio del Ambiente - MINAM, pues, con la creación de este ministerio se inició un notable fortalecimiento institucional en los asuntos ambientales del país, así como un mayor y mejor desarrollo del marco legal en dicha materia. De igual manera, este hito trajo consigo también el fortalecimiento de la fiscalización ambiental en el Perú, creándose una entidad específica para dicha labor, el cual es el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.
- La fiscalización ambiental en el Perú ha transitado por distintas etapas, siendo en las etapas iniciales los propios ministerios, a partir de los años 90, los encargados de fiscalizar los asuntos de sus sectores, posteriormente se pasó a crear entidades como el Osinergmin para la fiscalización del sector energía y minas, hasta llegar al marco actual, donde es el OEFA, la autoridad ambiental por excelencia que ejerce funciones y competencias de fiscalización ambiental para todos los sectores, quedando aún pendiente que algunos ministerios transfieran dichas competencias a esta entidad.
- Las funciones y competencias de fiscalización ambiental del OEFA, se desarrollan en la actualidad en virtud de lo establecido por la Ley N° 29325, Ley del el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, norma que, no solo indica y desarrolla las funciones del OEFA, sino que además, instaura el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental – SINEFA como un sistema funcional para el adecuado y coordinado desarrollo de la fiscalización ambiental en el Perú, designando como el ente rector de dicho sistema al OEFA.
- La Ley del SINEFA, desde su creación hasta el día de hoy, ha transitado por dos periodos específicos, teniendo así un primer momento en el marco de las modificaciones introducidas mediante la Ley N° 30011, considerada como la ley del fortalecimiento de la fiscalización ambiental, pues dicha norma permitió tipificar nuevas conductas, establecer una nueva escala de sanciones con un tope de 30000 UIT, se otorgó facultad para dictar medidas preventivas y de carácter particular, disponer que el inicio de un proceso contencioso, acción de amparo u otra acción, no interrumpirá ni suspenderá el procedimiento de ejecución coactiva de las resoluciones de primera o segunda

instancia administrativa referidas a la imposición de sanciones administrativas emitidas por el OEFA, entre otras medidas más.

- El segundo periodo es la instaurada por el artículo 19 de la Ley 30230, según la cual las funciones de fiscalización del OEFA tendrían un enfoque preventivo y correctivo, debido a la cual, solo se tramitaría procedimientos administrativos sancionadores excepcionales, y ante la existencia de una infracción solo se dictará una medida correctiva. Este periodo de 3 años establecido por la Ley 30230 disminuyó el fortaleciendo del OEFA como entidad fiscalizadora, lo cual se evidencia en que antes de la entrada en vigor de la Ley 30230 el porcentaje de incumpliendo de obligaciones ambientales materia de PAS en el sector eléctrico era de un 4%, mientras que, después de la promulgación de la Ley 30230 ese porcentaje se elevó a un 33%.
- Este segundo periodo significó el debilitamiento de la potestad sancionadora del OEFA, debido que, este nuevo enfoque preventivo y correctivo de la fiscalización ambiental estableció la aplicación de sanciones (multas) solo de manera residual, siendo la aplicación de medidas correctivas la regla general, lo cual incluso, ante el cumplimiento de la medida impuesta, el procedimiento administrativo sancionador concluía, situación que trajo efectos adversos y negativos en las funciones del OEFA como entidad sancionadora, y en especial en el efecto disuasivo de la sanción, pues la medida correctiva tiene un fin distinto al de la aplicación de sanciones.
- La consecuencia de este nuevo régimen instaurado por la Ley 30230, fue el incremento notable en los índices de incumplimiento de las obligaciones ambiental por parte de los administrados, encontrando así que sectores como el de minería, antes de la vigencia de la Ley 30230 tenía un índice de incumpliendo de un 10% y con la entrada en vigor de dicha norma este porcentaje subió hasta un 37%, incluso en el sector hidrocarburos el incremento fue más abrumador, pues, se paso de un 24% de incumplimientos a un 71%, esta situación evidencia que la potestad sancionadora del OEFA se vio disminuida y en consecuencia se debilitó la institucionalidad de la fiscalización ambiental.
- Si bien en la actualidad ya no continua en vigencia la Ley 30230, la fiscalización ambiental en el Perú aún no logra un fortalecimiento pleno a nivel institucional, pues, hay muchos aspectos que faltan mejorar, en ese camino, teorías como el de la regulación responsiva se asoman como

alternativas de política que el Estado puede promover para fortalecer las funciones de fiscalización ambiental en el Perú, y en especial la institucionalidad del OEFA como ente fiscalizador, sin embargo, aún no hay una política explícita en la legislación peruana que permita su implementación plena y solo hay normas dispersas que tienen algunos elementos del enfoque responsivo de la fiscalización, en ese sentido, para el desarrollo de un regulación responsiva se debe definir ello en una política pública que permita su desarrollo y a la vez introducir este enfoque en las nuevas normas que regulan las funciones de sanción y fiscalización ambiental en el Perú.



BIBLIOGRAFÍA

WIELAND, Patrick.

2019 Introducción al derecho ambiental. Lima: Fondo Editorial PUCP.

MORÓN URBINA, Juan Carlos.

2015 Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, 11.º ed. actualizada y revisada, Lima: Gaceta Jurídica.

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA.

2016 Las medidas correctivas en el marco de la fiscalización ambiental del OEFA En: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA. Lima

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA

2018 Manual de competencias de las entidades de fiscalización ambiental de ámbito nacional. En Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA

2014 La fiscalización ambiental en el Perú: Reflexiones sobre las funciones y atribuciones del OEFA. Lima: OEFA.

GOMEZ APAC, Hugo y GRANADOS MANDUJANO, Milagros

2013 El Fortalecimiento de la Fiscalización Ambiental. Revista de Economía y Derecho. Invierno 2013, Vol. 10 Issue 39.

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA

2016 La Vinculación y la retroalimentación entre la certificación y fiscalización ambiental. En: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA. Lima: IAKOB Comunicaciones & Editores S.A.C

VALLES ALMEYDA, Miguel.

2016 Impacto en la fiscalización ambiental, a propósito del artículo 19 de la Ley N° 30230 y la actuación del OEFA en el sector minero. Trabajo Académico para optar el grado de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

COSCULLUELA MONTANER, Luis.

2010 Manual de Derecho Administrativos. Parte General. Vigésimoprimera edición. Madrid: Civitas.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ.

2000 Curso de derecho administrativo. Tomo II. Madrid: Civitas.

GUZMAN NAPURÍ, Christian.

2014 “Infracciones Administrativas y Potestades en Materia Ambiental”. La Fiscalización Ambiental en el Perú: Reflexiones sobre las funciones y atribuciones del OEFA. Lima: OEFA.

CHAPPA VICUÑA, Albertina.

2015 “Los problemas de la fiscalización ambiental directa de OEFA en las actividades mineras para la protección de los recursos hídricos del Perú”. Tesis para optar el grado de Magíster en Ciencia Política y Gobierno. Lima: PUCP.

- GOMEZ APAC, Hugo.
2017 La fiscalización ambiental del OEFA: Características de un modelo de ejercicio de la potestad sancionadora que armoniza con la inversión. Tesis de maestría en derecho de empresa. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- MORON URBINA, Juan Carlos.
2011 Preocupaciones sobre los organismos administrativos independientes dentro del Poder Ejecutivo peruano. Revista Ius Et Veritas N° 43. Lima: IEV.
- BRAITHWAITE, Jhon.
2001 The essence of responsive regulation. Australia: UBC Law Review.
- AYRES Ian y Jhon BRAITHWAITE.
1992 Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate. Oxford: Oxford Socio-Legal Studies.
- GAMARRA ABARCA, Sebastián.
2018 Sebastián. De la indulgencia a la condena: La responsive Regulation en el régimen de la fiscalización ambiental en Perú. Revista Themis N° 74. Lima: Asociación Civil Themis.
- CANO CAMPOS Tomás.
2009 “La actividad sancionadora”. Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo. Madrid: Iustel.
- HUERGO LORA, Alejandro.
2007 Las sanciones administrativas. Madrid: Iustel.
- TORRES SANCHEZ, Tessa.
2018 . “¡Sálvese quien pueda! La elusión de la subsanación voluntaria como eximente de punición por parte de la administración”. Revista Themis N° 74. Lima: Asociación Civil Themis.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y Tomás FERNANDEZ RODRIGUEZ.
2004 Curso de Derecho Administrativo. Lima: Palestra.
- MACHADO MUÑOZ, Santiago.
2005 Diccionario de derecho administrativo. Madrid: Tecnos.