

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**FACULTAD DE DERECHO**



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

Implicancias del enfoque responsivo en las labores de  
fiscalización minero-ambiental del OEFA

Trabajo académico para optar el título de Segunda  
Especialidad en Derecho Administrativo

Autor:

***Paulo Cesar Mario Huaman Taboada***

Asesor:

***Gabriela Asunción Ramírez Parco***


Lima, 2022

### Declaración jurada de autenticidad

Yo, Gabriela Asunción Ramírez Parco, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del trabajo académico titulado, “Implicancias del enfoque responsivo en las labores de fiscalización minero-ambiental del OEFA” del autor Paulo Cesar Mario Huaman Taboada, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 29%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 05/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 17 de febrero de 2023

Ramírez Parco, Gabriela Asunción	
DNI: 406776000	Firma 
ORCID <a href="https://orcid.org/0000-0002-9247-2341">https://orcid.org/0000-0002-9247-2341</a>	

## **RESUMEN**

El presente trabajo académico abarca el análisis jurídico comparado del enfoque responsivo en las labores de fiscalización del sector minero-ambiental en el OEFA. El análisis se centra desde una perspectiva histórica cuáles han sido los alcances de la potestad fiscalizadora o inspectora en el sector minero-ambiental. Luego, se analiza el enfoque punitivo y orientativo; a fin de verificar cuál es el criterio que debe trazarse en aras de la protección del medio ambiente. Por lo anterior, la fiscalización contaría con los enfoques preventivo, gestión del riesgo, orientativo y procura de enforcement normativo. Además, con el panorama de la fiscalización, se analiza las actuales herramientas regulatorias utilizadas por OEFA. Sobre ello, surge la pregunta ¿las herramientas regulatorias cumplen con las metas?; a pesar de las estadísticas, se considera que las muestras arrojan resultados poco prometedores; por lo que, se proponen nuevos enfoques y herramientas para la protección del medio ambiente.

En ese orden de ideas, la investigación se fundamenta en cómo se pueden proteger los derechos fundamentales coligados al medio ambiente y qué técnicas regulatorias se pueden implementar a través de la potestad fiscalizadora del OEFA, la cual durante estos últimos años tiene un enfoque de gestión de riesgos y resultados. Por consiguiente, al finalizar el desarrollo del presente trabajo, se podrá concluir cuáles han sido los resultados del uso de dichas herramientas regulatorias y oportunidades de mejora.

### **Palabras clave**

Fiscalización, enfoque responsivo, medio ambiente sano y equilibrado, actividad minera y principio ambiental de prevención.

## ***ABSTRACT***

The present academic work covers the comparative legal analysis of the responsive approach in the inspection work of the mining-environmental sector in OEFA. The analysis focuses from a historical perspective on the scope of the supervisory or inspection power in the mining-environmental sector. Then, the punitive and indicative approach is analyzed; in order to verify what is the judgment that must be drawn for the sake of environmental protection. Due to the foregoing, the control would have the preventive, risk management, guidance and regulatory enforcement approaches. In addition, with the inspection panorama, the current regulatory tools used by OEFA are analyzed. On this, the question arises: do the regulatory tools meet the goals?; despite the statistics, the samples are considered to give unpromising results; Therefore, new approaches and tools for environmental protection are proposed.

In this order of ideas, the investigation is based on how fundamental rights related to the environment can be protected and what regulatory techniques can be implemented through the supervisory authority of the OEFA, which in recent years has had a risk management approach. risks and results. Therefore, at the end of the development of this work, it will be possible to conclude what have been the results of the use of said regulatory tools and opportunities for improvement.

### ***Keywords***

Inspection, responsive approach, healthy and balanced environment, mining activity y environmental principle of prevention.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>3</b>
<b>SECCIÓN 1: MARCO GENERAL DE LA POTESTAD FISCALIZADORA</b>	<b>4</b>
<b>SECCIÓN 1.1: ALCANCES DE LA POTESTAD FISCALIZADORA</b>	<b>4</b>
<b>SECCIÓN 1.2: ACTIVIDAD DE FISCALIZACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO</b>	<b>6</b>
<b>SECCIÓN 1.3: LA ACTIVIDAD DE FISCALIZACIÓN EN EL SECTOR MINERO-AMBIENTAL: CASO PERUANO Y COLOMBIANO</b>	<b>9</b>
<b>SECCIÓN 1.3.1: LA INFLUENCIA DE LA FIGURA DE FISCALIZACIÓN EN EL DERECHO AMBIENTAL</b>	<b>9</b>
<b>SECCIÓN 1.3.2: ALCANCES NORMATIVOS DE LA POTESTAD DE FISCALIZACIÓN EN EL SECTOR MINERO-AMBIENTAL</b>	<b>11</b>
<b>SECCIÓN 1.3.3: FISCALIZACIÓN MINERO-AMBIENTAL: ANÁLISIS DEL MODELO COLOMBIANO</b>	<b>15</b>
<b>SECCIÓN 1.4: ALCANCES DEL ENFOQUE RESPONSIVO EN LA ACTIVIDAD DE FISCALIZACIÓN MINERA</b>	<b>20</b>
<b>SECCIÓN 2: EL OEFA Y SU LABOR DE FISCALIZACIÓN EN MINERÍA</b>	<b>24</b>
<b>SECCIÓN 2.1: COMPETENCIAS DEL OEFA EN MATERIA AMBIENTAL</b>	<b>25</b>
<b>SECCIÓN 2.2: HERRAMIENTAS REGULATORIAS DEL OEFA EN LA FISCALIZACIÓN MINERA</b>	<b>27</b>
<b>SECCIÓN 2.3: SESGOS CONDUCTUALES QUE OCASIONAN EL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES NORMATIVAS</b>	<b>30</b>
<b>SECCIÓN 3: RESULTADOS Y PROPUESTAS DE LAS HERRAMIENTAS REGULATORIAS: MODELO RESPONSIVO DEL OEFA</b>	<b>31</b>
<b>SECCIÓN 3.1: ANÁLISIS ESTADÍSTICO: LABORES DE FISCALIZACIÓN Y RESULTADOS</b>	<b>32</b>
<b>SECCIÓN 3.2: HACIA UNA MEJORA REGULATORIA EN EL CUMPLIMIENTO</b>	<b>34</b>
<b>SECCIÓN 3.2.1: INDIFERENCIA DEL CUMPLIMIENTO AMBIENTAL</b>	<b>34</b>
<b>SECCIÓN 3.2.2: MEJORA REGULATORIA: ENFORCEMENT</b>	<b>35</b>
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>	<b>38</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>39</b>

## INTRODUCCIÓN

Una de las herramientas de la Administración Pública para verificar el cumplimiento de las obligaciones es la de las labores de fiscalización. Dicha actividad ha ido evolucionando durante los años, desde un enfoque “acusador” en el que solo verifica las conductas antijurídicas para que en marco de un procedimiento sancionador se confirme la responsabilidad administrativa y se ejecute la sanción pecuniaria hasta un enfoque orientativo y pedagógico en el que se busca dos hitos: el motivo de los administrados para no cumplir con sus obligaciones y el enfoque pedagógico para que los administrados no vuelvan a cometer las infracciones orientado al principio de prevención.

En ese orden de ideas, la justificación del trabajo académico tiene un enfoque de administrativo, ambiental y gestión pública en la que se analiza como el OEFA durante estos años ha ido regulando sus labores de fiscalización para conseguir sus objetivos y/o metas institucionales, la cual sería la protección al medio ambiente previo a la comisión de la sanción.

A través de lo señalado, a finales del siglo XX hasta los inicios del siglo XXI en Europa se fue concibiendo la figura de la responsividad llamada luz verde, en la que se deja de lado este enfoque sancionador para el cumplimiento normativo y se busca que el administrado interiorice sus conductas a fin de que la toma de decisiones sea favorable tanto para el administrado como para las entidades públicas desde un enfoque de economía procesal.

Por lo expuesto, en un país como el nuestro que aún existe gran porcentaje de minería informal, y la misma actividad es un factor esencial para nuestra economía, pero también genera un gran impacto al medio ambiente; es necesario repensar los modelos o técnicas de fiscalización para la búsqueda de objetivos a corto y mediano plazo.

## **Presentación de la sección I: Marco general de la potestad fiscalizadora en el sector minero**

Para iniciar el presente artículo es de suma relevancia revisar el alcance sobre la potestad fiscalizadora en el sector minero. Por ende, se debe tener en cuenta cómo dicho concepto ha ido aplicándose en la normativa general (Ley del Procedimiento Administrativo General) y normativa sectorial. Asimismo, se determinarán los límites y funciones, lo cual da paso a la finalidad de la potestad fiscalizadora en el sector minero.

De lo anterior, a manera de aproximación, nos abocaremos a enfatizar que la labor de fiscalización del sector minero no es sólo la verificación del cumplimiento normativo por parte de los titulares mineros. Dichas actividades deben realizarse bajo un enfoque orientado a prevención y gestión de riesgos; por lo que, es necesario comprender el núcleo esencial de dicha potestad.

### **I.1 Alcances de la potestad fiscalizadora**

La potestad fiscalizadora ha variado históricamente, esta actividad se origina sobre el concepto de policía administrativa, la cual, tuvo un enfoque restrictivo orientado a lo punitivo; es decir, sanción sin graduación como forma de represión sobre las conductas antijurídicas. Dicho enfoque, dio paso al concepto moderno de la administración ordenadora y los modelos de intervención ante las conductas de los administrados.

Por lo que, las actividades y/o labores de fiscalización se busca en aras del cumplimiento normativo de los administrados. Sin embargo, ¿cuál es la finalidad del cumplimiento normativo? Sobre ello, un alcance preliminar es para mantener un orden público, lo que buscaría el interés general de la sociedad.

Sobre lo anterior, como sostiene Esteve Pardo, se deben aplicar los mecanismos jurídicos preventivos y de control. Es decir, en aras de mantener el orden público, se debe aplicar autorizaciones, inspecciones. (2011: 356).

Por otro lado, el jurista Agustín García Ureta (2006, p. 24) comenta sobre la utilización de mecanismos legales para asegurar el orden público, lo cual generaría un detrimento sobre la esfera de los derechos de los administrados

frente a la administración pública. Sin embargo, esto es contemplado por la actividad inspectora de la administración, que, en una lectura integral con la constitución, se deben asegurar el resguardo mínimo de los derechos fundamentales.

En esta misma línea, García Ureta (2006) menciona que el ejercicio de la potestad fiscalizadora se da a través de la actividad administrativa de inspección, esta última, se ve evidenciada en la recopilación de datos, supervisión e investigación que se realiza para corroborar que las actividades de los administrados sean acordes al ordenamiento jurídico.

El mismo autor considera que la actividad inspectora está conformada por dos modelos antagónicos, los cuales son el modelo represivo y preventivo. Estos modelos se encuentran ligados bajo la perspectiva del procedimiento sancionador y actividad fiscalizadora o inspectora respectivamente. En ese sentido, es muy importante tener claro qué es la inspección en sentido estricto.

García Ureta explica que la potestad inspectora de los entes administrativos se desarrolla como una actividad de verificación, la cual se traduce en corroborar el ejercicio de los derechos por parte de los administrados (ciudadanos) y la adecuación al ordenamiento que se debe producir a la par de aquel. Cabe acotar, que ambos modelos se diferencian por la necesidad de diferenciar el momento de la intervención administrativa y su grado de incidencia. Esto último no debe ser entendido como un obstáculo para negar que la actividad inspectora no se encuentra acomodada en ambos sistemas.

Al respecto, Bermejo señala que se debe tener en consideración que la potestad inspectora es aquella actividad que identifica las actuaciones de los administrado. Dicha identificación se da de forma genérica y previa, dotando a la Administración Pública de las funciones de comprobación/constatación del cumplimiento de la norma vigente. En su interpretación más amplia, la actividad inspectora contempla la constatación de condiciones y requisitos de carácter técnico. (Bermejo, 1998).

Por último, la potestad inspectora puede contar tanto con el modelo represivo y preventivo; a pesar de que los enfoques sean distintos; sin embargo, la



finalidad de dichos modelos es la intervención administrativa a fin de corroborar que las conductas realizadas por los ciudadanos se encuentren conforme a la normativa vigente. Dicho esto, se debe entender que los administrados se encuentran sujetos a un deber de colaboración con las entidades públicas; a fin de que, la Administración llegue no llegue a optar por el carácter punitivo.

## **I.2 Actividad de fiscalización en el ordenamiento jurídico peruano**

En nuestro ordenamiento jurídico peruano, el concepto de fiscalización y sus elementos se encuentran tipificados en el numeral 239.1 del artículo 239 del TUO de la LPAG, el cual señala como características de la actividad de fiscalización que es el conjunto de actos de investigación, supervisión, control o inspección; por lo que se confirma que, en la legislación peruana, dichos conceptos son sinónimos.

Asimismo, del análisis del artículo 239° del TUO de la LPAG, según Manuel Izquierdo (2019, pp. 393-395) los contenidos esenciales de las labores de fiscalización son los siguientes: a. la necesidad de verificar de manera puntual el cumplimiento de los deberes, prohibiciones y limitaciones que se encuentran sujetos los administrados; y, b. la gestión del riesgo, la cual no se encuentra definida en el texto normativo; sin embargo, el autor señala que es un enfoque orientado a la adopción de medidas correctivas.

Sobre la verificación de cumplimiento, se hace referencia al control de la antijuridicidad que corresponde a analizar y verificar las actividades y/o conductas que realizan los administrados. Además, dicho análisis o control de cumplimiento se debe realizar bajo la tutela de protección de los bienes jurídicos, a mérito de saciar su fin público. Dicha verificación se realiza con una óptica de prevención del riesgo. En ese sentido, la mera verificación que las actuaciones del administrado se den de acuerdo con las obligaciones establecidas en la norma, es insuficiente. También se debe verificar si dichas actividades cumplen con el fin público.

Por otro lado, la gestión de riesgo si bien no se encuentra definida en el TUO de la LPAG; alude a una relación con el artículo 245° del TUO de la LPAG, el cual brinda los alcances de la conclusión de las labores de fiscalización. Dicha

gestión se encuentra enmarcado en una política orientadora a fin de restablecer la legalidad de las conductas antijurídicas realizadas por el administrado.

Por ende, la actividad de fiscalización está compuesta tanto por la verificación del cumplimiento de la legalidad; como la posibilidad de reaccionar ante incumplimientos o situaciones de riesgo para restablecer la legalidad y proteger los intereses públicos afectados (Izquierdo Carrasco, 2019, p. 397).

Sobre este primer punto, las actividades de fiscalización deben ir acorde al contexto actual por parte de las entidades fiscalizadoras; debido a que, la fiscalización se encuentra revestida por un alto conocimiento técnico, efectivo y actualizado. Esto último, puede ocasionar mayores perjuicios que beneficios al administrado. Por lo que, el control de las obligaciones debe estar vinculado a la gestión de los riesgos desde un enfoque preventivo.

Sobre la nueva orientación de las actividades de fiscalización, Lucio Sánchez Povich (2020, p. 2) afirma que la potestad fiscalizadora, también entendida como potestad de inspección o supervisión administrativa, se centra en verificar y constatar que la conducta de los administrados esté en línea con las normas a las que están sometidos, es decir, comprobar el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y limitaciones circunscritas a las normas aplicables.

Bajo la esta premisa, la administración pública puede examinar el cumplimiento del administrado a las obligaciones generales que estipula la norma, sino también, el sometimiento de condiciones específicas establecidas en las mismas, como son el caso de requisitos de carácter técnico.

Según el mismo autor (2019, p. 459), la fiscalización administrativa se encuentra revestida por un umbral educativo y orientativo, las cuales serán empleadas para informar al administrado sobre sus derechos y obligaciones, los mecanismos para ejercer y cumplir y la advertencia sobre las consecuencias de realizar o mantener conductas antijurídicas. Por lo que, la labor preventiva e informadora en la potestad fiscalizadora se encuentra recogido tanto en el TUO de la LPAG como en doctrina y jurisprudencia.

Por lo anterior, la Administración Pública debe agotar tanto sus recursos económicos como operaciones para el cumplimiento de sus obligaciones, lo cual se traduce en sus políticas y estadísticas de resultados. Asimismo, cabe acotar que se debe enfocar a las labores previo al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Cabe destacar que, para cumplir con dicho objetivo, la Administración Pública puede encomendar a los privados el ejercicio de dicha función valiéndose de su experiencia y conocimientos técnicos en una actividad específica. (Zegarra 2016).

Sánchez Pavis comenta que la actividad de inspección, fiscalización o supervisión ha sido abordada tradicionalmente sobre la base de su carácter represivo debido a la estrecha relación que guarda con el ejercicio de la potestad sancionadora. Sin embargo, es importante tener en cuenta que ésta tiene un carácter preventivo y no sería adecuado creer que está atada al solo ejercicio de aquella potestad.

Por consecuencia, se entiende que, la potestad fiscalizadora cumple un rol y fin en sí misma. Es decir, si bien puede estar ligada a otras potestades de la Administración Pública, la potestad fiscalizadora es independiente a las demás y tiene un fin público. Por ende, la potestad fiscalizadora no necesita ampararse en otra potestad de la Administración Pública para ser ejercida de forma válida.

Lo anterior también ha sido desarrollado por el Manuel Izquierdo; el autor menciona que la verificación o constatación en sí misma cumple con ser un objetivo de fin público, por ende, es independiente al ejercicio de otras potestades.

Por eso mismo, bajo el análisis de Sánchez Morón, no debe entenderse que la potestad fiscalizadora debe tener un único carácter, de gravamen o de afectación, sino, también se pueden aplicar medidas que tengan como objetivo mejorar o actualizar la información que posee la Administración sobre alguna situación; y, establecer mecanismos o criterios de acción idóneos. (Sánchez Morón, 2017, p. 681-682).

Sobre este punto, se debe tener en cuenta que actualmente la actividad de fiscalización en el ordenamiento jurídico peruano debe contar con los siguientes elementos tanto para el diseño de manuales de labores de fiscalización como para la creación de políticas: i) preventivo, ii) gestión del riesgo, iii) orientativo y/o educativo; y, v) cumplimiento normativo.

### **I.3 La actividad de fiscalización en el sector minero – ambiental: caso peruano y colombiano**

En este apartado se analizará cómo la actividad de fiscalización forma parte de la complejidad de decisiones por parte de la Administración Pública en aras de evitar un colapso catastrófico al medio ambiente. Por ende, se analizará la actividad de fiscalización en el sector minero – ambiental peruano y luego se comparará con la administración pública colombiana, la cual ha logrado avances significativos en la materia de fiscalización.

Previo al análisis del presente apartado, procederé a analizar el alcance e influencia de la actividad minera. Sobre ello, la actividad minera se divide en pequeña, mediana y gran minería, la cual se distingue por la inversión del proyecto minero. Asimismo, a lo largo de los años, el Estado Peruano ha promovido la inversión extranjera en el rubro minero, al ser uno de los pilares en nuestra actividad económica.

Asimismo, dicha regulación en el sector minero al tener un sesgo; ya que, el Estado Peruano lo relacionaba al sector económico, se concretó al promulgarse la Ley N° 30230, la cual formaba parte de un paquete normativo para atraer inversión extranjera para el sector extractivo. Sin embargo, debilitó las instituciones que velaban por la protección del derecho a un medio ambiente sano y equilibrado.

#### **I.3.1 La influencia de la figura de fiscalización en el Derecho ambiental**

El jurista Andaluz señala que “el Estado tiene una misión y obligación frente a la sociedad sobre la protección y respeto al medio ambiente; por lo que, se dispone textos normativos y a la vez mecanismos para asegurar el

cumplimiento de las obligaciones; a fin, de ir reduciendo la brecha existente entre los objetivos trazados en la legislación ambiental y el verdadero cumplimiento” (Andaluz 2016: 849).

Asimismo, según Martín Mateo existen diversos postulados funcionales para la protección del medio ambiente: i) planificación, ii) prevención, iii) pago y iv) participación. A efectos de la figura de fiscalización, nos abocaremos al postulado de planificación y prevención.

La actividad de fiscalización es clave para la protección del medio ambiente; asimismo, cabe recalcar que como figura del derecho administrativo tiene gran incidencia en las políticas regulatorias. Percy Grandez señala que el “derecho administrativo interviene en la actividad de los particulares mediante técnicas de regulación y control. Las normas ambientales establecen límites o prohibiciones del uso de determinados recursos naturales o de realización de ciertas actividades” (2019: 301).

Sobre este punto, el control de las limitaciones se realiza bajo la tutela de las autoridades administrativas. Asimismo, a fin de corroborar que los administrados cumplan con sus deberes y obligaciones, la actividad de fiscalización es esencial previo a un régimen sancionador, el cual busca la responsabilidad ambiental, pero ya se genera un daño; por lo que, el presente artículo busca analizar cuáles son las herramientas para prevenir generar un daño y la protección de un medio ambiente sano y equilibrado.

En la jurisprudencia nacional, la definición y alcances de medio ambiente sano y equilibrado se encuentra recogido en la Constitución Política del Perú del año 1993 (en adelante, “la Constitución”) como un derecho fundamental. Asimismo, el inciso 22 del artículo 2° de la Constitución señala lo siguiente:

“2. Toda persona tiene derecho:

(...)

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida” (1993, artículo 2.22).

En ese sentido, el bien jurídico protegido es el medio ambiente sano y equilibrado, en este mismo, quedan incluidas las interacciones sociales, culturales, entre otras de las personas en un espacio determinado. Dichas interacciones son relevantes en aras a que los ciudadanos pueden ejercer sus derechos.

Como todo derecho fundamental, está contemplado que las personas tienen que poder desarrollarse individualmente dentro de él. En ese sentido, este derecho fundamental no debe perder la perspectiva sobre las características esenciales que posee el medio ambiente; esto se debe a que, dichas características no se encuentran asociadas exclusivamente a una esfera económica, ni a un goce de derechos individuales o colectivos; sino a la protección de un bien público generacional.

Sobre lo anterior, cualquier omisión o acción que menoscabe la integridad del medio ambiente, genera que limite el uso y disfrute del medio ambiente en la sociedad. En ese sentido, no existe una asociación exclusiva en la esfera económica, sino es una suma de factores.

Cabe apreciar que los conceptos se traducen en la preservación del medio ambiente. Dichos conceptos se encuentran correlacionados a la aplicación del principio ambiental de prevención, en la que se debe buscar medidas menos lesivas; a fin de evitar que se cometan los daños; ya que, el enfoque reparador es cuando se ocasiona el daño y lo que se busca es un enfoque preventivo.

### **I.3.2 Alcances normativos de la potestad de fiscalización en el sector minero - ambiental**

Una de las grandes actividades que puede generar un impacto al medio ambiente es el sector minero. Por lo que, de acuerdo a lo expuesto es importante recabar los alcances de las labores de fiscalización; a fin de corroborar el enfoque orientador y preventivo del mismo.

En el sector minero, la regulación se encuentra enmarcada a la seguridad industrial, salubridad de los trabajadores y a la protección del medio ambiente. Por otro lado, la regulación económica que se refiere a la entrega de títulos de dominio sobre un inmueble para el ejercicio de la actividad minera.

En ese sentido, la regulación en el sector minero tiene varias aristas y entidades a cargo del sector como los son los ministerios y gobiernos regionales; y, en el caso de mediana y gran minería, las entidades a cargo de su supervisión son OEFA (encargada de la supervisión de la actividad minera y su impacto ambiental), OSINERMIN (encargado de la entrega de título o habilitación para el ejercicio de la actividad minera), SUNAFIL (encargada de la supervisión de los derechos laborales de los trabajadores del sector).

Dejando a los gobiernos regionales como los entes supervisores de la actividad minera artesanal o pequeña. Cabe mencionar que para el presente trabajo desarrollará la regulación referida a las actividades dentro de la competencia del OEFA.

Las labores de fiscalización se encuentran acordadas en el documento normativo de creación del OEFA, la cual es un Organismo Técnico Especializado, que incentiva las buenas prácticas ambientales; a través, de la aplicación de la sanción y/o establecimiento de ciertas medidas administrativas para la protección de la integridad del medio ambiente. Dichas prácticas deben mantener un equilibrio entre la institucionalidad y la protección del bien jurídico con los derechos fundamentales coligados.

Asimismo, conforme al Decreto Legislativo 1013, se limita a describir que el OEFA es un ente que tiene las siguientes facultades: supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental. Empero, para efectivizar las conductas es necesario era necesario una norma adicional que precise el alcance 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 29325<sup>1</sup>, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), la cual, tiene como hito asegurar el cumplimiento de la basta legislación ambiental por parte de los administrados (persona natural y jurídica); asimismo, busca garantizar que las

---

<sup>1</sup> Publicado el 05 de marzo de 2009 en el diario oficial El Peruano.

funciones ya citadas se realicen de forma independiente, imparcial, ágil y eficiente.

Además, esta norma designó al OEFA como el ente rector de dicho sistema 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.

Asimismo, se creó el Reglamento de Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, RPAS), el cual contiene los principios y lineamientos regulados en la LPAG, pero, aplicándolo en materia ambiental.

Cabe señalar que la RPAS no realiza un desarrollo de los principios o lineamientos, se limita a señalarlos. Debido a tal defecto no advertido por el legislador, se tuvo que modificar mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 017-2015-OEFA/CD, con la finalidad que otorgarle mayores garantías al administrado para el ejercicio de su derecho al debido proceso.

En lo referido a la supervisión en materia ambiental, la cual se encuentra establecida en el D.L. N° 1013<sup>2</sup>, en el artículo 11° de la Ley N° 29325 se desarrolla el contenido de la función supervisora, del cual se puede inferir lo siguiente:

La función supervisora es la prerrogativa o facultad de realizar las acciones de seguimiento y verificación por parte de la Entidad. Ambas acciones tienen como propósito de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los administrados, las cuales se encuentran contenidas en la regulación ambiental.

En ese sentido, la función supervisora consiste en realizar las acciones antes mencionadas para poder determinar la congruencia entre las obligaciones ambientales en congruencia con el principio de prevención, el cual será explicado más adelante. Cabe señalar que, dentro de este principio de prevención se encuentran contenidos los conceptos de subsanación voluntaria

---

<sup>2</sup> Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013: Creación de Organismos Públicos adscritos al Ministerio del Ambiente.

“1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (...) Sus funciones básicas serán las siguientes: (...) d) Realizar acciones de fiscalización ambiental en el ámbito de su competencia (...)”



y de la emisión de medidas necesarias a fin de la no generación de impactos ambientales.

Respecto a las medidas correctivas es importante señalar que se encuentran adscritas a la potestad fiscalizadora; en ese orden de ideas, la actividad de fiscalización se encuentra íntimamente vinculada al interés público, en tanto, es este mismo el que dota de sentido a la actividad y se expresa en la protección de un medio ambiente sano y equilibrado.

Es importante tener en cuenta que la actividad fiscalizadora posee dos vertientes, una correctiva y otra preventiva; la primera se suele confundir o vincular con la potestad sancionadora, sin embargo, no se debe dejar de lado que la potestad fiscalizadora posee como prerrogativa la tutela de intereses protegidos, siendo esta, parte de su objeto y finalidad. Por consiguiente, las medidas correctivas tienen como fin volver al estado anterior o enmendar las consecuencias de la conducta infractora.

Analizando la Ley N° 30011 con su entrada en vigencia el 26 de abril del 2013, trajo consigo una seria de disposición que, desde nuestra perspectiva, permitió el fortalecimiento que el OEFA necesitaba para el cumplimiento de la potestad sancionadora y sus funciones de supervisión, fiscalización y sanción.

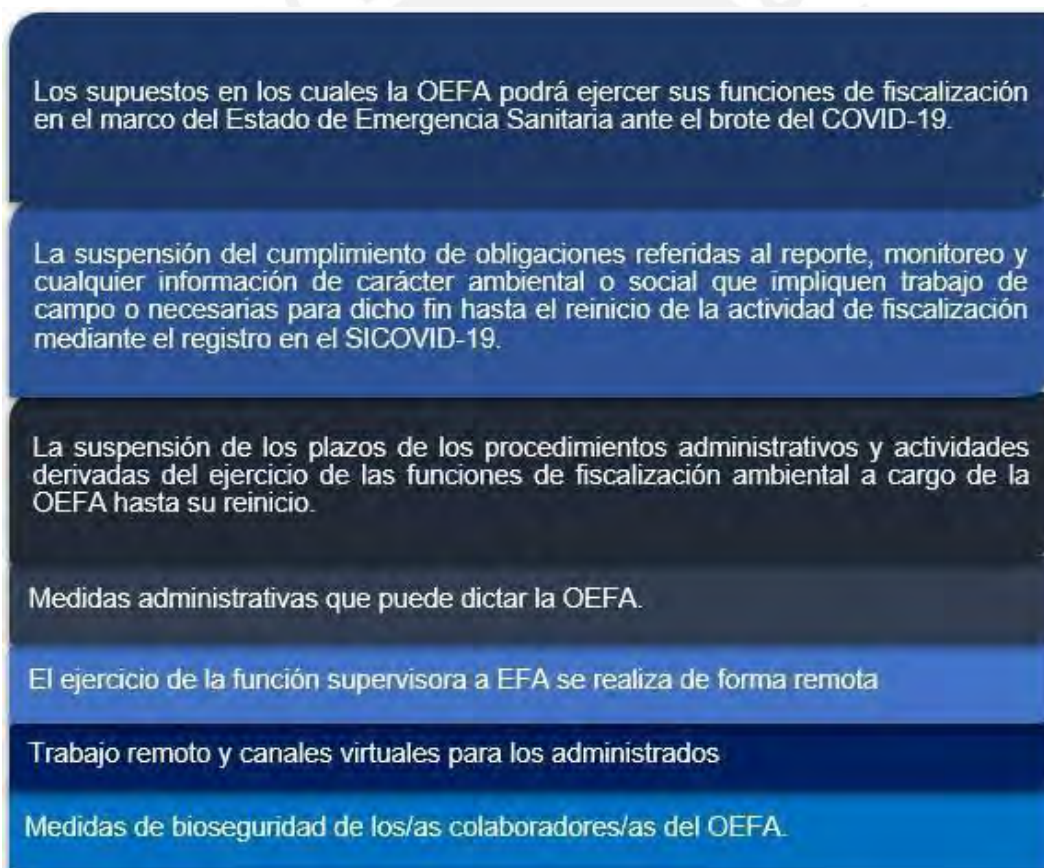
Puntualmente, los más resaltantes de lo dispuesto por la Ley N° 30011 son los siguientes:

- a. Se precisó los alcances de las funciones del OEFA como entidad supervisora, fiscalizadora y sancionadora en materia ambiental y su rol como ente rector del SINEFA.
- b. OEFA establecerá las conductas que estarán dentro del tipo legal y aprobará la respectiva graduación conforme a la infracción detectada; es menester señalar que las multas graves poseen un cálculo matemático para determinar el monto de la multa (multas mínimo – máximo).
- c. Se le otorga facultades a OEFA de dictar medidas preventivas y mandatos de carácter particular a fin de garantizar la eficacia de la fiscalización ambiental.

En la actualidad, el enfoque de la fiscalización, durante la pandemia del COVID-19, tuvo la adopción de las medidas sanitarias incorporadas por el gobierno a causa del COVID-19. Por ello, se dictó el Reglamento de acciones de fiscalización ambiental y seguimiento y verificación a entidades de fiscalización ambiental del organismo de evaluación y fiscalización ambiental - OEFA durante el estado de emergencia sanitaria decretado en el país ante el brote del virus COVID-19.

El reglamento antes mencionado señala las obligaciones a cargo de los administrados bajo competencia de la OEFA, por consiguiente, el reglamento manifiesta:

### **COMPETENCIAS DEL OEFA DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19**



Fuente: Elaboración propia

### **I.3.3 Fiscalización minero-ambiental: Análisis del modelo colombiano**

Sobre lo anterior, la finalidad de la potestad de supervisión en el sector minero-ambiental busca la protección del medio ambiente, Dicha protección se

concretiza con el cumplimiento de las obligaciones e internalización de conductas preventivas a favor del medio ambiente. Asimismo, la potestad tiene como finalidad el control de legalidad.

Sobre ello, en el Estado Colombiano se abordará una visión comparada en la que analizaremos los siguientes puntos: i) cómo se regula los recursos naturales, ii) qué representa la actividad minera y iii) cómo se regula la fiscalización minero-ambiental.

Sobre el primer punto, en la Constitución Política de 1991 de Colombia, en su artículo 79 se encuentra consagrado el derecho al medio ambiente sano, el cual su Estado debe proteger la diversidad e integridad del mismo; por lo que, en su Carta Magna se puede observar una visión garantista sobre el medio ambiente. Asimismo, se debe realizar un análisis extensivo de la Constitución; a fin de comprender el alcance de los recursos naturales.

Por ende, en el artículo 332 señala que el Estado es propietario de los recursos naturales no renovables, lo cual no dista con el modelo peruano. Sin embargo, en el modelo peruano se señala que el Estado es soberano y forma parte de su patrimonio tanto los recursos renovables y no renovables. Además, hay una visión gestora en la que en el artículo 80 señala que el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales a fin de prevenir el deterioro ambiental. Sobre ello, se debe enfatizar el hecho de lo conciso que es la Constitución de 1991 en la que existe una visión garantista de los recursos naturales y se deben realizar informes del mismo.

En segundo lugar, sobre la actividad minera, Colombia ha padecido los mismos problemas que Perú. Asimismo, los minerales representan una de las actividades más importantes para el Estado Colombiano; sin embargo, el conflicto de los recursos mineros se encuentra en la dicotomía de la explotación legal e ilegal de los mismos. Sobre ello, la Ley 685 del año 2001, señala que la actividad minera ilegal es una actividad desarrollada sin título minero vigente; sin embargo, hacen mención de la minería artesanal como forma de combatir la minería ilegal al tener requisitos flexibles.

Por lo anterior, las consecuencias es que las actividades ilegales e informales evaden el sistema de control de los recursos naturales renovables y no

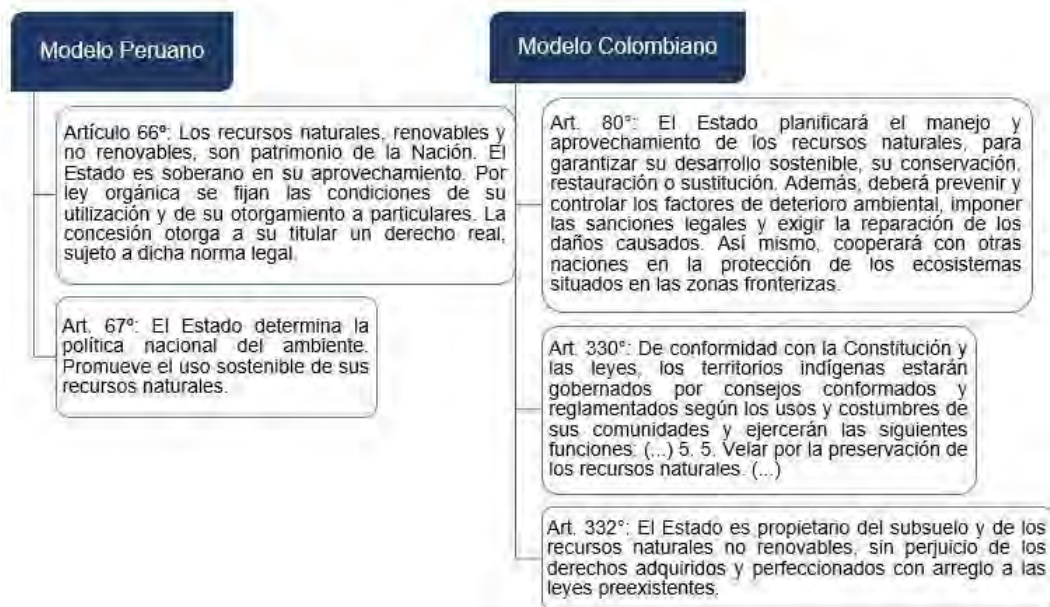
renovables, no tributan conforme a los montos señalados en las normas tributarias, ocasionan daños irreversibles al medio ambiente; y, no se cumplen con los requisitos mínimos de seguridad laboral, salud y ocupacional.

Por ende, sobre la problemática descrita es la misma que padece Perú; sin perjuicio, de la sobrerregulación en el sector minero, la cual busca que la mayoría de los titulares mineros no contravengan lo dispuesto en la normativa sectorial. Además, como un símil es que la Agencia Nacional de Minería de Colombia ha intensificado la formalización de los mineros informales, lo cual sigue el mismo patrón del Ministerio de Energía y Minas peruano, sobre el Registro Integral de Formalización Minera (REINFO).

En tercer lugar, sobre la regulación de la fiscalización minero-ambiental en Colombia, la cual es liderada por la Agencia Nacional de Minería (ANM) que es una entidad estrictamente técnica adscrita al Ministerio de Energía y Minas; asimismo, dentro de sus objetivos se encuentran los siguientes: i. eficiencia, ii. modernización, iii. claridad en las reglas de juego, iv. línea jurídica y estabilidad, v. transparencia; y, vi. responsabilidad social y ambiental.

Como primer acercamiento al alcance de la potestad de fiscalización minera, el Código de Minas, aprobado mediante Ley 685 del año 2001, en su artículo 60 señala que la fiscalización es una actividad realizada por las entidades concedentes o por la autoridad ambiental, orientada a la conservación de los recursos objeto de la actividad minera. Luego, en el artículo 318 describe la fiscalización o vigilancia desde un punto de vista operativo y/o funcional. A nuestro parecer, es un punto de vista más técnico a comparación de la normativa peruana, la cual parte del hecho de la verificación del cumplimiento de la obligación ambiental, la cual se encuentra regulada en normativas técnicas.

Asimismo, el proceso de fiscalización ambiental en Colombia se resume en los siguientes pasos: i. escaneo de expedientes, ii. informe de evaluación documental, iii. inspección de campo; e, iv. informe de fiscalización integral, lo cual es un símil peruano a la fiscalización de gabinete (documental) y fiscalización de campo, lo cual se traduce en un informe preliminar y final, en caso se detecten hechos infractores por parte del titular minero.



Fuente: Elaboración propia

## Similitudes entre Modelo Peruano y Colombiano

Ambos son países extractivos que regulan desde materia tributaria, ambiental, seguridad salud ocupacional, entre otros la actividad minera

La actividad minera presenta el gran problema: informalidad e ilegalidad.

La Agencia Nacional de Minería de Colombia ha creado proyectos para la formalización de la minería informal vs el REINFO del Ministerio de Energías y Minas que adopta lo mismo

Fuente: Elaboración propia



## Modelo Peruano

- OEFA adscrita al Ministerio del Ambiente
- Proceso
  - Fiscalización de gabinete (documental)
  - Fiscalización de campo
    - Informe final
    - Informe preliminar

## Modelo Colombiano

- Agencia Nacional de Minería adscrita al Ministerio de Energía y Minas
- Proceso:
  - Escaneo de expedientes
  - Informe de evaluación documental
  - Inspección de campo
  - Informe de fiscalización integral

Fuente: Elaboración propia

Por último, desde un punto de gestión ambiental, el Gobierno Nacional Colombiano en el marco del Plan Nacional de Desarrollo y según el diagnóstico para las necesidades de industria formuló seis pilares estratégicos sobre la actual política minera del país. Asimismo, dos de los seis pilares tienen relación a la estrategia de gobernanza pública con la potestad fiscalizadora minera: búsqueda de confianza institucional en base a acciones eficientes.

En el ordenamiento colombiano, la confianza legítima se traduce en un diseño de estrategias que genera relación de confianza entre el sector público y privado. Sin embargo, la cuestión a tratar que se presenta es que el pilar de la política minera no es la institucionalidad; por lo que, se ha venido desarrollando bajo directivas y otros documentos internos.

Asimismo, la fiscalización minera, la cual es una herramienta básica para la administración pública en el que garantiza que los administrados cumplan con las obligaciones ha generado resultados satisfactorios en Colombia. Empero, otro de los pilares que incide en el cumplimiento de las metas del sector es que se transfieran los beneficios a la sociedad.

En líneas generales, la fiscalización en el ordenamiento colombiano como en el peruano tienen los mismos objetivos; sin embargo, la institucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano es mayor; debido a que, los planes y/o

estrategias se comenzaron a implementar desde el año 2014; a diferencia del ordenamiento peruano, el cual empezó durante el año 2017 a fin de orientar la fiscalización a gestión de riesgos.

En el ordenamiento jurídico peruano, según Ramírez la potestad inspectora o fiscalizadora en materia ambiental cumple tres finalidades:

“(i) como agente de verificación del cumplimiento por parte los administrados de los deberes que el ordenamiento le ha impuesto, (ii) como instrumento de mitigación de los posibles daños que las actividades extractivas podrían generar en el medio ambiente, por ejemplo a través del dictado de medidas de suspensión temporal de la actividad materia de fiscalización o inspección, y (iii) como agente intimidatorio en la sociedad, es decir, que los particulares tengan claro que la Administración ejerce un control permanente para el cumplimiento de las obligaciones que se han impuesto en relación a la protección del medio ambiente” (Ramírez, 2019, p. 426).

Por lo expuesto, la finalidad de la potestad fiscalizadora son las siguientes: a. forma de control de las conductas de los administrados; a fin de que, cumplan con los deberes impuestos, b. instrumento de mitigación de riesgos (enfoque de riesgos); y, c. forma represiva en la que se genera un control permanente al administrado.

#### **I.4 Alcances del enfoque responsivo en la actividad de fiscalización minera**

Previo al análisis del enfoque responsivo, se debe dejar de lado el enfoque tradicional de la fiscalización ligada a la potestad sancionadora. Por lo que, surge la interrogante a qué nos referimos con la potestad sancionadora. Sobre el concepto, desde un enfoque histórico, desde la existencia de la Administración Pública por mandato legal (principio de legalidad). Además, para comprender los alcances de la potestad sancionador se debe entender que el procedimiento administrativo sancionador impulsado de oficio por la Administración Pública nace a través del *ius puniendi*, el cual es la fuerza para castigar o reprender a los ciudadanos por realizar conductas antijurídicas.

La razón de castigar a través de la potestad sancionadora de la Administración, según Danós Ordoñez (1995, p. 150), “se justifica en razones de orden práctico, pues resulta necesario dotar a la Administración Pública de potestades coercitivas a fin de que la misma pueda hacer cumplir las obligaciones establecidas en el ordenamiento legal”.

Por ello, sobre la potestad sancionadora se puede concluir que tiene dos misiones, las cuales son prevenir y desincentivar conductas antijurídicas; para lograr ello, la Administración debe contar con facultades coercitivas, establecidas en normas sectoriales y en el TUO de la LPAG, para que de cumplimiento a la ejecución de las sanciones.

Por lo anterior, un enfoque restrictivo de que la sanción es el único instrumento para el cumplimiento normativo es erróneo. Sobre todo, en el sector minero-ambiental; ya que las normas se encuentran dispersas en distintos textos normativos; por lo que existe una asimetría de información. Por ello, la actividad de fiscalización aún sigue consolidándose durante el tiempo, lo cual ha generado que existan nuevos objetivos: alcanzar el cumplimiento normativo, prevención y gestión del riesgo y como actividad administrativa la tutela de los bienes jurídicos protegidos.

Sobre el enfoque presentado, la idea del TUO de la LPAG es una fiscalización en donde se prioriza que el administrado se encuentre debidamente informado sobre sus obligaciones; a fin de conducir su comportamiento de manera progresiva a un cumplimiento normativo eficiente. Por lo que se busca un enfoque cooperante; por lo que previo a una sanción se busca el restablecimiento de la legalidad con un enfoque educativo.

Luego del Decreto Legislativo N° 1272, se introduce una lógica de búsqueda del cumplimiento normativo como primera opción; en caso, no se logre el objetivo entraría a tallar el procedimiento administrativo sancionador. En ese orden de ideas, se señala que “la fiscalización no debe ser ejercida con una orientación sancionadora, sino más bien buscando promover el cumplimiento voluntario, a través de la facilitación, persuasión, orientación, educación y



sensibilización, en lugar de la intrusión y coercitividad como primera medida” (Ministerio de Justicia 2017: 5).

Por otro lado, el enfoque de la prevención y gestión del riesgo apunta a que los recursos del Estado sean empleados a técnicas en el que existan logros progresivos del cumplimiento normativo. Este concepto apunta más a un preludio del enfoque responsivo. Dicho enfoque tiene un concepto para el análisis que sería el riesgo y cómo se gestiona el mismo. En el Derecho español se señala que se ha adoptado la importancia que cumple la inspección administrativa en la gestión de riesgo (Esteve 2014; 368), lo que busca es reducir el mismo.

Para entender cómo reducir el riesgo, la Administración debe conocer cuáles son las infracciones administrativas más recurrentes, tanto cómo su fuente y el por qué se originan; a fin de que busquen una técnica regulatoria de cómo poder reducir el riesgo y trasladar recursos a ello. Finalmente, realizar fiscalizaciones a fin de velar por el cumplimiento normativo.

Además, sobre la tutela de los bienes jurídicos protegidos he aquí donde se encuentra el enfoque responsivo. Sobre esta idea Montt manifiesta que:

*“la vocación jurificadora del derecho administrativo se manifiesta conforme a dos expresiones distintas pero no contradictorias: la autonomía del derecho administrativo, que se aprecia en los principios fundamentales de legalidad, control y responsabilidad; y en la pretensión de responsividad del derecho administrativo que se aprecia en los principios fundamentales de servicialidad, efectividad, eficacia, transparencia, probidad, publicad, entre otros” (2010:19)*

Sobre los dos conceptos que señala Montt existen dos paradigmas del derecho administrativo, el cual es enfocado a este concepto clásico de protección de garantías individuales y/o control de legalidad que se denomina “luz roja” y el segundo concepto que se denomina “luz verde” o enfoque responsivo que es enfocada al oportuno diseño y ejecución de políticas públicas regulatorias.

Ahora bien, sobre este punto y en especial en materia minero-ambiental, bajo parámetros que permitan entender conforme a los instrumentos jurídicos vigentes y de acuerdo con las actividades materiales que realiza la Administración Pública. Por ende, este subcapítulo nos llevará a entender cuáles son los parámetros que adopta el derecho responsivo.

La metodología o enfoque de la responsividad propone juridificar y racionalizar el poder más allá de las ideas tradicionales como el principio legalidad, dicha noción se encuentra en el ideal de la teoría de la luz verde descrita por Montt; por lo que, se busca lograr la buena administración. Sobre ello, se busca eliminar la noción clásica de la Administración punitiva y se busca concretizar modelos de metodologías de diseño institucional.

Por otro lado, autores como Braithwaite señala que la regulación responsiva pretende un sistema en el que los ciudadanos aprendan que la capacidad de respuesta es la forma que funciona el cumplimiento normativo de las normas jurídicas. Lo anterior se refiere a que no hay necesidad de vigilancia para obedecer; sino tiene que realizarse bajo una consecuencia positiva, que viene desde un enfoque orientativo hasta la internalización de las obligaciones por parte de los administrados.

Sobre dicho enfoque menciona que existen nueve principios en el que debe erigirse una regulación responsiva, los cuales son los siguientes: contextualizar, escuchar, dialogar, elogiar, educar, sancionar como último recurso, invitar a la participación, responsabilidad en mejora de los resultados y aprender y evaluar.

Sobre estos nueve principios, entidades como el OEFA ha adoptado los mismos en sus programas piloto; y lo más resaltante a nuestra opinión es el escuchar, dialogar, sanción como último recurso; y aprender y evaluar. Sobre el primero, el principio o elemento de escuchar es que debe existir una activa atención a la escucha. Asimismo, la estructura es que se otorgue la voz a las partes interesadas y se establezca los resultados acordados a fin de monitorearlos.

Luego, sigue el elemento del diálogo que involucra a los agentes regulados que se resisten al diálogo, con equidad. Además, el sancionar sólo como último recurso tiene como objetivo que las sanciones definitivas son inexorables y solo se deben utilizar cuando sea realmente necesario; es decir, sólo como último recurso. Por último, el concepto de aprender y evaluar tiene un enfoque pedagógico y de gestión de riesgos ya que parte de las siguientes cuestiones: ¿qué tan bien y a qué costo se han alcanzado los resultados?

Según Huapaya; la regulación responsiva tiene ciertos alcances:

*“Atiende a una serie de estrategias dependiendo del caso. Se parte, por ejemplo, de la premisa que una estrategia eminentemente punitiva puede perjudicar la buena voluntad de aquellos motivados por un sentido de responsabilidad. En ese sentido, se dice lo siguiente: El truco para una regulación exitosa es establecer sinergia entre castigo y persuasión. El castigo estratégico asegura que la persuasión regulatoria es algo que debe ser tomado en cuenta. La persuasión legitima el castigo como razonable, justo e incluso algo que puede generar remordimiento o arrepentimiento” (Huapaya y otros 2018: 600).*

De lo anterior, surge la idea de una pirámide regulatoria de medidas subsidiarias, las cuales van escalando en caso no cumpla con sus obligaciones. Respecto a ello, la base de la pirámide es el diálogo o persuasión, el cual en el caso del sector minero es la imposición de una recomendación o una medida correctiva; a fin de que subsane su conducta.

Por otro lado, la estrategia más dura sería el enfoque punitivo, el cual resulta ser la imposición de una multa; por lo que el rol persuasivo es clave en un escenario de incumplimiento, donde la cantidad de tipos infractores genera una enorme cantidad de procedimientos administrativos sancionadores. Asimismo, cabe recalcar que el bien jurídico que se busca proteger es el medio ambiente; por lo que, debe haber un especial énfasis en las técnicas regulatorias a aplicar.

**Presentación de la sección II: El OEFA y su labor de fiscalización en materia minera**

El OEFA es un organismo técnico especializado, el cual se encuentra adscrito al Ministerio del Ambiente. Cabe aclarar, que parte de los objetivos del OEFA es que el desarrollo de las actividades económicas se desarrolla bajo la protección del bien jurídico (medio ambiente).

Además, como parte de sus competencias se encuentra la evaluación, supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental, así como de los grandes sectores. En aras de nuestro artículo, nos interesa su labor de fiscalización en materias ambientales y cuáles son las principales conductas antijurídicas de los titulares mineros.

## **II.1 Competencias del OEFA en materia ambiental**

Según lo tipificado en el Decreto Supremo N° 013-2017-MINAM, que regula el ROF del OEFA regula los alcances de las distintas competencias que tiene el organismo señalado:

- a. En calidad de Entidad de Fiscalización Ambiental (EFA), ejerce las funciones relacionadas a la supervisión, evaluación, sanción, entre otros a fin de determinar la responsabilidad del administrado.
- b. Como ente rector del SINEFA tiene a cargo las funciones normativa y supervisora a nivel nacional.

Asimismo, el OEFA se encarga de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones ambientales de los administrados que realicen actividades de mediana o gran minería que estén en el ámbito de su competencia:



Elaboración propia

En el caso de los gobiernos regionales en aplicación a lo establecido en la Ley N.º 27867, (en adelante, LOGR), ejercen fiscalización ambiental dentro de las competencias establecidas en la Ley N.º 29325, constituyendo a los gobiernos regionales como EFA.

De acuerdo lo anterior, actualmente los gobiernos regionales son competentes para fiscalizar distintas actividades productivas como la minería, pesca, salud, turismo; y, según la transferencia de competencias o funciones, ejercer fiscalización ligada a la actividad forestal y de fauna silvestre. En el cuadro anterior se han expuesto las competencias asignadas a los veinticinco (25) gobiernos regionales. Más adelante se desarrollará los límites de las competencias de fiscalización ambiental conferidos a los gobiernos regionales.

Respecto de los gobiernos locales, son EFA de ámbito local las municipalidades siendo sus funciones de fiscalización ambiental conferidas

tanto en la Ley N.º 27972, la Ley N.º 28611, D.L. N.º 1278, Ley N.º 29419, entre otras normas con rango de ley. De acuerdo con los datos obtenidos, en el Perú existen actualmente 196 municipalidades provinciales y 1,678 municipalidades distritales que ejercen competencias en el ámbito de su jurisdicción.

## **II.2 Herramientas regulatorias del OEFA en la fiscalización minera**

Sobre las herramientas regulatorias, ¿cuál es el alcance de estas? A fin de entender dicho concepto, se da a través del análisis de impacto regulatorio, el cual fue impulsado a través de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) en estas últimas décadas.

Asimismo, la OCDE define al análisis regulatorio para examinar y medir, los beneficios, costos y posibles efectos de la regulación nueva o existente. Asimismo, se conceptualiza bajo las decisiones sobre los problemas públicos. Por ende, la regulación debe orientarse a que debe ser consecuente y asegurar el bienestar social o interés público. Sobre, las herramientas regulatorias adoptadas por el OEFA fue la creación de la Academia de Fiscalización Ambiental (AFA), la cual se creó en noviembre del 2016 con el fin de fortalecer las capacidades en fiscalización ambiental de los servidores del OEFA, entidades públicas, administrados y ciudadanía.

El objetivo de la AFA es cumplir con la siguiente premisa “participación en actividades académicas de OEFA a través del diálogo”. Por ende, uno de los mecanismos más utilizados en la difusión de sus programas académicos consistía en el envío automatizado de correos electrónicos para la invitación a sus cursos.

Dicha herramienta permite comprender las campañas de convocatoria profesional en distintas ramas relacionadas a la protección del medio ambiente desde un aspecto técnico legal. Asimismo, con la finalidad de obtener estadísticas que sean pertinentemente evaluadas por OEFA.

¿Por qué son importantes los talleres de la AFA? La AFA realiza mensualmente cursos de las obligaciones de los administrados en el sector minero, el cual es

dictado por los mismos ingenieros y abogados de la Dirección de Supervisión y Fiscalización Minera del OEFA, lo cual da un aproximamiento al raciocinio de los servidores públicos especializados en materia ambiental.

Además, no solo es un diálogo expositivo por parte de la Administración; ya que, hay una sección de ronda de preguntas, el cual puede intervenir los administrados; a fin de que esta supuesta asimetría informativa se disminuya. Por ende, la AFA ha generado que se instruyan de los titulares mineros y puedan conocer de manera concisa y clara sus derechos y obligaciones.

Luego, otra de las herramientas regulatorias; fue la incorporación de la figura de subsanar incumplimientos del sector minero. ¿Cómo se viabilizó la subsanación en el sector minero-ambiental? Gracias a la Dirección de Supervisión de Energía y Minas, la cual es la encargada de verificar el cumplimiento de las obligaciones fiscalizables. Sobre ello, se enmarcan en las labores de supervisión, y ante la problemática de detección de presuntas infracciones se recomendaba el inicio de un sancionador.

Bajo dicha figura, la labor de fiscalización no es suficiente para lograr un mayor porcentaje de cumplimiento normativo; puesto que, solo la idea de verificar el incumplimiento no es una técnica regulatoria adecuada para la preservación del medio ambiente.

A partir del año 2017, la DSEM empezó a actuar, mediante la cual promovieron el cumplimiento de medidas preventivas que busca en el corto plazo un enfoque educativo y orientador. Luego, un análisis del Reglamento de Supervisión del OEFA se introdujo diversas metodologías relacionadas al análisis del riesgo ambiental y la calificación de las conductas desde leve, grave a muy grave. Además, se aplica la idea de la metodología del cálculo de la multa; teniendo en consideración las medidas correctivas de los administrados como atenuante. Sobre ello, Huapaya señala lo siguiente:

“(…) aceptada la subsanación voluntaria antes de la imputación de cargos como un eximente de responsabilidad que responde a una causa de exclusión de punibilidad y como un mecanismo de persuasión en la

lógica de la regulación responsiva, es necesario establecer un criterio que permita deslindar cuándo puede activarse dicho eximente y cuándo no. Los criterios que hemos analizado responden a un análisis lingüístico semántico de la norma (¿qué es subsanable?, ¿qué es voluntario?), característicos de una lectura literal de la disposición normativa”. (2018: 601)

La subsanación voluntaria tiene momentos y tiene un por qué; a nuestra opinión debe suceder dos momentos para acreditar la subsanación de una infracción: i) debe dejar de realizarse la conducta infractora, ii) se debe revertir los efectos al estado inicial o al límite máximo permisible según la norma sectorial. Por ende, hay ciertas conductas que no se pueden revertir por los daños ocasionados; sobre todo las relacionadas a las infracciones muy graves en el cuadro de tipificación de infracciones del OEFA.

Asimismo, según Percy Grandez: “Perú es el único país en el que se aplica la figura de la eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria. Con la subsanación voluntaria, el administrado no necesariamente está realizando una “buena práctica ambiental”, lo que está realizando es corregir la conducta.

Lo señalado por el autor, se encuentra relacionado al principio “el que contamina, paga”. Sin embargo, en mi opinión, la figura de la subsanación voluntaria sólo es favorable para los administrados en el caso de infracciones leves; ya que no es aplicable para infracciones graves o muy graves. Por lo que, habría que analizar cuáles serían las herramientas regulatorias para las infracciones graves o muy graves.

Por último, una de las herramientas regulatorias innovadoras por OEFA fue el uso de cartillas informativas; a fin de lograr un reconocimiento de responsabilidad ambiental. ¿Cuál es la estrategia? La idea de las cartillas informativas es fortalecer la comunicación; a través, de un documento informativo y esquemático en el que se brinda al administrativo sobre las opciones que puede tomar y cuales son los beneficios económicos al aceptar responsabilidad en cada una de las etapas del procedimiento administrativo sancionador.



Cabe recalcar que la cartilla informativa buscó alentar en el administrado el reconocimiento de su responsabilidad en el lapso en que le es posible manifestar su decisión de acogerse al beneficio propuesto. Para ello, el OEFA señala lo siguiente: “se aplicó una herramienta tradicional de la economía neoclásica, el encuadre de ganancia a través de una intervención informativa, mediante la cual se buscó posicionar aspectos positivos de la decisión de reconocimiento de responsabilidad” (2020: 35).

En conclusión, la cartilla informativa contenía información relacionada a los alcances económicos de la responsabilidad administrativa, lo cual generó que tuviese un éxito en infracciones leves y graves. Asimismo, lo que se buscaba es que el administrado tuviese a disposición dicha información para una mejor toma de decisiones.

### **II.3 Titulares mineros: sesgos conductuales que ocasionan el incumplimiento de obligaciones normativas**

Sobre cuáles son las infracciones recurrentes de los titulares mineros en el sector minero-ambiental, se encuentran relacionados a los sesgos, el cual se define como una serie de conductas por parte de los administrados que alentaban las conductas antijurídicas, las cuales son:

*“a. El sesgo del status quo; es decir que los seres humanos usualmente decidimos dejar las cosas como están porque “así están bien”, evitando los cambios.*

*b. El sesgo por el “efecto de arrastre”; las personas tienden a comportarse como la mayoría.*

*c. El sesgo de “preferencia por el presente” o “descuento hiperbólico”, que evidencia que los individuos tienen preferencia por el presente inmediato, minimizando las consecuencias futuras, aunque estas sean negativas. (2020: 31).*

Por lo anterior, con la evidencia de los problemas y la verificación de los sesgos y atajos cognitivos del comportamiento, en mi opinión, considero que el sesgo más recurrente es el efecto de arrastre; ya que, se puede apreciar las siguientes actuaciones: i) si no sancionaron a la otra empresa, entonces

tampoco me sancionarán a mí, ii) si otras empresas no cumplen con sus obligaciones ambientales; yo también puedo hacerlo, entre otros factores.

Por lo que, las empresas supervisadas por el OEFA corresponden a la categoría de mediana y gran minería y la toma de decisiones se realizan a distintos niveles. Sin embargo, existen diversos sesgos; por ejemplo, la percepción de que la subsanación de los incumplimientos no es común en el sector; por lo que, se cuestionan el por qué deberían hacerlo, lo cual configura un sesgo de arrastre.

Por otra parte, puede darse el caso de que la información disponible sobre los requisitos para subsanar un incumplimiento genere una sobrecarga cognitiva en el personal al no haber información clara o fácilmente accesible, desincentivando este tipo de acciones (OECD, 2017).

Por último, uno de los grandes problemas sobre el reconocimiento de responsabilidad proviene de la falta de incentivos a favor del administrado, el cual OEFA señala lo siguiente:

*“El proceso de supervisión realizado por el OEFA hasta el 2018 ha generado en la DFAI una carga procesal de 3,432 expedientes PAS, con base en posibles incumplimientos a la normativa ambiental por parte de los administrados por el OEFA. Asimismo, un 75% de estos expedientes inició el PAS, mientras que un 25% fue archivado en la DFAI”.*

Sobre ello, tenemos en consideración que existía una gran carga de procedimientos administrativos sancionadores; ya que, los administrados no conocen los beneficios de reconocer la responsabilidad administrativa ya que puede generar un beneficio económico para ellos (el descuento en la multa) y el beneficio del costo procesal para el OEFA.

Por ende, tenemos claro que los sesgos forman parte de la problemática de los administrados en el sector minero; sin embargo, todo esto se condice con el hecho del beneficio ilícito y/o ganancia que puede generar el administrado al realizar las conductas antijurídicas; por lo que, se tenía en mente una visión clásica de sancionar con multas altas para disuadir dichas conductas antijurídicas, lo cual en la práctica no llegó a buen puerto.

### **Presentación de la sección III: Resultados y propuestas de las herramientas regulatorias: estadísticas y análisis del modelo responsivo del OEFA**

En la presente sección se analizarán los resultados obtenidos por las herramientas regulatorias expuestas en la sección II, lo cual permitirá analizar si han funcionado; en contraste, de un análisis del cumplimiento normativo ambiental de los titulares mineros.

Sobre ello, en la página institucional del OEFA, se publica de manera constante estadísticas en la que se denota los factores señalados; en base a ello, debemos analizar integralmente los conceptos expuestos en el presente trabajo: labor de fiscalización, responsabilidad, efectividad de herramientas regulatorias, protección al derecho a un medio ambiente sano y equilibrado, entre otros.

#### **III.1 Análisis estadístico: labores de fiscalización y aplicación de herramientas en los titulares mineros**

Previo al análisis estadístico, en el año 2020, el OEFA solicitó a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) una evaluación del cumplimiento regulatorio y la fiscalización en el sector ambiental. Por lo anterior, en el Informe de cumplimiento regulatorio se realizó una comparación entre las prácticas del OEFA con otros organismos internacionales, lo cual gira en torno a un cumplimiento basado en eficiencia.

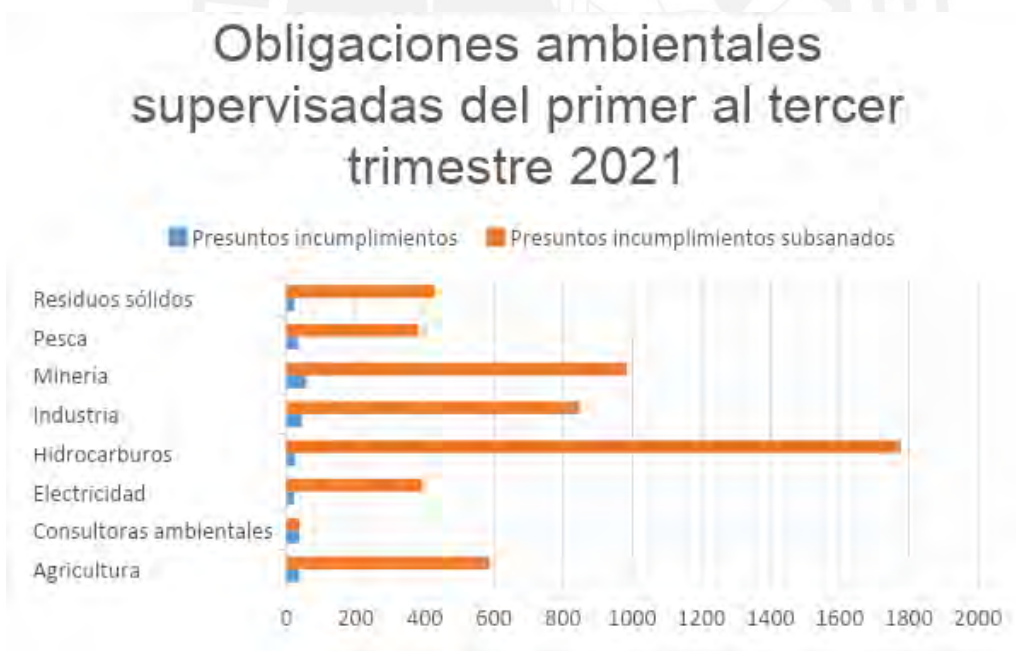
Sobre ello, nos enfocaremos en dos puntos importantes: enfoque de riesgos y proporcionalidad y regulación responsiva. El primero se refiere a que conforme a la legislación ambiental se desarrollan metodologías para imponer un cálculo de sanciones o criterios para priorizar qué conductas fiscalizar; en aras, de promover un enfoque de proporcionalidad y gestión de riesgos; sin embargo, la OCDE señala la siguiente recomendación: “la metodología utilizada para evaluar los riesgos y la seriedad resultante del incumplimiento podría desarrollarse y refinarse más para establecer una diferencia entre los niveles de riesgo y los niveles de incumplimiento”.

Luego, sobre la regulación responsiva se señala que la legislación debe priorizar los resultados en aras pedagógicos que las sanciones; por lo que, se

analiza la normativa relacionada a la supervisión e infracciones del OEFA, con lo que se concluye que si existen opciones beneficiosas para el administrado, pero no hay una orientación clara a cuándo y en qué momento debe aplicarse dichas atenuantes o eximentes; a menos que, analicemos la jurisprudencia.

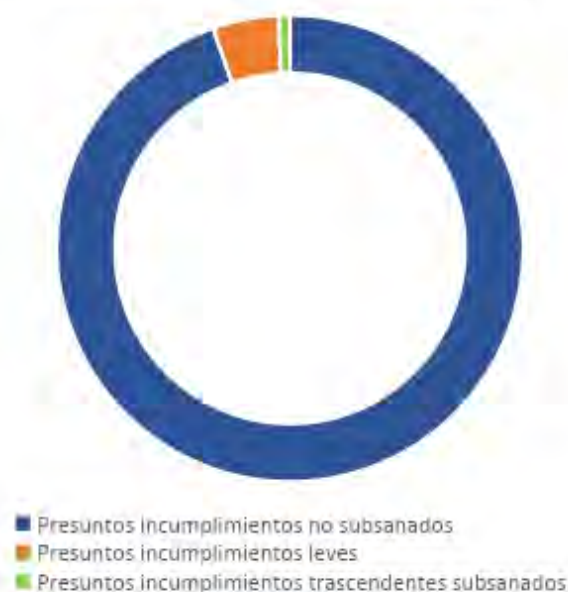
Actualmente, las cifras relacionadas a la supervisión se encuentran en el portal institucional del OEFA que se llama “Datos Abiertos”, el cual se creó debido a la sugerencia de la OCDE. Sobre la labor de fiscalización durante los años 2019 al 2021, se realizan más de 4000 supervisiones anuales, pero en el sector minero, solo representa un 15%, los cuales solo un 60% se recomienda el inicio del procedimiento sancionador; debido a que, los administrados subsanan las conductas previo al inicio del procedimiento sancionador.

Además, a fin de determinar si se han cumplido con las obligaciones fiscalizables se tomará una muestra del primer al tercer trimestre del año 2021; a fin de determinar la cantidad de supuestos incumplimientos. Por lo anterior, se señalará los datos en los siguientes gráficos:



Fuente: Elaboración propia

### Nivel de Subsanación de presuntos incumplimientos del primer al tercer trimestre 2021



Fuente: Elaboración propia

De los gráficos se concluye que 985 infracciones de las 5,577 corresponden al sector minero, lo cual representa el 17.66% de los presuntos incumplimientos; sin embargo, lo más resaltante es el porcentaje de subsanación de los presuntos incumplimientos, lo cual oscila entre el 4 al 5% de la totalidad, lo cual es un resultado ínfimo a partir de la incorporación de las herramientas regulatorias del OEFA.

Por otro lado, en uno de los reportes del OEFA se describió una mejora en la estrategia de supervisión de la verificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales; a fin de brindar la información sobre los beneficios. Asimismo, durante el año 2019, el OEFA se enfocó en transmitir los beneficios legales y económicos de la subsanación voluntaria, lo cual debía traducirse en una mayor concientización por parte de los administrados; sin embargo, las cifras señaladas no representan una mejoría.

### III.2 Hacia una mejora regulatoria en el cumplimiento de las obligaciones ambientales

En el presente punto se tocará un análisis reflexivo sobre cómo se debe enfocar la mejora regulatoria de OEFA para el cumplimiento de las obligaciones ambientales por parte de los titulares mineros. Previo a ello, denotamos que existe una indiferencia del cumplimiento ambiental por parte del titular minero, debido a causas meramente económicas: cálculo de beneficio ilícito, costo evitado, entre otros conceptos.

### **III.2.1 Indiferencia del cumplimiento ambiental**

De manera concisa se abordará el concepto de la indiferencia de cumplimiento ambiental, lo cual se suscita en base a una de las grandes problemáticas del mundo son los efectos del cambio climático; por lo que, se ha convertido en uno de los retos más relevantes para la humanidad. Asimismo, se debe analizar la valoración de costos ambientales en términos de los bienes y servicios tanto que involucran a la empresa como al ambiente que pueda afectar el bienestar general.

De acuerdo a Juan Carlos Monroy Rosas, los escenarios de valoración de los costos ambientales que se encuentra ligado a la indiferencia del cumplimiento ambiental son los siguientes ambiental:

- “1. Planeación: (...) relacionado al principio de prevención del derecho ambiental internacional (...)*
- 2. Control fiscal (...)*
- 3. Valorización de costos ambientales como prueba en una acción judicial.*
- 4. Valoración de costos ambientales como un ejercicio académico” (2011:154)*

La visión económica del medio ambiente se debe dejar de lado; ya que, solo es una visión sesgada ya que el cuidado del medio ambiente integra aspectos de los derechos fundamentales de la sociedad. Por lo que, es necesario incidir en que las mejoras regulatorias se tienen que dar con la finalidad de tutelar los derechos fundamentales de la sociedad y lograr la eficacia procedimental y económica.

### **III.2.2. Mejora regulatoria: cumplimiento de las obligaciones ambientales**

Respecto a la mejora regulatoria se entiende como un perfeccionamiento del orden normativo, en donde los objetivos de las mismas sean las más eficientes y generen menores costos para la Administración. Además, el concepto se encuentra ligado a la competitividad; ya que los diversos elementos que confluyen es para un Estado atractivo de inversión en el que las normas se apliquen de manera eficiente.

Asimismo, la regulación del OEFA en el país no está funcionando de manera inmediata porque los administrados aún siguen con la idea de los sesgos que se señalaron en el capítulo II. De acuerdo a lo mencionado, a fin de proteger las malas prácticas del administrado, el Estado le impone requisitos que muchas veces no son necesarios o son ineficientes y son tramitados por entidades que no cuentan con capacidad de respuesta.

Ahora bien, respecto al análisis de la calidad regulatoria, el cual es un instrumento apropiado de incentivar con el fin del cumplimiento ambiental, a fin de que cumplan con los criterios de necesidad y efectividad. Considero que se debe realizar un examen periódico de cada dos años, a fin de que los procedimientos vuelvan a ser revisados y verificar si se están logrando los objetivos o en que se pueden adecuar a fin de cumplir con la finalidad.

Así con el transcurso del tiempo, algunas herramientas regulatorias perderán su razón de ser, dejarán de ser eficaces, y en otros casos se deberá proponer una nueva herramienta a fin de adecuarlo a las necesidades inmediatas. Asimismo, se debe realizar una revisión periódica de las normas a fin de evaluar el beneficio - oportunidad en pro de una agilización de los procedimientos.

Por ejemplo, como una aproximación a la solución es que debe existir medios alternativos para que no existan carencias por parte de la Administración a fin de cumplir las labores de fiscalización y pueda gestionar el riesgo de los incumplimientos normativos. Para esto es una buena opción, para el caso de la gran y mediana minería al menos, es el impulso de que se cumplan con las obligaciones ambientales a través de la adecuación de sus operaciones a la normativa; un claro ejemplo es la figura del Programa de Adecuación de Manejo Ambiental (PAMA).

Esto último es una certificación ambiental, la cual tiene como objetivo presentar un diagnóstico ambiental e identificar los impactos ambientales producidos; sin embargo, son pocas las empresas que están optando por dicha certificación, a pesar de que diversas empresas realizan operaciones sin contar con instrumentos de gestión ambiental aprobado, lo cual dificulta las actividades de supervisión y que generan un daño real al medio ambiente.

Por último, la institución del OEFA se encuentra fortalecida y realiza de manera correcta las labores de fiscalización; asimismo, cuentan con herramientas regulatorias y programas de capacitación tanto para el supervisor como para el titular minero; sin embargo, ¿por qué el administrado no cumple con sus obligaciones ambientales o no subsana antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador? Sobre esta cuestión se debe a un factor económico que impera en el razonamiento de los directores o gerentes de las empresas mineras. Asimismo, bajo un sesgo de que la actividad extractiva y/o económica en Perú es informal; por lo que, los titulares mineros tampoco quieren adecuarse o utilizar las herramientas para colaborar con la protección del medio ambiente.



## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A modo de conclusión, sobre la sección I, corresponde señalar que la Administración Pública debe ejercer la potestad fiscalizadora o inspectora en aras de la tutela de bienes jurídicos; en el caso minero-ambiental, es la protección al medio ambiente. Asimismo, el concepto de fiscalización sigue evolucionando durante el tiempo; a fin de efectivizar el cumplimiento normativo y dejar como última opción el enfoque punitivo de la administración.

Además, en la actualidad, la figura de la actividad de fiscalización debe contar con los siguientes enfoques: i) preventivo, ii) orientado a la gestión de riesgo, iii) educativo, iv) gestión de resultados; y, v) procura del enforcement normativo.

Asimismo, la sección II procura como objetivo que el lector comprenda las facultades del OEFA en el sector ambiental; asimismo, cuáles son las herramientas que utiliza dicha entidad; a fin de proteger el interés público que sería el medio ambiente sano y equilibrado. Sobre lo anterior, es importante el motivo por el que se adoptan nuevas herramientas regulatorias, lo cual se debe a los sesgos de los titulares mineros que genera el incumplimiento de las obligaciones de los administrados.

Por último, la sección III concluyó en que, de acuerdo a las estadísticas, a pesar de que OEFA gestiona y aplica herramientas regulatorias relacionadas al cumplimiento ambiental, los administrados no fueron receptivos a las mismas; ya que, solo un 5% subsanó los incumplimientos relacionados a supuestas infracciones, lo cual es un porcentaje bajo para la cantidad de infracciones descritas en el muestreo.

## BIBLIOGRAFÍA

Aldana Durán, M. I. (2013). La Fiscalización Ambiental en el Perú: Orígenes, Estado Actual y Perspectivas Futuras. *Derecho & Sociedad*, (41), 323-340. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12783>.

ANDALUZ, Carlos (2016). *Manual Derecho Ambiental*. Lima: Editorial Iustitia.

Bermejo, J. (1998). La Administración Inspector. *Revista de Administración Pública*, N° 147.

Braithwaite, J. (2011). The essence of Responsive Regulation. *UBC Law Review*.

ESTEVE PARDO, José. (2011). La actividad administrativa de regulación y gestión de riesgos. *Lecciones de Derecho Administrativo (5ta edición)* Madrid: Marcial Pons.

Esteve Pardo, J. (2014). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons.

García Pachón, M. (2020). El principio de prevención como fundamento del derecho ambiental. Universidad Externado de Colombia.

García Ureta, Agustín. (2006). *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*. Madrid y Barcelona: Marcial Pons y Ediciones jurídicas y sociales S.A.

Huapaya Nava, M. y Soto Chavéz, E. (2014). La Fiscalización Ambiental en el Perú: Reflexiones sobre las funciones y atribuciones del OEFA: “Los nuevos criterios del Tribunal de Fiscalización Ambiental”. OEFA.

Huapaya Tapia, Ramón; Sánchez Povis, Lucio; y Alejos Guzmán Oscar. (2018). El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima.

Izquierdo Carrasco, M. (2019). Fiscalización, supervisión e inspección administrativa: aproximación conceptual crítica y caracteres generales en el Derecho peruano. En Zegarra Valdivia, D (coordinador), La proyección del Derecho Administrativo Peruano. Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP (p. 387-418). Lima: Palestra.

Martín Mateo, Ramón. (2003). Manual de Derecho Ambiental. Aranzadi.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2017). Guía práctica sobre la actividad administrativa de fiscalización. Guías para asesores jurídicos del Estado. Lima.

Montt, S. (2010). “Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurificadora del derecho administrativo y sus principios fundamentales”. En derecho administrativo y Regulación Económica. Liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz. De la Cuétara, Juan y otros.

ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. (2021). “La economía del comportamiento aplicada a la fiscalización ambiental”. Lima: OEFA.

Ramírez Parco, Gabriela Asunción. (2019). “Fiscalización y aprovechamiento de recursos hidrobiológicos en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible”. Lima: Palestra.

Sánchez, L. A. (2020). La fiscalización administrativa en el ordenamiento peruano: de la heterogeneidad a la regulación común. IUS ET VERITAS, (60), 38-64. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202001.002>

Sánchez Pavis, Lucio Andrés. (2019). El enfoque preventivo y la labor educadora de la fiscalización administrativa en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Palestra.

Sánchez Morón, M. (2017). Derecho Administrativo (Decimotercera edición). Madrid: Tecnos.

Sandoval, L.E., Marín Jaramillo, M. y Almanza, A.M. 2017. Explotación de recursos naturales y conflicto en Colombia. Revista de Economía Institucional. 19, 37 (nov. 2017), 201–225.

Zegarra Valdivia, D. (2016). La participación de los privados en la actividad de supervisión en el sector eléctrico peruano: breve aproximación a su estudio. THEMIS Revista De Derecho, (69), 123-131. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16755>

