



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**La auditoría ambiental como técnica de fomento para la
protección del ambiente en el Perú, a partir del modelo
EMAS**

Tesis para optar el Grado de
Máster en Derecho Administrativo y Regulación del Mercado

Astrid Carolina Lopez Ruiz

**Asesor(es):
Dr. Orlando Vignolo Cueva; Dr. Íñigo Sanz Rubiales**

Lima, agosto de 2021



Dedicatoria

A mi padre, por su apoyo y amor infinito.





Agradecimiento

Un agradecimiento especial a mis asesores de tesis, Dr. Orlando Vignolo Cueva y Dr. Íñigo Sanz Rubiales, quienes han compartido sus conocimientos académicos y profesionales durante el tiempo que se desarrolló esta investigación, y especialmente, ha brindado su apoyo y disposición inmediata para lograr la culminación del presente trabajo.





Resumen

En el presente trabajo se realiza un análisis de las actividades de la administración pública en la protección del ambiente, resaltando las principales instituciones jurídicas del Derecho Administrativo que se utilizan en el ordenamiento peruano para lograr dicho fin, y, a partir de ello, se plantea la oportunidad de promover la implementación de las técnicas de fomento en el ámbito ambiental, en específico, la implementación de las auditorías ambientales en el Perú, a partir del modelo EMAS europeo y del sistema mexicano. Con ello, se pretende desarrollar una figura que aún no se ha formulado en nuestro ordenamiento, y demostrar su utilidad y eficiencia en la protección del ambiente, que, en la mayoría de las veces, puede ser más eficaz que la actividad de policía de la administración pública.





Tabla de contenido

Introducción.....	11
--------------------------	-----------

Capítulo 1 Técnicas jurídicas de protección ambiental en el ordenamiento jurídico

peruano.....	13
---------------------	-----------

1.1. Justificación del estudio de las técnicas jurídicas de protección ambiental en el ordenamiento peruano.....	13
1.2. Técnicas de policía para la protección del ambiente	14
1.2.1. Técnicas de policía administrativa a priori	15
1.2.1.1. Reglamentación y planificación	15
1.2.1.2. Autorizaciones.....	17
1.2.1.3. Evaluación de Impacto Ambiental (EIA).....	20
1.2.2. Técnicas de policía administrativa a posteriori.....	23
1.2.2.1. Inspecciones ambientales	23
1.2.2.2. La potestad sancionadora y las medidas de policía administrativa	27
1.2.3. Instrumentos de gestión ambiental para culminación de actividades	30
1.3. Técnicas de prestación de servicios esenciales para la protección del ambiente.....	31
1.4. Técnicas de fomento en el sistema de gestión ambiental	36
1.4.1. Ayudas públicas o subvenciones.....	40
1.4.2. Auditorías ambientales.....	43
1.4.3. Ecoetiquetas	44
1.4.4. Mercado voluntario de emisiones	45
1.5. Toma de postura.....	46

Capítulo 2 Propuesta de implementación de la auditoría ambiental en el Perú, a partir del modelo EMAS.....

2.1. La relevancia de la auditoría ambiental en el Sistema de Gestión Ambiental (SGA) empresarial y sus efectos jurídicos en la actividad de fomento de la Administración Pública.....	49
2.1.1. Estados Unidos.....	50
2.1.2. Unión europea.....	51
2.1.3. México	54

2.2. Una propuesta de <i>lege ferenda</i> sobre la participación voluntaria de las organizaciones empresariales en las auditorías ambientales en Perú, a partir del modelo EMAS	57
2.2.1. Sujetos intervinientes en el procedimiento de auditoría ambiental.....	58
2.2.1.1. Organizaciones que pueden solicitar su adhesión al sistema de auditoría ambiental	58
2.2.1.2. Auditores ambientales acreditados	58
2.2.1.3. Entidades públicas intervinientes	59
2.2.2. Procedimiento de auditoría ambiental en el Perú.....	60
2.2.2.1. Fase interna.....	60
2.2.2.2. Fase externa.....	67
2.2.3. Inscripción en el Registro Nacional de Auditorías Ambientales (RNAA): naturaleza jurídica y vigencia	70
2.2.4. Beneficios.....	72
2.2.4.1. Otorgamiento de reconocimiento ambiental: logotipo y certificado de desempeño ambiental	72
2.2.4.2. Bonificaciones adicionales en las contrataciones con el Estado	73
2.2.4.3. Otros beneficios a considerar	76
2.3. Toma de postura.....	77
2.3.1. Su eficacia en la protección ambiental: principio de prevención.....	77
2.3.2. Más actividades de fomento, menos actividad de policía.....	78
2.3.3. Imagen de la empresa ambientalmente responsable	79
2.3.4. Incentivo a la autorregulación regulada en la protección del ambiente	80
Conclusiones	83
Lista de referencias	87
Jurisprudencia.....	93

Introducción

Las actividades económicas como la minería, energía, pesca, comercio, industria, construcción y transporte generan efectos positivos en nuestro sistema socio-económico mediante la generación de valor agregado, divisas, impuestos, inversión y empleo¹, sin embargo, no es menos cierto que también generan grandes riesgos para la conservación del ambiente, las cuales algunas veces son irreversibles. En esa línea, la protección del ambiente es uno de los temas más importantes en estos tiempos, y es que conductas como derrames de mercurio al suelo, emisiones de gases tóxicos, descargas de sustancias tóxicas a los ríos, contaminación acústica, generación exorbitante de residuos sólidos y otros, hacen que la calidad y salud ambiental de la colectividad se vea afectada.

Por ello, el Estado debe encargarse de diseñar una estrategia de tutela efectiva, articulando todos los medios con que cuenta para prevenir, controlar e, incluso, sancionar aquellos comportamientos que generen una afectación a dicho interés jurídico. No obstante, en nuestro ordenamiento predomina principalmente la actividad de policía para la protección ambiental, siendo la facultad sancionadora la de mayor aplicación. Asimismo, existe una falta de reconocimiento de la participación de las empresas en la protección del ambiente, de ahí, que sea necesario estimular la “corresponsabilización” de los agentes económicos para conseguir una tutela efectiva de dicho bien jurídico. Un instrumento que puede ayudar decisivamente en este empeño es la auditoría ambiental.

En el presente trabajo se realiza un análisis de las manifestaciones de la actividad de la Administración Pública en la protección del ambiente, y sobre la oportunidad de promover la implementación de las técnicas de fomento en el ámbito ambiental. La estructura de esta investigación está dividida en dos capítulos. El primer capítulo tiene un carácter introductorio sobre el análisis de la intervención de la Administración Pública en la protección del ambiente en sus tres técnicas clásicas, partiendo de la técnica de policía, en la cual se estudian las figuras a priori: reglamentos, autorizaciones, estudios de impacto ambiental, y a posteriori: inspección, sanciones y medidas administrativas de policía. Seguidamente, se hace un estudio de la técnica de la prestación de servicios esenciales en las actividades de recolección de residuos sólidos y servicios de saneamiento; y, finalmente, se culmina con el desarrollo de la

¹ Conforme a las estadísticas, la minería en el Perú representa la actividad que genera más valor agregado a nivel regional y nacional, por ello es considerada como la principal fuente de ingreso en el país. En: Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía. Impacto Económico de la Minería en el Perú. Documento elaborado por MACROCONSULT. Consultado: 29 de mayo de 2018. Disponible en: < <http://www.cimu.org.uy/wp-content/uploads/18-Impacto-economico-de-actividad-minera-en-el-Peru-Junio-2012.pdf> >

técnica de fomento, en la cual se tratan figuras como las subvenciones, etiquetas ecológicas, auditorías ambientales, mercados de bonos, etc.

En el segundo capítulo, planteo mi aporte con una propuesta de *lege ferenda* para contribuir al reforzamiento de una figura que, en mi opinión, no se ha tratado con demasiado esmero, la cual nace —y debe hacerse crecer— con la vocación de proteger el medio ambiente, hablamos de la implementación de las auditorías ambientales en el Perú con similares efectos jurídicos que el modelo EMAS de la Unión Europea y el sistema mexicano, es decir, una actividad que inicia por voluntad del administrado, y que el Estado recoge — como parte de su potestad de fomento- para otorgarle beneficios, con el fin de contribuir a la protección del ambiente (interés general). Esta vez, hablamos de una auditoría ambiental que trasciende la esfera del particular para tener efectos jurídico-públicos. En esa línea, se desarrolla la fase interna de esta técnica (análisis medioambiental, aplicación de un Sistema de Gestión Ambiental, auditoría ambiental en estricto, elaboración de la declaración ambiental), y externa (verificación ambiental e inscripción en un registro); así como el otorgamiento de los beneficios de reconocimientos honoríficos (como el logotipo y certificado de desempeño ambiental) y de puntajes adicionales en las contrataciones públicas.

Así, con todos estos factores señalados, se puede evidenciar los niveles de eficiencia y eficacia de la auditoría ambiental, su regulación legal y la función de los órganos y organismos encargados de vigilar los dispositivos previstos en el Derecho Administrativo, vinculados a los principios del Derecho Ambiental.

Conforme a lo expuesto, considero que la implementación de las auditorías ambientales, a partir del modelo EMAS y el sistema mexicano, genera considerables ventajas en los tres actores importantes del sistema: (i) el empresario, un aumento de las ventas, una mejor imagen para su negocio, la potenciación de su competitividad, la identificación temprana de sus posibles incumplimientos ambientales, etc.; (ii) la sociedad, participación ciudadana sobre el comportamiento de dichas empresas y disfrute de una ciudad sostenible; y (iii) la Administración Pública, la colaboración de los dos anteriores en el aseguramiento del derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado, conforme lo reconoce nuestra Constitución Política.

En efecto, se trata de buscar la promoción de instrumentos de gestión que surgen en el marco de la autorregulación y que, además de configurarse como herramientas al servicio de la protección del medio ambiente, constituyen una técnica mediante la cual las empresas pueden prevenir riesgos medioambientales relevantes.

Capítulo 1

Técnicas jurídicas de protección ambiental en el ordenamiento jurídico peruano

En la doctrina ha sido tradicional la clasificación de la actividad administrativa en actividad de limitación o policía, de incentivo o fomento y de prestación o servicio público². Según el grado de intervención de la Administración, en la actividad de policía el protagonismo administrativo es secundario, en tanto la Administración solo intervendría cuando el orden, el mercado, la actividad de los agentes privados se vea alterado, o para controlar su buen funcionamiento. Con la actividad de fomento, la Administración adquiere un mayor protagonismo pues orienta, fomenta o incentiva la actividad de los particulares hacia ciertos objetivos que se consideran preferentes o de interés general; y finalmente, con la actividad de servicios públicos, la Administración asume un papel prácticamente exclusivo al ser ella la que dirige y se responsabiliza de la prestación de ciertos servicios³.

1.1. Justificación del estudio de las técnicas jurídicas de protección ambiental en el ordenamiento peruano

En términos de MARTÍN-RETORTILLO, “el Derecho administrativo encierra, al menos aparentemente, una profunda contradicción entre su función ordenadora de la organización y actuación de los poderes públicos, por un lado y, por otro, su función de tutela y protección de los derechos e intereses de los ciudadanos”⁴. En esta aparente contradicción se encuentran las distintas técnicas jurídicas que el ordenamiento jurídico administrativo articula con el fin de paliar los intereses que pueden colisionar a raíz de la actuación administrativa⁵, sin embargo, al ser mecanismos de naturalezas muy dispares, su ejecución o aplicación -que casi siempre no es idónea por parte de la Administración Pública-dificulta o, incluso, pierde de vista la protección de los bienes jurídicos.

Es así como, la justificación del presente capítulo reside en dar a conocer los alcances generales de los mecanismos o técnicas jurídicas de policía, prestación directa de servicios y

² JORDANA DE POZAS, Luis. *El problema de los fines de la actividad administrativa*. Ponencia sobre Problemas Actuales en la Administración Pública.

Disponible en < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2111862.pdf>> consultado: 16 de marzo de 2019

Cabe mencionar que un sector de la doctrina, cada vez mayor, considera que, por la variedad y alcance de la actividad de la Administración, esta tripartición tradicional se ha demostrado insuficiente, y por ello, se añaden otras como: gestión económica; actividad de producción económica; acción planificadora: previsión y programación de la acción pública y privada. Para un estudio más profundo, revisar FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE PIURA. *Lección Décimo Novena, La Actividad Administrativa (I) La Policía Administrativa*. En, Notas al curso de Derecho Administrativo. Revisión marzo, 2010, pág. 1-3.

³ ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho administrativo*. Séptima edición. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2017, pp. 352 y ss.

⁴ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *Instituciones de Derecho administrativo*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007, p. 37.

⁵ SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. *La autorización judicial de entrada y otras autorizaciones contencioso-administrativas*. Trabajo para la colación del Grado de Doctora. Lleida, 2013, pág. 19.

fomento en el sector ambiente (el deber ser), su regulación en el Perú y, en algunos casos, en el derecho comparado, y, a partir de ello, conocer cómo son aplicadas por parte de nuestra Administración Pública (el ser), haciendo reflexión sobre la eficacia de estas figuras para la protección del ambiente en el ordenamiento jurídico peruano, o, si por el contrario, es necesario dar una mirada a otras soluciones y profundizar en otras técnicas jurídicas.

1.2. Técnicas de policía para la protección del ambiente

Tal como se ha mencionado, el objetivo de la actividad de policía administrativa será el mantenimiento o restablecimiento del orden público en diversos sectores como, por ejemplo, el sanitario, forestal, ambiental, alimentario, entre otros. Para lograr este objetivo se utilizan fórmulas jurídicas de carácter preventivo y de control, como son las autorizaciones, prohibiciones, inspecciones; y las sanciones, las cuales, aunque se imponen *a posteriori*, tienen también un carácter disuasorio, preventivo⁶.

En este punto, cabe mencionar que en tanto el ejercicio de esta potestad de policía supone la intervención de la Administración en los derechos y libertades de los ciudadanos, debe ser limitada a su vez por los principios de legalidad (necesidad de respaldo normativo), de igualdad (conforme lo dispone el artículo 2.2. de nuestra Constitución Política), de proporcionalidad (entre los medios que utiliza la Administración y los fines públicos que quiere alcanzar, conforme lo establece el artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley 27444), de motivación (las decisiones restrictivas de derechos deben estar motivadas) y de no indemnización (por su carácter general, se entiende que condicionan el ejercicio de derechos y libertades de los ciudadanos para lograr el bien común, afecta a todos por igual), a fin de evitar un ejercicio arbitrario de dicha actividad⁷.

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico peruano se han implementado diversos mecanismos de policía para la protección del ambiente, que se dividen principalmente en dos tipos: mecanismos *a priori*, (i) las normas ambientales (reglamentación y planificación), (ii) las autorizaciones y las inspecciones para su otorgamiento, y (iii) la evaluación de impacto ambiental; y los mecanismos *a posteriori*, (i) la inspección ambiental; (ii) la potestad sancionadora y las medidas de policía administrativa; y (iii) los instrumentos de gestión ambiental para culminación de actividades.

⁶ *Ibidem*

⁷ FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE PIURA. *Lección Décimo Novena, La Actividad Administrativa (I) La Policía Administrativa*. En, Notas al curso de Derecho Administrativo. Revisión Marzo, 2010, pág. 1-3.

1.2.1. Técnicas de policía administrativa a priori

1.2.1.1. Reglamentación y planificación. Los reglamentos son disposiciones administrativas de carácter general, que complementan a las normas con rango de ley (reglamentos ejecutivos)⁸, y forman parte del ordenamiento jurídico. Se dictan en ejercicio de una potestad reglamentaria que sólo puede ser atribuida de manera expresa por la Constitución o por las leyes; de ahí que se caractericen por ser normas jurídicas, que, si bien forman parte del ordenamiento legal, lo hacen en calidad de normas de carácter subalternas o inferiores a las leyes⁹.

Si bien es cierto, hoy en día esta potestad es de uso extenso y generalizado, la mayoría de ordenamientos jurídicos reconocen su importancia y necesidad principalmente por dos aspectos, el primero porque permite el desarrollo de materias de carácter especializado y técnico, como el ambiental, las cuales difícilmente podrían ser abarcados en su totalidad por un parlamento; y segundo, porque a través de los reglamentos se busca establecer reglas que permitan la observancia del ordenamiento legal por parte de la Administración y de los administrados, es decir, colaboran con la efectividad de las leyes¹⁰.

En nuestro ordenamiento, las leyes ordenadoras para la gestión ambiental en el Perú son la Constitución Política del Perú y su reconocimiento como derecho fundamental a vivir en un ambiente equilibrado, la Ley General del Ambiente (LGA), Ley N° 28611, la cual establece los principios y normas básicas para asegurar el efectivo ejercicio del derecho a un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida; la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Ley N° 28245, cuyo propósito es asegurar el cumplimiento de los objetivos ambientales de las entidades públicas, fortalecer los mecanismos transectoriales en la gestión ambiental, el rol de la autoridad nacional ambiental y de las entidades sectoriales, regionales y locales; la Ley del Sistema Nacional de Evaluación

⁸ “Lo definitorio de este tipo de reglamentos es que se dictan en ejecución de una ley preexistente. El significado de la ejecución de la ley es amplio: por ejecutar se hace referencia tanto a detallar, desarrollar o complementar preceptos legales como a preparar la ejecución técnica propiamente dicha disponiendo de instrumentos técnicos necesarios o regulando los trámites u organizando un registro o un servicio de inspección. Los reglamentos ejecutivos están directamente vinculados o directamente ligados a una ley, a sus preceptos concretos o a un conjunto de leyes determinadas a cuyo desarrollo proceden.” En, FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE PIURA. *Lección Décimo Cuarta, El Reglamento*. En, Notas al curso de Derecho Administrativo. Revisión abril, 2014, pág. 7.

⁹ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *El Régimen de los Reglamentos en el Ordenamiento Jurídico Peruano*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, pág. 170 y 171.

Disponible en < <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2564/15.pdf>> Consultado: 16 de marzo de 2019. Si el lector desea profundizar sobre los reglamentos y actos administrativos como fuente de Derecho Administrativo, puede consultar el siguiente artículo: BACA ONETO, Víctor y Antonio, ABRUÑA PUYOL. *El Reglamento ¿Acto Administrativo en el Derecho Peruano?* Revista de Derecho UDEP, Volumen III. Lima, 2010.

¹⁰ *Ibidem*.

del Impacto Ambiental-SEIA, Ley N° 27446, la cual crea el SEIA como un sistema único y coordinado de identificación, prevención, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas por medio del proyecto de inversión; y la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley N° 29325, que regula el ejercicio de las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y potestad sancionadora en materia ambiental.

A partir de estas leyes de carácter ambiental, se han emitido diversos reglamentos de protección ambiental en los diversos sectores de inversión económica del país (minería, hidrocarburos, electricidad, pesca, industria, etc.), reglamentos de evaluación de impacto ambiental, reglamentos de supervisión y fiscalización ambiental, entre otros; con lo que se ha pretendido regular las funciones y competencias de las entidades de todos los niveles del gobierno nacional, regional y local; los mandatos, permisiones y prohibiciones de los administrados que ejercen actividades económicas que puedan generar un impacto ambiental; y la participación de los ciudadanos en la protección ambiental.

A través de la reglamentación, la Administración busca establecer previamente todas las obligaciones ambientales de exigible cumplimiento para los administrados al momento de ejecutar sus proyectos de inversión, y así, éstos implementen medidas de prevención y control que eviten generar impactos negativos al ambiente, o en caso de hacerlo, adopten medidas de mitigación y rehabilitación de manera inmediata para reducir en lo posible los impactos al ambiente. Sin embargo, no es menos cierto que esta sobrerregulación ha generado algunas confusiones para los administrados, e incluso para la misma Administración Pública, por ejemplo, en temas de competencia ambiental¹¹.

Por otro lado, tenemos la actividad de planificación como parte de la actividad de policía, que consiste en un instrumento normativo para llevar a cabo de forma óptima los fines administrativos del Estado como, por ejemplo, la planificación urbanística: zonas verdes, alturas de edificación, licencias urbanísticas, etc.¹². La planificación, o planeamiento cuando al territorio se refiere, “constituye la fase de previsión y programación en donde se decide el tipo de ocupación que se dará al territorio y las distintas actividades pertinentes, los ritmos y

¹¹ En la normativa del SEIA y en la normativa ambiental sectorial, se establece que requieren de certificación ambiental los proyectos de inversión que se encuentren en el Listado de Inclusión de Proyectos SEIA; sin embargo, a través de una opinión vinculante por el MINAM también se puede exigir a un titular cuyo proyecto no se encuentra en el referido listado a tramitar la certificación ambiental. En ese escenario, ¿qué sucedería si algún titular no realiza su consulta al MINAM para opinión, y, por ende, no cuenta con una certificación?, es probable que incurra en una infracción administrativa.

¹² FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE PIURA. *Lección Décimo Novena, op cit*, pág. 7.

modos de crecimiento urbano, las actuaciones sobre el casco urbano consolidado y los proyectos concretos a ejecutar sobre zonas precisas de la ciudad y su zona de expansión”¹³.

A propósito de la planificación territorial, los artículos 19 y 20 de la LGA señalan que “la planificación sobre el uso del territorio es un proceso de anticipación y toma de decisiones relacionadas con las acciones futuras en el territorio, el cual incluye los instrumentos, criterios y aspectos para su ordenamiento ambiental. El ordenamiento territorial ambiental es un proceso técnico político orientado a la definición de criterios e indicadores ambientales que condicionan la asignación de usos territoriales y la ocupación ordenada del territorio. Su finalidad es complementar la planificación económica, social y ambiental con la dimensión territorial, racionalizar las intervenciones sobre el territorio y orientar su conservación y aprovechamiento sostenible”.

En relación con ello, tenemos la Zonificación Ecológica y Económica (ZEE), instrumento técnico que identifica las alternativas para el uso sostenible de un determinado territorio, basado en la evaluación de sus potencialidades y limitaciones con criterios físicos, biológicos, sociales, económicos y culturales. Se busca orientar la toma de decisiones sobre los mejores usos del territorio, considerando las necesidades de la población que la habita y en armonía con el ambiente¹⁴; de esta manera, se advierte el carácter preventivo de este instrumento jurídico, el cual tiene un alcance incluso normativo (vinculante).

1.2.1.2. Autorizaciones. La autorización es un acto administrativo declarativo de derechos, a través del cual la administración remueve el obstáculo (prohibición inicial) para el ejercicio de una actividad (derecho preexistente). La administración debe comprobar que la iniciativa del administrado reúne las condiciones previstas en la normativa, o es la que más se ajusta al interés general; sin su previa obtención, la actuación resulta prohibida, ha de ser clausurada y, eventualmente, sancionada¹⁵.

En una sociedad de riesgos, la Administración destaca por el seguimiento y la monitorización del riesgo, lo que se conoce como la gestión de riesgo. En el procedimiento administrativo para otorgar la autorización se trata de obtener la información relevante sobre el riesgo de la actividad o instalación, a fin de poder decidir con fundamento sobre su admisión o rechazo¹⁶.

¹³ Bolívar, Zulma. “Introducción al ordenamiento territorial”. En *Curso de Especialización en Planificación y Gestión Territorial Urbana*. Granada, 2011, p. 8.

¹⁴ Artículo 2 del Decreto Supremo N° 087-2004 PCM.

¹⁵ LAGUNA PAZ, José. *Derecho Administrativo Económico*. Primera Edición. Editorial Thomson Reuters. Pamplona, 2016, pp. 229 y ss.

¹⁶ ESTEVE PARDO, José. Lecciones de Derecho administrativo... *op cit*, p. 360.

En el ámbito de nuestro interés, se advierte que el Derecho ambiental es básicamente regulación y gestión de riesgos, se regulan riesgos que generan las principales actividades económicas, tales como la industria (afectación atmosférica, hídrica, del suelo, ruido, generación de residuos, etc.), agricultura (contaminación atmosférica (GEI), de aguas y suelos), energía (radiaciones nucleares, emisiones de centrales termoeléctricas, residuos, alteración de suelos), transporte (emisiones a la atmósfera, contaminación por ruido, incidencia de infraestructuras), etc. En palabras de ESTEVE PARDO, “la importancia que tiene el conocimiento sobre los riesgos en estas autorizaciones se pone de manifiesto en un plano estrictamente procedimental, cuando se establecen procedimientos paralelos que tienen como objetivo fundamental evaluar con la mayor amplitud y precisión posible el alcance del riesgo. Destaca el efecto de la Evaluación de Impacto Ambiental que se exige para los proyectos de actividades –también incluso para planes- con mayor riesgo para el medio ambiente y que se integra como un trámite más, en el procedimiento de determinación de riesgo, riesgo ambiental, en ese caso, permitido”¹⁷.

Por tanto, la autorización será el acto administrativo mediante el cual la autoridad ambiental autoriza la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad susceptible de causar graves daños ambientales o modificaciones considerables al paisaje¹⁸. Asimismo, la autorización es un instrumento fundamental de tutela del ambiente, pues todo vertido o emisión de cierta entidad a la atmósfera, el suelo o las aguas marítimas o terrestres, o toda explotación trascendente de los recursos naturales deberá ser autorizado previamente, para evitar que estas actividades superen los límites de tolerabilidad fijados en las leyes o reglamentos¹⁹.

La autorización, generalmente en todos los países contiene las obligaciones a las que queda sujeto su titular para prevenir, mitigar, corregir y manejar los efectos ambientales que se generen con la obra o actividad autorizada. Así, en Brasil, se regula el Sistema de Licenciamiento de Actividades Polucionantes-SLAP, en el cual se establecen tres tipos de

¹⁷ Ibídem. Asimismo, conforme lo señala Severiano Fernández, buena parte del sistema legal de protección ambiental depende de que las autoridades competentes a nivel nacional, regional o local hagan todo lo necesario por conceder las autorizaciones en las condiciones establecidas en las normas, por controlar el cumplimiento de las condiciones de la autorización, y en caso de incumplimiento de las mismas, por adoptar las medidas correctivas necesarias.

En, FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *La actividad administrativa de inspección*. Editorial Comares. Granada, 2002, pág. 10.

¹⁸ RODRIGUEZ BECERRA, Manuel y ESPINOZA, Guillermo. *Gestión ambiental en América Latina y el Caribe: Evolución, tendencias y principales prácticas*. Banco Interamericano de Desarrollo, Departamento de Desarrollo Sostenible División de Medio Ambiente. Washington. 2002, pág. 181.

¹⁹ LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *Derecho penal ambiental en el Perú: ¿realidad concreta o simbolismo práctico?* Editorial Grijley, Lima, 2011, p. 118.

permisos ambientales: el permiso previo (requisitos básicos de localización, instalación y operación); el permiso de instalación (el proyecto de ingeniería debe tener detalles que posibiliten al organismo ambiental juzgarlo en relación con el control ambiental); y el permiso de operación (requerido para su puesta en marcha, correspondiendo al organismo licenciador verificar la compatibilidad con el proyecto aprobado y la eficacia de las medidas mitigadoras para los impactos ambientales)²⁰. Por su parte, en México existe la figura de la Licencia Ambiental Única (LAU), autorización basada en la regulación para la operación y funcionamiento de las fuentes fijas de jurisdicción federal, la cual integra la evaluación, dictamen y resolución de los trámites ambientales que deben cumplirse en relación con el impacto y el riesgo ambiental²¹.

Entre las autorizaciones ambientales más comunes en nuestro ordenamiento están las (i) autorizaciones relacionadas a agua, tales como, autorización de vertimiento de efluentes domésticos e industriales (manufacturera, hidrocarburos, minera, agroquímica, pesquero, etc.) a los cuerpos de agua, dirigidas al cumplimiento de los límites máximos permisibles establecidos por norma; autorización de uso de agua, para ejecutar estudios, obras o lavado de suelos; autorización de reúso de aguas residuales industriales, municipales y domésticas tratadas; autorización de ejecución de obras y aprovechamiento hídrico; todas ellas otorgadas por el Autoridad Nacional del Agua – ANA (ii) autorizaciones forestales, tales como autorización de desbosque a titulares de operaciones y actividades distintas a la forestal, otorgada por el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre – SERFOR; (iii) autorizaciones sanitarias, como autorización de sistema de tratamiento de agua potable y autorización para tanque séptico e infiltración en el terreno, emitida por la Dirección General de Salud Ambiental- DIGESA; y (iv) derecho de uso de área acuática, otorgado por la Dirección General de Capitanía y Guardacostas – DICAPI²².

Cabe mencionar que este control no se reduce al momento del otorgamiento de la autorización, sino que la autoridad administrativa tiene la facultad de realizar inspecciones para verificar que los requisitos de la solicitud del administrado se ajusten al ordenamiento jurídico. Es en esta etapa en la que se despliegan los medios técnicos para el control y seguimiento del riesgo ambiental.

²⁰ Regulación establecida en el Decreto N° 99.274/1990.

²¹ Información disponible en <<https://www.gob.mx/tramites/ficha/licencia-ambiental-unica/SEMARNAT261>> Consultado: 16 de mayo de 2019

²² Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles – SENACE. El SENACE y la Certificación Ambiental y Global. Lima, pág. 5
Disponible en: <https://www.senace.gob.pe/wp-content/uploads/2016/10/Certificacion-ambiental-global.pdf>. Consultado: 12 de mayo de 2019.

1.2.1.3. Evaluación de Impacto Ambiental (EIA). Indudablemente la Evaluación de Impacto Ambiental es la principal técnica de policía *a priori* de intervención y de perfil preventivo y planificador que cuenta el Estado para la protección del medio ambiente, pues en este procedimiento administrativo se incluyen etapas que van desde la identificación y evaluación de los riesgos ambientales, hasta la permisión de determinados impactos que el proyecto de inversión o actividad pueda generar en el medio ambiente. De ahí que se le considere como un instrumento de tutela preventiva del medio ambiente, cuya función integradora y participativa, responde a la conexión material existente entre todos los recursos naturales y demás bienes susceptibles de protección²³.

En esta línea, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el Estado tiene el deber de prevenir adecuadamente los riesgos que amenazan los ecosistemas, principalmente aquellos que son generados por el desarrollo de una actividad económica. Más aún, el principio de prevención obliga al Estado a evaluar los posibles daños que dicha actividad puede ocasionar en el ambiente, empleando para ello, entre otras medidas, la evaluación del impacto ambiental²⁴.

La evaluación del impacto ambiental es una técnica de carácter preventivo que opera con relación a los proyectos de obras y actividades, y cuyo procedimiento se caracteriza por su naturaleza participativa²⁵. Además, esta técnica permite informar a las entidades públicas sobre los efectos ambientales que puede generar determinada actividad económica²⁶. Así, ÍÑIGO SANZ señala que la evaluación de impacto ambiental cumple una función de protección ambiental, esto es, busca prevenir los daños que pueda ocasionar el proyecto de inversión, una función de carácter procedimental, pues dicha técnica se enmarca en un procedimiento administrativo sometido a las garantías mínimas, y una función de carácter adjetivo, debido a

²³ Sobre la definición de la Evaluación de Impacto Ambiental se puede consultar: QUINTANA LÓPEZ, Tomás. *La Evaluación de Impacto Ambiental en la jurisprudencia*. Revista de Administración Pública N° 153. Madrid, 2000, pág. 421. Disponible en < <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=151&IDA=24342>>; REI RIBEIRO, Fernando. “Las licencias ambientales en el Estado de Sao Paulo: una encrucijada hacia la gestión sostenible”. En *El derecho del medio ambiente y los instrumentos de la tutela administrativa*. Editorial Thomson Reuters. Lima, 2015, pp. 115-127; ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA. *Evaluación del impacto ambiental. Directrices para los proyectos de campo de la FAO*. Roma, 2012. Disponible en < <http://www.fao.org/3/a-i2802s.pdf>>; DE LA MAZA, Carmen. “Evaluación de Impactos Ambientales”. En *Manejo y Conservación de Recursos Forestales*. Editorial Universia, 2007, pp. 579-609.

²⁴ Cf. Sentencia del 20 de abril del 2007, recaída en el Expediente No 1206-2005-PA/TC, fundamento jurídico 10.

²⁵ LOZANO CUTANDA, Blanca. *Tratado de derecho ambiental*. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2014, p. 494.

²⁶ ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL – OEFA. *La vinculación y retroalimentación entre la certificación y la fiscalización ambiental*. Primera edición. Lima, 2016, pág. 41.

su vinculación con un proyecto sustantivo concreto que puede incidir negativamente en el ambiente²⁷.

Cabe reiterar que el proceso de evaluación de impacto ambiental es de naturaleza participativa. El SEIA garantiza el establecimiento de mecanismos que aseguren la participación ciudadana, pues para evaluar el estudio de impacto ambiental, se debe considerar la percepción y la opinión de la población potencialmente afectada o beneficiada con la acción propuesta.

Ahora bien, en el Perú, existe la prohibición de iniciar y ejecutar los proyectos o actividades de servicios y comercio, si estos no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la resolución expedida por la autoridad competente²⁸. La certificación ambiental es el acto administrativo emitido por la autoridad competente a través de la cual se aprueba el instrumento de gestión ambiental (IGA), que certifica que el proyecto propuesto ha cumplido con los requisitos de forma y fondo establecidos en el marco del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)²⁹.

En la Ley SEIA se distingue tres tipos IGA por categorías, según el grado de impacto o afectación negativa que generen en el ambiente. Tenemos la Declaración de Impacto Ambiental (Categoría I), para actividades que generan un impacto ambiental leve; el Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIA-sd), destinado para proyectos de inversión que generen impactos ambientales negativos moderados; y Estudio de Impacto Ambiental detallado (EIA-d), dirigido a proyectos económicos de impacto ambiental negativo alto. La aprobación de estos IGA, constituye la certificación ambiental.

De esta manera, tratándose de un acto que pone fin a un procedimiento administrativo, la resolución que aprueba o desaprueba la certificación ambiental es susceptible de impugnación en la vía administrativa³⁰, a diferencia del ordenamiento jurídico español que

²⁷ SANZ RUBIALES, Íñigo. *Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos. Algunos problemas de su régimen jurídico*. *Revista jurídica de Castilla y León*, ISSN 1696-6759, N.º. 9, 2006, pág. 197.

²⁸ Ley No 27446 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, modificada por Decreto Legislativo No 1078.- “Artículo 3.- Obligatoriedad de la certificación ambiental No podrá iniciarse la ejecución de proyectos ni actividades de servicios y comercio referidos en el artículo 2 y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitir las, concederlas o habilitarlas si no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la Resolución expedida por la respectiva autoridad competente”.

²⁹ En España se le conoce como declaración de impacto ambiental, el cual viene a ser un *acto de resolución de un procedimiento (y a la vez, un acto de trámite de otro) iniciado con la presentación del Estudio de Impacto Ambiental*. En, SANZ RUBIALES, Íñigo. *Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos*, op. cit., pp. 208.

³⁰ Artículo 59 del Reglamento de la Ley SEIA, Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM.

considera que la resolución que aprueba el estudio de impacto ambiental es un acto de mero trámite, y, por tanto, no amerita su impugnación en sede administrativa³¹.

Pese a lo expuesto, es realista señalar que la Certificación Ambiental en el Perú viene presentando ciertas debilidades, como, por ejemplo, la diferencia entre los impactos ambientales proyectados en el instrumento de gestión ambiental, y los que llegan a materializarse con la ejecución del proyecto; la participación ciudadana que se confunde con la licencia social (no regulada en nuestro país), la falta de coordinación con las entidades de fiscalización ambiental para la verificación de los compromisos ambientales establecidos en los estudios ambientales, la regulación prevalente de instrumentos de gestión ambiental correctivos y comunicaciones previas antes que instrumentos preventivos³², entre otros.

³¹ Conforme lo señala Ñiño Sanz, la Declaración de Impacto Ambiental sí puede ser impugnada en vía judicial, siempre que se den determinadas condiciones, pues la DIA constituye uno de los denominados «actos de trámite», que sólo puede recurrirse cuando provoque indefensión o la terminación del procedimiento; incluso, el autor cita la STS del 17 de noviembre 1998, en la que se indica lo siguiente:

«(...) la Autoridad competente sustantiva, lejos de quedar absolutamente vinculada por aquel juicio, puede discrepar de él en cualquiera de los aspectos que lo integran, esto es, tanto en el aspecto referido a la conveniencia de ejecutar el proyecto, como en el del contenido del condicionado al que haya de sujetarse (artículo 20 del Real Decreto); discrepancia que, de producirse, será resuelta por el Consejo de Ministros o por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente (...) el contenido de la DIA no constituye, por tanto, la decisión última de la Administración, ni acerca de la conveniencia de ejecutar el proyecto, ni acerca tampoco de las condiciones medioambientales a que haya de sujetarse». (Subrayado agregado)

Ibidem, pp. 209.

³² Entre los años 2019 y 2020 se han publicado leyes y reglamentos sectoriales de protección ambiental que establecen la posibilidad de implementar componentes y actividades en el proyecto de inversión sin la necesidad de contar previamente con un instrumento de gestión ambiental aprobado, solo bastaría una comunicación hacia la autoridad ambiental competente para que tome conocimiento de dicha implementación. Entre estas normas tenemos al Decreto Legislativo N° 1500, Decreto Supremo N° 005-2020-EM (explotación minera), Decreto Supremo N° 019-2020-EM (exploración minera) y Decreto Supremo N° 013-2019-EM (cierre de minas).

Para una mayor ilustración de las incidencias políticas en la certificación ambiental, no es poca cosa mencionar la presentación del Proyecto de Ley N° 66392020-CR, que modifica los artículos 3, 7 y 12 e incorpora Disposiciones Transitorias a la Ley N° 27446, “Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental”, por parte del congresista Omar Chegade, el cual, si bien no prosperó, no pudo pasar desapercibida por las organizaciones ambientales de nuestra comunidad nacional. Dicha propuesta normativa pretendía una serie de modificaciones para la flexibilización y simplificación no sustentada del procedimiento de evaluación de impacto ambiental bajo el pretexto de reactivar la economía nacional e impulso de la inversión del sector privado, vulnerando de esta manera el principio rector de prevención establecido en nuestra LGA. Tal como mencionó la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental – SPDA en su informe legal, “el enfoque preventivo de la certificación ambiental no solo tiene que ver con la oportunidad de su tramitación, es decir, antes de la ejecución de actividades sino con su diseño y elaboración. Ello involucra transitar por una serie de medidas a través del enfoque de jerarquía de la mitigación, enfoque que se incumpliría abruptamente con las disposiciones que se proponen mediante el Proyecto de Ley al estar admitiéndose la tramitación de la certificación ambiental en forma fraccionada, condicional, como medida de regularización y/o formalización de actividades e incluso para actividades informales o que al haber omitido la tramitación de un IGA se realizan en un flagrante escenario de ilegalidad”. Disponible en <<https://www.actualidadambiental.pe/informe-legal-spda-proyecto-de-ley-de-omar-chehade-desnaturaliza-el-enfoque-preventivo-de-la-gestion-ambiental/>>

1.2.2. Técnicas de policía administrativa a posteriori

1.2.2.1. Inspecciones ambientales³³. Previamente a la potestad sancionadora de la Administración Pública, es importante detenerse en la facultad de inspección (llamada también, supervisión, vigilancia, control) de las autoridades para verificar el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otros mandatos que derivan de la normativa ambiental u otras fuentes jurídicas³⁴. La potestad o función de inspección constituye una pieza muy importante para lograr el cumplimiento de la legalidad, pues garantiza el cumplimiento de las normas reguladoras, el ejercicio de la libertad de empresa y permite el asesoramiento y colaboración de los afectados³⁵.

La finalidad de la potestad inspectora es garantizar el cumplimiento de las mencionadas fuentes jurídicas, y, a su vez, proteger bienes jurídicos (en este caso, el ambiente, vida y salud de las personas), lo que implica una doble vertiente: preventiva y correctora³⁶. En nuestro campo, la facultad supervisora permitirá verificar el cumplimiento o no de las obligaciones ambientales para evitar o mitigar los impactos negativos al ambiente. Asimismo, en caso se evidencie la comisión de infracciones administrativas pasibles de sanciones, sobre todo, aquellas que hagan imposible la reposición o restauración del ambiente a su estado anterior³⁷, dicha potestad permitirá activar los mecanismos de reacción previstos en el ordenamiento para detener la conducta ilícita (como las medidas cautelares y correctivas), y reestablecer la legalidad perturbada.

³³ Cabe mencionar que a diferencia de la inspección realizada para el otorgamiento de las autorizaciones que tratamos líneas arriba, cuyo resultado podía generar el otorgamiento o no de la autorización, esta facultad se realiza *a posteriori*, para verificar el cumplimiento de los deberes de los administrados.

³⁴ En el artículo 239 del Texto Único Ordenado de La Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General se reconoce esta potestad como la actividad de fiscalización, y se indica que, independiente de su denominación (pues se le conoce también como actividad de supervisión, inspección, vigilancia, control, seguimiento, entre otros), dicha facultad constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos.

³⁵ BERMEJO VERA, José. *La Administración Inspectora*. Revista de Administración Pública 39, Núm. 147. Septiembre-diciembre 1998.

³⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *La actividad administrativa de inspección*, op. cit., pág. 21.

³⁷ En esa línea, la Recomendación 2001/331/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre criterios mínimos de las inspecciones medioambientales de los Estados miembros, refleja esta posición con claridad, cuando indica:

“El hecho de que existan sistemas de inspección y que las inspecciones se lleven a cabo de una manera eficaz sirve de disuasión para que no se produzcan infracciones medioambientales, ya que permite a las autoridades descubrirlas y hacer cumplir la legislación merced a sanciones u otros medios, por lo que tales inspecciones constituyen un eslabón indispensable de la cadena reglamentaria y un instrumento eficaz para contribuir a que la legislación comunitaria en materia de medio ambiente se aplique de forma más coherente y se haga cumplir en toda la Comunidad y para evitar falseamientos de la competencia.”

En este punto, es relevante señalar que, si durante el ejercicio de esta potestad inspectora se verifica o constata el incumplimiento de las condiciones o requisitos normativos y técnicos, se puede derivar al ejercicio de la potestad sancionadora, e incluso el surgimiento de responsabilidades adicionales como son las obligaciones de reposición de las cosas a su estado primitivo, restauración de objetos, reparación de daños o pago de indemnizaciones debidas³⁸. No obstante, a partir de lo estudiado, debe tenerse claro que la finalidad última de la facultad inspectora no es la obtención de medios probatorios para iniciar un procedimiento administrativo sancionador, sino la verificación del cumplimiento de los deberes de los administrados.

Asimismo, debe considerarse que las inspecciones en materia ambiental plantean interesantes cuestiones como el acceso a las instalaciones, acceso a la información que pudiera considerarse reservada, práctica de pruebas y toma de muestras, aviso previo de las inspecciones, realización de supervisiones inopinadas, aportación y valoración de informes técnicos, entre otros, que requieren de un procedimiento administrativo que regule su tratamiento y modo de proceder³⁹, y que se sujete a una serie de principios generales que limiten la actividad de la Administración ante cualquier arbitrariedad, y, a derechos (de defensa, privacidad) y deberes de los administrados inspeccionados (de colaborar)⁴⁰.

Ahora bien, en el Perú, el ente rector encargado de la supervisión (inspección) ambiental es el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA (creado mediante Decreto Legislativo N° 1013), órgano adscrito al Ministerio del Ambiente, de carácter público técnico especializado, quien tiene la función, según su ley de creación, de investigar el grado de cumplimiento de las obligaciones ambientales establecidas en la normativa ambiental, los instrumentos de gestión ambiental debidamente aprobados por el sector competente, los contratos de concesión, y otros mandatos dictados por dicho organismo⁴¹. La actividad de inspección por parte de dicho organismo se rige por las disposiciones generales establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, Ley del Sistema Nacional de Fiscalización Ambiental, Ley N° 29325 y el Reglamento de Supervisión Ambiental, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 006-2019-OEFA/CD.

³⁸ BERMEJO VERA, José. La Administración Inspectora. op. cit. 147.

³⁹ ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente*, op. cit., p. 60.

⁴⁰ LAGUNA PAZ, José. *Derecho Administrativo Económico*, op. cit. 264.

⁴¹ MINISTERIO DEL AMBIENTE. *“La fiscalización ambiental en el Perú (2011-2015), fortaleciendo los cimientos del derecho a un ambiente sano”* Primera Edición. Lima, 2016, pág.

Como parte de la expresión de la facultad de inspección, el OEFA puede dictar medidas administrativas, tales como, medidas preventivas, mandatos de carácter particular y requerimientos de actualización de instrumentos de gestión ambiental⁴², y se sujetan a la aplicación de multas coercitivas, cuando se verifica su incumplimiento.

En este punto, es importante cuestionarse si el ejercicio de la facultad inspectora del OEFA está dirigida a la verificación del cumplimiento de un deber ambiental (interés público) o, únicamente a la búsqueda de los medios probatorios para iniciar un procedimiento administrativo sancionador.

Al respecto, a nivel normativo, el OEFA en sus normas reglamentarias ha procurado adoptar el enfoque de cumplimiento normativo, y de prevención y gestión del riesgo (tal como lo establece actualmente la LPAG), a fin de que la inspección ambiental no tenga por finalidad imponer sanciones, sino asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables. Una muestra de ello, incluso, es que el Reglamento de Supervisión Ambiental, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 006-2019-OEFA/CD crea una nueva figura jurídica en el ámbito ambiental: la supervisión (o inspección) orientativa, que se realiza, por única vez, con fines educativos, no tiene un fin punitivo, se aplica a la unidad fiscalizable que sea supervisada, por primera vez, por el OEFA. También se aplica cuando el administrado es una micro o pequeña empresa. Al finalizar dicha inspección, se identifican los riesgos, se emiten alertas para cumplir las obligaciones fiscalizables y se plantean recomendaciones para que la empresa tenga un mejor desempeño ambiental. Se advierte que dicha figura es destacable, pues sirve para guiar al administrado, en una primera oportunidad, a fin de incentivar el cumplimiento de la normativa ambiental⁴³.

Sin embargo, hasta el momento, no se evidencia en gran medida la ejecución de este tipo de inspecciones, sino que los hechos demuestran que continúa predominando las

⁴² Cabe mencionar que un sector de la doctrina considera que la medida de requerimiento de actualización de instrumento de gestión ambiental puede exceder las facultades otorgadas al OEFA, pues los estudios de impacto ambiental son evaluados y aprobados a nivel de factibilidad por una autoridad distinta; además, los estudios de impacto ambiental contienen en su Plan de Manejo Ambiental medidas que el titular del proyecto deberá realizar para prevenir, mitigar y/o corregir los impactos ambientales identificados; de esta manera, se tendría 2 organismos que pueden establecer la obligatoriedad de medidas de manejo ambiental distintas a las establecidas en un instrumento ambiental, generando falta de uniformidad o coherencia, afectando la seguridad jurídica de los administrados; en todo caso, debió establecerse que ante la evidencia de un impacto ambiental y la falta de una medida de manejo en el IGA, el OEFA debe comunicar esta situación al ente certificador, a fin de que éste evalúe y determine la obligatoriedad por parte del administrado de actualizar o modificar su IGA e introducir medidas de manejo ambiental complementarias.

En esa línea, consultar CARBAJAL PONCE DE RIVERA, María Paola. *Evaluación, Supervisión y Fiscalización Ambiental*. Revista Sociedad y Derecho N° 42. Lima, 2014, pág. 237.

⁴³ GRANDEZ BARRÓN, Percy y Pedro, GAMIO AITA. *La Fiscalización Ambiental en el Perú: situación actual y retos para su efectividad*. En Revista del Círculo de Derecho Ambiental -CDA. Lima, 2019, pág. 302.

inspecciones para la consiguiente imposición de sanciones. Así lo expone la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) quien señala que el enfoque de la fiscalización ambiental no solo debe ser sancionador y de control, sino que, a su vez, debe promover buenas prácticas ambientales y la subsanación voluntaria de los presuntos incumplimientos, siempre y cuando no se haya iniciado un procedimiento administrativo sancionador y se trate de una infracción subsanable; en estos casos el OEFA podrá disponer el archivo de la investigación correspondiente. De esta manera, se entendería que el fin último del OEFA no es recaudador, sino de prevención de daños ambientales⁴⁴.

En este contexto, debe resaltarse el papel de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), y de los sucesivos informes que ella ha promovido, los cuales contienen un análisis de fiscalidad ambiental y de instrumentos económicos, como el denominado *Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit*, un documento guía con base en los Principios de la OCDE sobre las Mejores Prácticas para Hacer Cumplir las Normas y para Realizar Inspecciones, con la finalidad de divulgar doce criterios de verificación en materia de evaluación de sistemas de fiscalización, incluyendo la materia ambiental, de manera que se realicen inspecciones de calidad y se hagan cumplir las regulaciones en cada jurisdicción, institución o estructura⁴⁵.

Sobre la materia, en abril de 2020, la OECD emitió el Informe "*Regulatory Enforcement and Inspections in the Environmental Sector of Peru*", donde analiza el trabajo de supervisión ambiental del OEFA en los últimos años. Entre otros aspectos, la OECD recomienda al OEFA que sus supervisiones se sustenten en evidencias y mediciones (rigurosidad técnica), decidiendo qué y cómo fiscalizar en base a data, y también enfatiza que las prioridades del OEFA están concentradas en áreas de conflictos socio ambientales (lo que se relaciona en la mayoría de casos con aspectos políticos, por ejemplo, con el proyecto minero Las Bambas), pudiendo dejar de lado asuntos de preocupación ambiental, en lugares donde la población está directamente afectada o en zonas donde la población está menos organizada. Le pide, por tanto, que revise sus metodologías, incluyendo aquellas que

⁴⁴ SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL - SPDA. *Fiscalización ambiental. Recomendaciones para un fortalecimiento integral*. Lima: SPDA. 2015.

⁴⁵ Los doce criterios son: (1) *enforcement* basado en la evidencia; (2) selectividad; (3) enfoque de riesgo y proporcionalidad; (4) regulación responsiva; (5) visión de largo plazo; (6) coordinación y consolidación; (7) gobernanza transparente; (8) integración de la información; (9) proceso con reglas claras y justas; (10) promoción del cumplimiento; (11) profesionalismo; (12) evaluación realista.

contienen criterios socio ambientales, para asegurar que se ajusten a evidencias (usa el término "*hard evidence*") y no a percepciones⁴⁶.

Por todo lo expuesto, da la impresión que el OEFA viene ejerciendo una potestad inspectora enfocada a la imposición de sanciones, que la mayoría de veces responde a contextos políticos y populistas, más que a la verificación y promoción del cumplimiento de los deberes ambientales por parte de los administrados, perdiendo de vista aquellas conductas que en efecto impactan negativamente el ambiente y las personas que lo habitan, tal como lo señala la OECD y como lo comentábamos al inicio del presente capítulo.

1.2.2.2. La potestad sancionadora y las medidas de policía administrativa. Esta potestad de la Administración Pública corresponde a una manifestación del ius puniendi del Estado; a partir de ello, se analizan sus principios, límites y mecanismos que emplea para realizar dicha tarea. Indudablemente, como punto de partida, está la sanción como medida útil en el sistema de tutela del ordenamiento, pues su fin aflictivo (castigo) sirve para prevenir infracciones futuras y, así, de manera indirecta, proteger los intereses públicos confiados a la administración⁴⁷.

Así, para imponer una sanción, debe existir una conducta, ya sea por acción o por omisión, la cual debe ser atribuible al sujeto a quien se imputa; dicha conducta debe afectar injustificadamente a un bien jurídico, considerado valioso por el ordenamiento jurídico; asimismo, la conducta debe ser reprochable, lo que excluye la atribución objetiva de responsabilidad, y exige dolo o al menos negligencia. En consecuencia, sólo una acción típica, antijurídica y culpable (que no es otra cosa que la definición de infracción o de delito) sustenta la imposición de una sanción⁴⁸.

El ejercicio de la potestad administrativa sancionadora en el Perú se encuentra sujeta a los principios de la LPAG, los cuales se encuentran estrechamente vinculados a la Constitución, de la cual derivan. Entre ellos, tenemos al principio de legalidad, tipicidad,

⁴⁶ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OECD). Regulatory Enforcement and Inspections in the Environmental Sector of Peru. Publicado el 29 de abril de 2020. Disponible en: <<https://www.oecd-ilibrary.org/sites/54253639-en/index.html?itemId=/content/publication/54253639-en>>

⁴⁷ REBOLLO PUIG, Manuel, Manuel IZQUIERDO CARRASCO, Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR y Antonio BUENO ARMIJO. «Panorama del derecho administrativo sancionador en España: los derechos y las garantías de los ciudadanos». *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, número 1, Bogotá, 2005, pág. 25.

⁴⁸ Véase GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Íñigo, SANZ RUBIALES. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*. Tercera Edición. Thomson Reuters. Pamplona, 2013, pp. 285 y ss.; Rebollo Puig, Manuel. *El contenido de las sanciones*. Revista de Derecho Administrativo "Justicia Administrativa". Madrid, 2001, pp. 155 y ss; PAREJO, Luciano. <<Manual de Derecho Administrativo>>. 2da. Edición. Ariel Derecho. 1992; NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Cuarta Edición, 2006; ALARACON SOTOMAYOR, Lucía. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Editorial Thomson. Pamplona, 2007.

irretroactividad, *non bis in idem*, debido procedimiento, culpabilidad, presunción de inocencia, entre otros⁴⁹.

Para castigar la afectación del bien jurídico protegido, en este caso, el ambiente, la Administración inicia de oficio un procedimiento administrativo sancionador (conforme lo establece el artículo 255 de la LPAG), el cual puede haberse promovido por una acción de inspección (como lo vimos en el apartado anterior), por una denuncia, o por la comunicación de otra autoridad; y culmina con la emisión de la resolución definitiva que impone la sanción correspondiente o el archivo del referido procedimiento administrativo.

Adicionalmente, durante el procedimiento administrativo sancionador, la Administración puede dictar medidas de carácter provisional o cautelares, destinadas a asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer⁵⁰. Estas medidas únicamente estarán vigentes mientras dure el procedimiento sancionador.

Respecto a las medidas de policía administrativa –que ya hemos venido citando con anterioridad- MORÓN URBINA señala que “todas estas medidas surgen como consecuencia de comportamientos ilícitos o inobservancias incurridas por cualquier administrado y, generalmente, concurren con las sanciones administrativas que las autoridades imponen como principal consecuencia por estos eventos”⁵¹. Cabe reiterar que las medidas administrativas tienen una configuración y finalidad propia, que consiste en un mandato dirigido al administrado que tiene como fuente un acto emitido por la administración. En efecto, imponer una sanción no es la única forma que tiene la administración para cumplir con poner en vigencia el ordenamiento jurídico, sino que, por el contrario, es el último recurso al que debe acudir⁵².

Así, la emisión de órdenes, mandatos y medidas dirigidas al administrado, imponiéndole una determinada conducta, también es una potestad necesaria para el adecuado

⁴⁹ Para mayor profundidad del alcance de los mencionados principios, el lector puede consultar los autores citados en la nota al pie N° 33, y por parte de la doctrina nacional, puede revisar, DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. *Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública*. Revista Ius et Veritas. Lima, pp. 151 y ss.; MORON URBINA, Juan. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2019; UNIVERSIDAD DE PIURA-FACULTAD DE DERECHO. *Lección Décimo Novena, La Actividad Administrativa (I) La Policía Administrativa*. En, Notas al curso de Derecho Administrativo. Revisión Marzo, 2010.

⁵⁰ No se trata de medidas sancionadoras, en tanto su función no es represiva, se trata de medidas restrictivas de derechos para asegurar el resultado de un determinado procedimiento, de ahí su naturaleza de provisional. En GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Íñigo, SANZ RUBIALES. *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pág. 710 y ss.

⁵¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración*. Revista del Círculo de Derecho Administrativo N° 9, Lima, 2010, pág. 135.

⁵² CARRERAS SCHABAUER, NOELIA. *Medidas de policía administrativa y régimen jurídico del servicio público: uso de las medidas correctivas en el Perú*. Revista Derecho PUCP N° 67. Lima, 2011, pág. 496.

ejercicio de la función administrativa que busca prevenir que se perturbe el ordenamiento jurídico al desincentivar las conductas contrarias al mismo. No obstante, es claro que existe una necesidad de sujetar la emisión de medidas de policía administrativa a la existencia de un acto formal y a una serie de principios que aseguren su razonabilidad⁵³. Por ello, deben establecerse supuestos claros para su imposición, comenzando por el diseño de un procedimiento administrativo que responda a las características de este tipo de medida, y, en segundo lugar, deben determinarse los principios a los cuales debe sujetarse la imposición de este tipo de medida, como los ya mencionados principios de proporcionalidad y razonabilidad, y el respeto al derecho de defensa del administrado⁵⁴. Ello, por ejemplo, debe servir para determinar las actuaciones concretas que debe seguir la administración para la imposición de una medida correctiva, los plazos a los que debe sujetarse, las formas de acreditar el cumplimiento de esta, etc.

Para estos efectos, en Perú, la potestad sancionadora y las medidas de policía administrativa en materia ambiental están reconocidas en la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), en donde se establece que el OEFA puede imponer sanciones por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la normativa ambiental, en los instrumentos de gestión ambiental, en contratos de concesión, de medidas administrativas, entre otros (Art. 17 de la Ley SINEFA). Asimismo, dicho organismo y las entidades de fiscalización ambiental (EFA) pueden dictar medidas de policía administrativa tales como medidas cautelares (antes o durante el procedimiento administrativo sancionador), medidas correctivas (pueden ordenarse de manera conjunta con la sanción), medidas preventivas (no se requiere el inicio de un procedimiento sancionador, se ejecuta sin perjuicio de la sanción administrativa), medidas de restauración, rehabilitación, reparación, compensación y de recuperación del Patrimonio Natural de la Nación; todas ellas con la finalidad de prevenir o mitigar una afectación negativa al ambiente.

Respecto a las medidas administrativas para la protección del ambiente, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan. De este modo, la protección del medio ambiente puede hacerse efectiva desde la previsión de medidas reactivas que hagan frente a los daños que ya se han producido, pasando por medidas que hagan frente a riesgos

⁵³ Así lo dispone la Ley SINEFA.

⁵⁴ *Ibíd.*, pág. 499.

conocidos antes de que se produzcan (prevención), hasta medidas que prevean y eviten amenazas de daños desconocidos o inciertos (precaución)⁵⁵

Entre los tipos de medidas de policía administrativa que se dictan en nuestro ordenamiento están el decomiso, paralización de actividades, cierre temporal, parcial o total del establecimiento donde se llevan a cabo las actividades, obligación de restaurar, reparar o rehabilitar la situación alterada, y de no ser el caso, su compensación ambiental y económica. Cabe mencionar que la Ley SINEFA no sólo ha dispuesto que el incumplimiento de estas medidas configura una infracción administrativa, sino también ha establecido como medio de ejecución forzosa, la imposición de multas coercitivas para exigir su cumplimiento.

No podemos culminar este acápite sin dejar de mencionar uno de los principales problemas del ejercicio de la potestad sancionadora del OEFA, esto es, la doble imposición de sanciones por la misma conducta infractora, por parte de OEFA y otra Administración Pública. Más allá de un análisis de la vulneración del principio de *non bis in idem*, consideramos que este escenario responde al defecto estructural de nuestro ordenamiento al encargar a diversas entidades públicas la protección ambiental y de recursos naturales. Un claro ejemplo, es la intervención de la Autoridad Nacional del Agua y del OEFA ante un vertimiento de una sustancia tóxica en un cuerpo hídrico, o la intervención de la Dirección Nacional de Capitanías y Guardacostas – DICAPI y el OEFA ante un derrame de hidrocarburos líquidos en el mar; casos en los que una doble intervención del Estado genera un perjuicio económico y reputacional de las empresas, y no garantiza necesariamente la protección del bien jurídico ambiente.

1.2.3. Instrumentos de gestión ambiental para culminación de actividades

Los instrumentos de gestión ambiental de culminación de actividades tienen el objetivo de garantizar que, a la culminación de las actividades económicas o abandono de las instalaciones, no subsistan impactos ambientales negativos de carácter significativo que impidan que el área natural retorne a su estado inicial, o que pueda ser utilizada para otros fines (recreación o turismo, por ejemplo).

Así, la LGA y los reglamentos de protección ambiental de diversos sectores económicos establecen los siguientes instrumentos ambientales: Plan de Cierre o Abandono (destinados a asegurar la estabilidad física y química de las áreas intervenidas o su rehabilitación), Plan de Descontaminación de Suelos o Plan Dirigido a la Remediación (dirigido a remediar los impactos ambientales en el suelo, generados por la ejecución del

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03048-2007-PA/TC. Fundamento 9

proyecto de inversión), Plan de Rehabilitación (dirigido a recuperar uno o varios elementos o funciones alteradas del ecosistema después de su exposición a los impactos ambientales negativos que no pudieron ser evitados o prevenidos, ni reducidos, mitigados o corregidos).

La ejecución o implementación de estos instrumentos deben ser supervisados por las entidades de fiscalización ambiental correspondientes, y de verificar su incumplimiento, imponer la sanción y dictado de medida administrativa correspondiente; asimismo, en el caso de los planes de cierre o abandono, la entidad encargada podrá ejecutar y hacer efectiva las garantías para cumplir con lo establecido en dicho plan, y así, garantizar la protección del ambiente y la salud de las personas⁵⁶.

1.3. Técnicas de prestación de servicios esenciales para la protección del ambiente

Existe vasta discusión doctrinal sobre la naturaleza de los servicios públicos. Si bien el presente trabajo no pretende extenderse en dicha discusión, es pertinente mencionar que el servicio público comprende “toda actividad que, por ser considerada servicio esencial a la Comunidad y considerarse necesario para su efectiva garantía, es reservada por la Ley a la titularidad en exclusiva del Poder público, sin perjuicio de que su gestión pueda ser encomendada a terceros colaboradores a través de cualesquiera de los modos de gestión indirecta que el ordenamiento reconoce”⁵⁷.

Con ello, se advierte dos elementos de los servicios públicos, el objetivo, referido a un servicio de carácter esencial con determinadas características, y el subjetivo, la titularidad pública del Estado de dicho servicio (*publicatio*). No obstante, tal como lo ha señalado Baca Oneto⁵⁸ y Vignolo Cueva⁵⁹, en la actualidad, el elemento subjetivo de los servicios públicos viene de retirada en tanto no existe una intervención exclusiva del Estado cuando se trata de la prestación de servicios, pues cada vez es más común que la prestación de los servicios esenciales se desarrollen en un régimen de competencia, libertad de empresa, y otros derechos aplicables a los múltiples prestadores privados intervinientes; vemos por ejemplo, que el mercado de transporte urbano (en ciudades) es operado íntegramente por privados, y que el Estado interviene únicamente para garantizar la prestación de dicho servicio.

⁵⁶ En el año 2018, el Ministerio de Energía y Minas declaró el incumplimiento de la ejecución del Plan de Cierre de Minas de la unidad minera Quiruvilca, y dispuso la ejecución inmediata de las garantías vigentes otorgadas por Compañía Minera Quiruvilca S.A., ascendentes a la suma de US\$ 10'626,141.61., dinero que será utilizado para ejecutar las medidas de estabilidad física y química del área donde se ejecutaron las actividades del titular minero.

⁵⁷ Citado en el artículo de BACA ONETO, Víctor. “Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el Derecho peruano”. En Teoría de los servicios públicos. Editorial Grijley, Lima, 2009, pp. 359 a 392.

⁵⁸ BACA ONETO, Víctor. “Servicio público, op. cit. pp. 362 y ss.

⁵⁹ VIGNOLO CUEVA, Orlando. La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal. Liberalización de sectores y el surgimiento de la Administración Pública regulatoria en Perú. Primera Edición. Palestra Editores. Lima, 2019, pág. 222.

En nuestra Constitución Política se desprende dos concepciones de servicio público, una como sinónimo de funciones estatales (todas las actividades realizadas por el Estado que implican el ejercicio de su autoridad, aquí entrarían los servicios de educación, seguridad, salud, etc.), y otra, como actividad económica prestacional, calificada como esencial y que puede ser gestionada por los particulares⁶⁰. Sobre esta última concepción, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha establecido que la calificación de un servicio como público debe reunir los siguientes rasgos⁶¹:

“40. (...) existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y **actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país**. Estos son:

- a) Su **naturaleza esencial** para la comunidad.
- b) La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo.
- c) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un standar mínimo de calidad.
- d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.”

41. Resulta relevante tomar en cuenta que **hoy en día, lo fundamental en materia de servicios públicos**, no es necesariamente la titularidad estatal sino **la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas**; y en ese sentido, deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el propio Estado”.

(Énfasis resaltado)

De acuerdo con este pronunciamiento, se confirma que el servicio público es entendido en su sentido objetivo, es decir, como aquella actividad económica de carácter prestacional que debe ser esencial, continua, regular e impartirse en condiciones de igualdad y que no es necesario que la prestación de este servicio público sea de titularidad únicamente del Estado, sino también de los privados, dejando en manos del Estado su rol garantista de la prestación⁶², como, por ejemplo, que el servicio se preste en unas determinadas condiciones

⁶⁰ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana”. En Teoría de los Servicios Públicos. Editorial Grijley. Lima, 2009, pág. 15.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00034-2004-PI/TC. Fundamentos 40 y 41.

⁶² En esa línea, Santistevan señala que la actividad administrativa ha sido delegada por el Estado al particular con el fin que éste se ocupe de su ejecución, no enervándose en el Estado la calidad del titular del servicio entregado en concesión, debiendo siempre éste, por lo tanto, garantizar las características constitutivas de la actividad: continuidad, regularidad e igualdad, en beneficio de la colectividad. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Servicios Públicos, Regulación y Constitución. Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Lima, pág. 36.

en cuanto tarifas, continuidad, frecuencia, calidad, seguridad, etc., aspectos que serán, además, supervisados por la misma Administración⁶³.

Ahora bien, este servicio de carácter esencial, en términos de BACA ONETO, se define “por su vinculación a la satisfacción de las necesidades fundamentales de los ciudadanos y al ejercicio de sus derechos fundamentales, por lo que debe ser prestado en condiciones de igualdad, garantizándose un acceso universal a un servicio de calidad, prestado en condiciones de regularidad y continuidad, según los parámetros de la evolución técnica y científica en cada ámbito geográfico⁶⁴.

Asimismo, VIGNOLO CUEVA menciona que **“los servicios esenciales han aparecido reconocidos tras múltiples fórmulas de declaraciones legislativas**, colocándose en posición de técnica estelar del Derecho administrativo prestacional peruano, a **las cuales puede predicarse** —desde su naturaleza objetiva— **cualquier actividad o ámbito relevante para satisfacer diversas necesidades colectivas**, siendo solamente obligatorio que resulte garantizada su prestación por tutela pública”⁶⁵. (Énfasis agregado)

Seguidamente, señala que ante un caso concreto y ante la necesidad de identificar el nivel de intervención estatal es posible calzar una determinada actividad, entre otras subespecies, en los *servicios esenciales compartidos*, aquellos “en los que la responsabilidad pública obliga a una importante participación estatal en pos de satisfacer necesidades de diversa índole (agua potable, residuos sólidos, asistencia sanitaria, prestaciones educativas, etc.), desde la intervención continua y permanente de organizaciones administrativas y empresas estatales y municipales (evidentemente, estas últimas deberán estar correctamente conformadas a la luz del artículo 60 de la CP), pero en el que aparecen no pocos impulsores prestadores de naturaleza privada (mercados sanitarios, educativos, universitarios, incluyendo la iniciativa particular no empresarial, etc.)...”⁶⁶

Acogiendo esta definición de servicio esencial, en la materia de nuestro interés trataremos principalmente los servicios de recolección y tratamiento de residuos sólidos y los

⁶³ ESTEVE PARDO, José. Lecciones de Derecho administrativo, op. cit., pág. 440.

Por su parte, Orlando Vignolo señala que *el TCP, a pesar de usar tímidamente el nombre del servicio público*, ha terminado dando las notas conceptuales de la principal figura que nos acompaña desde la liberalización y la propia promulgación de la CP: los denominados servicios esenciales. Es decir, el Alto Tribunal, en los intentos por darle un contenido a un supuesto concepto “tradicional” y determinar “que actividades económicas califiquen dentro del mismo” a contrario sensu muestra el camino para introducir y justificar una nueva noción adaptada a la esencialidad de su prestación y a la abierta coexistencia del mercado y la iniciativa pública en diversas modulaciones y tonos que pueda ir construyendo el Legislador. VIGNOLO CUEVA, Orlando. La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal...op. cit. pág. 234 y 235.

⁶⁴ BACA ONETO, Víctor. “Servicio público, op. cit. pp. 366.

⁶⁵ VIGNOLO CUEVA, Orlando. *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal*...op. cit. pág. 241.

⁶⁶ VIGNOLO CUEVA, Orlando. *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal*...op. cit. pág. 243.

servicios de saneamiento. Entre los servicios prestados en el ejercicio de una competencia local⁶⁷, la Administración – municipal, por ejemplo- tiene el mandato legal expreso de brindar a la comunidad e implementar el servicio de recojo de basura (gestión de residuos sólidos), y tratamiento o depuración de aguas (gestión de agua), a fin de proteger el ambiente y la salud de las personas. En Perú, por ejemplo, en la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, se establece que las municipalidades tienen la función de administrar directamente o por concesión el servicio de limpieza pública y tratamiento de residuos sólidos en la comunidad local.

En la Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos, Decreto Legislativo N° 1278, se reconoce que el Estado garantiza la prestación **continua, regular, permanente y obligatoria del servicio de limpieza pública** (características del servicio esencial) que comprende el servicio de recolección, transporte y disposición final de los residuos sólidos de los predios de la jurisdicción, escombros y desmonte de obras menores y el servicio de barrido y limpieza de vías, plazas y demás áreas públicas; y agrega, que las autoridades competentes debe promover la inversión pública y privada en estas actividades (Art. 3).

De esta manera, la realización de este servicio público se puede realizar a través de Empresas Operadoras de Residuos Sólidos (EORS), las cuales pueden estar constituidas por una empresa privada o mixta con mayoría de capital privado. Estas empresas deben estar registradas ante el Ministerio del Ambiente, y cumplir determinados requisitos; asimismo están sujetas a determinadas obligaciones, como ejercer permanentemente el aseguramiento de la calidad de los servicios, contar con registros de manejo de residuo sólidos, manejar los residuos, conforme a la normativa correspondiente (aquí se refleja el rol garantista de la prestación del servicio del Estado). Por último, el contrato de prestación de servicios de limpieza pública está sujeto a criterios técnico-sanitarios y ambientales, sea que se realicen bajo la modalidad de concesión o cualquier otra permitida⁶⁸.

Por otro lado, tenemos la prestación de los servicios esenciales de saneamiento, lo que abarca los servicios de agua potable, servicio de alcantarillado sanitario, servicio de tratamiento de aguas residuales para disposición final o reúso y servicio de disposición sanitaria de excretas, por parte de las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento –

⁶⁷ TORNOS MAS, Joaquín. El concepto de servicio público a la luz del Derecho Comunitario. En Revista de Administración Pública ISSN-L: 0034-7639, núm. 200, Madrid, mayo-agosto (2016), págs. 193-211 Disponible en <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.200.10>

⁶⁸ Si el lector quiere profundizar el estudio de la naturaleza jurídica del contrato de concesión para el servicio de limpieza pública, puede consultar MARTIN TIRADO, Richard. *El servicio de limpieza pública a cargo de las municipalidades y las dificultades existentes para el cobro individualizado del servicio*. Revista de Derecho Administrativo – Circulo de Derecho Administrativo (CDA). Lima, 2006, pp. 102 a 125.

EPS, reguladas por la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento – SUNASS. En el marco de los servicios de saneamiento, las EPS deben implementar tecnologías de tratamiento de aguas residuales favorables al medio ambiente, a fin de evitar la contaminación de las fuentes receptoras de agua para cumplir con los Límites Máximos Permisibles (LMP) y el Estándar de Calidad Ambiental (ECA), asimismo, son responsables de la disposición adecuada de los residuos sólidos producto del tratamiento, de acuerdo con la normativa vigente y a los instrumentos ambientales aprobados⁶⁹.

Definitivamente, en nuestro país no existe una cultura de valorización de los residuos sólidos, y mucho menos de buenas prácticas en el manejo ambiental de estos, basta con observar en nuestras urbes la generación y acumulación de una gran cantidad de desechos provenientes de los domicilios particulares, comercio e industria⁷⁰, que da lugar a malos olores y gases, como metano (CH₄) y dióxido de carbono (CO₂), que ayudan a incrementar el efecto invernadero en el planeta, así como advertir los diversos rellenos sanitarios y botaderos ilegales de residuos sólidos que existen en nuestro país⁷¹, generando lixiviados que afectan el suelo e incrementan su proceso de desertificación.

Asimismo, un problema no menos significativo es la contaminación de los cuerpos de agua causada por la mala disposición de los residuos sólidos, y por las aguas residuales que no reciben un tratamiento previo, lo que afecta, a su vez, el agua superficial que se usa para la agricultura, pesca, recreación e incluso para el abastecimiento de agua potable. Si a ello se suma la contaminación por fuentes mineras e industriales, se constituye un escenario que pone en peligro la salud pública, deterioro de ecosistemas, produce limitaciones para la agroexportación e incrementa los costos de tratamiento del agua para fines de abastecimiento poblacional⁷².

Las soluciones a estos problemas pueden ser múltiples, desde atraer fuentes de financiamiento para inversiones en infraestructuras para la gestión de los residuos sólidos y el adecuado tratamiento de aguas residuales, hasta la implementación de proyectos integrales

⁶⁹ Decreto Supremo N° 019-2017-VIVIENDA

⁷⁰ Según el Plan Nacional de Gestión Integral de Residuos Sólidos del Perú 2016-2024, durante el año 2014 se generó un total de 7 497 482 t/año de residuos urbanos municipales, de los cuales un 64% son residuos domiciliarios y un 26% son residuos no domiciliarios, siendo la región costa la que producen la mayor cantidad de residuos, en particular Lima Metropolitana y Callao, donde se genera un promedio de 9 794 t/día¹³.

⁷¹ Según el Plan Nacional de Gestión Integral de Residuos Sólidos del Perú 2016-2024, se estima que el país requiere de 190 infraestructuras para la disposición final de residuos sólidos, sin embargo, en el año 2014 existían solo 11 rellenos sanitarios con todos los permisos y autorizaciones correspondientes, y 10 instalaciones para la disposición de residuos del ámbito no municipal a nivel nacional.

⁷² SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO – SUNASS. Diagnóstico Situacional de los Sistemas de Tratamiento de Aguas Residuales en las EPS del Perú y Propuestas de Solución. Lima, 2008.

que busquen desarrollar capacidades en los ciudadanos y ciudadanas para reducir, reusar y reciclar residuos sólidos, así como educarlos para rechazar su generación y reflexionar acerca de estos temas. Sin embargo, podemos advertir que los esfuerzos del Estado en esta materia no son suficientes para mitigar los diversos impactos ambientales derivados de la generación de residuos sólidos y aguas residuales.

1.4. Técnicas de fomento en el sistema de gestión ambiental

La actividad de fomento es aquella actividad administrativa que, a través de la concesión de ventajas a ciudadanos concretos, estos realizan determinadas actividades privadas voluntarias que satisfacen intereses públicos⁷³. De esta breve definición, podemos advertir los siguientes elementos: (i) actividad exclusiva de la administración pública (no es considerada una actividad de fomento si la realizan los particulares para los particulares); (ii) debe existir un otorgamiento de medidas favorables para el administrado, lo que da lugar a su posición de beneficiario; (iii) el beneficiario debe estar individualizado e identificado; (iv) voluntad del beneficiario para adoptar un determinado comportamiento (no imposición) o realizar una actividad; y, (v) dicha actividad debe servir para satisfacer intereses generales y no solamente intereses privados del beneficiario⁷⁴.

El ejercicio de la actividad de fomento debe regirse por unos principios de carácter material y formal, específicamente al momento de regular el tipo de ventaja (al establecer las bases para la convocatoria) y al otorgarla (seleccionar a los beneficiarios). Entre los principios materiales, tenemos el principio de igualdad (la concesión no se basa en razones personales o geográficas que no justifiquen diferencias de trato⁷⁵), principio de respeto a los derechos fundamentales (respeto de la libertad de empresa al momento de condicionar cierta actividad para obtener el beneficio), principio de proporcionalidad (exige que las ventajas estén justificadas y que su cuantía y efectos se limiten a lo imprescindible para alcanzar los fines públicos que las justifican), y principio de eficacia (racionalización de la dispensación de ventajas, de forma que los objetivos que se persiguen sean alcanzados con la menor aplicación posible de medios)⁷⁶. Ello con la finalidad de evitar que la discrecionalidad de la Administración se convierta en arbitrariedad al momento de otorgar la ventaja.

⁷³ BUENO BENÍTEZ, Antonio y otros. *Modos y Medios de la Actividad Administrativa*. Editorial Tecnos. Madrid, 2017, pág. 93 y ss.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ El principio de igualdad ha sido consagrado constitucionalmente en nuestro país, al prohibirse cualquier tipo de discriminación (artículo 2.2 de la CP).

⁷⁶ UNIVERSIDAD DE PIURA- FACULTAD DE DERECHO. *Lección Vigésima, La Actividad Administrativa (II) La Actividad Ablatoria y la Actividad de Fomento*. En, Notas al curso de Derecho Administrativo. Revisión Marzo, 2007, pp. 15 y ss.

Por su parte, entre los principios formales destaca, el principio de reserva legal o de legalidad (necesidad que exista una norma jurídica previa que autorice a la administración para el apoyo de las actividades de interés general⁷⁷. Este principio deriva, en general, de la vinculación positiva de la Administración a las leyes⁷⁸ y del principio de equilibrio presupuestario⁷⁹)⁸⁰, principio de participación de los administrados (participación funcional y orgánica), principio de colegialidad (que las ayudas se otorguen por órganos que cuenten con profesionales técnicos y jurídicos, a fin de limitar la discrecionalidad en la asignación del beneficio), principio de publicidad y concurrencia (el procedimiento para el otorgamiento del beneficio debe ser público, y en base al principio de igualdad, abierto a libre concurrencia) y principio de motivación (las resoluciones que conceden los beneficios deben estar debidamente motivadas, lo que permitirá su control posterior)⁸¹.

La doctrina es amplia al momento de clasificar las actividades administrativas de fomento en (i) medidas de fomento según su contenido, tales como medidas de carácter honorífico (premios, condecoraciones y distinciones), jurídico (privilegios de flexibilidad laboral) y económico (acceso crediticio, bonificaciones, exoneraciones, subvenciones); y, (ii) medidas de fomento según el momento de su concesión, como las recompensas, las cuales se diferencian con las medidas de carácter económico (donde la Administración colabora a la realización de una actividad privada aun no desarrollada) en tanto implica una ventaja concedida por la Administración en virtud de un comportamiento realizado⁸².

⁷⁷ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. “La Actividad Administrativa de Fomento”. En Curso de Derecho Administrativo. Editorial Comares. Granada, 2015, pág. 391.

⁷⁸ Artículo 45 de la CP.

⁷⁹ Artículo 2 del Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público, Decreto Legislativo N° 1440.

⁸⁰ También existen casos en los que la ley fija las condiciones generales, pero la fijación de los supuestos de hecho de su aplicación queda a cargo de la Administración, mediante disposiciones reglamentarias. En este caso, a pesar de la deslegalización parcial, se respeta el principio de legalidad si el reglamento está suficientemente acotado por la ley y no se permiten más subvenciones que las establecidas en la ley. Estos reglamentos serían reglamentos *intra legem*: servirían para aplicar la ley, pero no serían independientes, al moverse dentro de unos límites fijados por ésta. En, UNIVERSIDAD DE PIURA- FACULTAD DE DERECHO. *Lección Vigésima, La Actividad Administrativa (II)...op. cit.*, pág. 17.

⁸¹ *Ibidem*, pág. 18.

⁸² JORDANA DE POZAS, Luis. *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo*. Revista de estudios políticos N° 48. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2127752>> Consultado el 22 de julio de 2019; BUENO BENÍTEZ, Antonio y otros. *Modos y Medios de la Actividad Administrativa, op. cit.*; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.; La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración”, en *Libro Homenaje al Profesor VILLAR PALASÍ*, Civitas, Madrid 1989, pp. 751 y 752; BUENO BENÍTEZ, Antonio y otros. *Modos y Medios de la Actividad Administrativa, op. cit.*; CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Séptima Edición Actualizada. Editorial Lexis Nexis. Buenos Aires, 2002; ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho administrativo*. Séptima edición. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2017.

En el Derecho Ambiental, tradicionalmente, se ha optado por combatir los impactos negativos al ambiente mediante las técnicas de regulación directa o de mando y control (policía), esto es, normas obligatorias que prescriben objetivos de calidad ambiental y de manejo sostenible de recursos naturales y cuyo incumplimiento genera la imposición de sanciones, conforme se ha estudiado en las páginas anteriores. Sin embargo, en las últimas décadas, el uso de mecanismos pro mercado para mejorar la conservación del ambiente va ganando cada vez más terreno, a tal punto que se habla de una “nueva ola” en el derecho ambiental⁸³.

Así, una empresa que recibe una ayuda económica para sustituir la maquinaria de su industria por otra más moderna y menos contaminante actúa probablemente persiguiendo su propio interés. Sin embargo, al mismo tiempo se satisface un interés general vinculado a la protección y mejora del medio ambiente. Es este último interés el que permite y justifica, precisamente, que la Administración despliegue su actividad en este ámbito, concediendo una ventaja que incentive dicho comportamiento.

Nuestra legislación, específicamente en los artículos 77 y siguientes de la LGA, se dispone que el Estado tiene el deber de promover a los titulares de operaciones para que adopten sistemas de gestión ambiental acordes con la naturaleza y magnitud de sus operaciones, con la finalidad de impulsar la mejora continua de sus niveles de desempeño ambiental.

De esta manera, las autoridades en todos los niveles de gobierno promueven, a través de acciones normativas, de fomento de incentivos tributarios, difusión, asesoría y capacitación, la producción limpia en el desarrollo de los proyectos de inversión y las actividades empresariales en general, entendiendo que la producción limpia constituye la aplicación continua de una estrategia ambiental preventiva e integrada para los procesos, productos y servicios, con el objetivo de incrementar la eficiencia, manejar racionalmente los recursos y reducir los riesgos sobre la población humana y el ambiente, para lograr el desarrollo sostenible.

Asimismo, en nuestro ordenamiento jurídico existen otras manifestaciones de fomento como actividades de capacitación, difusión y sensibilización ciudadana, la publicación de promedios de desempeño ambiental, los reconocimientos públicos (instrumentos honoríficos)

⁸³ WIELAND FERNANDINI, Patrick. *Introducción al derecho ambiental*. Fondo Editorial PUCP. Lima, 2017, pp, 64 y ss.

y la asignación de puntajes especiales en licitaciones públicas a los proveedores ambientalmente más responsables⁸⁴.

Aquí podemos mencionar como ejemplos los siguientes:

- Premio Nacional Ambiente – Antonio Brack Egg (PNA-ABE) es la máxima distinción otorgada por el Estado peruano, a través del MINAM, todos los años a las personas naturales o jurídicas que contribuyen a la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y la biodiversidad, que evitan la degradación de los ecosistemas y/o mejoran la calidad ambiental en el país⁸⁵.
- La Huella de Carbono-Perú es una herramienta de uso voluntario que cuenta con una plataforma digital, que permite el reconocimiento del desempeño de aquellas organizaciones públicas y privadas que se comprometen con la medición, verificación, reducción y neutralización de sus emisiones de GEI; forma parte del Sistema para el Monitoreo de las Medidas de Adaptación y Mitigación⁸⁶.
- Certificado Azul, consiste en el reconocimiento otorgado por la Autoridad Nacional del Agua a usuarios (empresas) hídricamente responsables que participan en el “Programa Huella Hídrica” y ejecutan con éxito los compromisos asumidos para la medición de su huella hídrica, su reducción y su programa de valor compartido.
- En la Ley de Recursos Hídricos se establece el otorgamiento de reconocimientos e incentivos a favor de quienes desarrollen acciones de prevención de la contaminación del agua y de desastres, forestación, reforestación o de inversión en tecnología y utilización de prácticas, métodos o procesos que coadyuven a la protección del agua y la gestión integrada del agua en las cuencas⁸⁷.
- Registro de buenas prácticas ambientales que mantiene el OEFA. Un ejemplo de lo contrario pueden ser los registros de las empresas contaminantes o con mala reputación ambiental. Con esta información los consumidores pueden elegir mejor y optar por comprar un determinado producto o no.

⁸⁴ En la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, se consagra, entre otros, el principio de sostenibilidad ambiental y social, a través de cual se busca que en el diseño y desarrollo de la contratación pública se consideran criterios y prácticas que permitan contribuir tanto a la protección medioambiental como social y al desarrollo humano.

⁸⁵ Su reglamento esta aprobado mediante Resolución Ministerial N° 252-2017-MINAM.

Disponible en: <http://www.minam.gob.pe/premioambiental/como-postulo/>.

⁸⁶ Nace con la Ley N° 30754, Ley Marco sobre Cambio Climático, al formar parte de la plataforma para el monitoreo de las medidas de mitigación y adaptación, que son nuestras Contribuciones Nacionalmente Determinadas (NDC, por sus siglas en inglés).

⁸⁷ Artículo 84 de la referida ley.

Siendo así, en materia ambiental, se pueden diferenciar técnicas de fomento tradicionales, como las ayudas públicas o subvenciones, y las técnicas de fomento modernas; entre ellas tenemos a las auditorías ambientales, etiquetas ecológicas, puntajes especiales en las contrataciones públicas, y mercados voluntarios de emisiones, éste último como resultado de tratados o acuerdos internacionales. A continuación, estudiaremos brevemente cada una de estas figuras.

1.4.1. Ayudas públicas o subvenciones

La actividad dispensadora de ayudas y recompensas es una figura que destaca por su importancia económica y habitualidad, y puede ser definida como «aquella actividad administrativa consistente en el otorgamiento directo o indirecto de bienes o derechos a determinados administrados —privados o públicos—, con carácter no devolutivo y por razón de ciertas actividades que les son propias, ya realizadas o aún por desarrollar, quedando en este último caso afectados a su realización»⁸⁸.

De esta definición, se desprenden las siguientes características: contenido prestacional (la transferencia de bienes y derechos), el objeto de la ayuda es un derecho, tienen carácter no devolutivo (la ayuda no exige una contraprestación directa a la Administración por parte del beneficiario), la aceptación por parte del administrado de esa ayuda sólo supone una carga (*conditio iuris* de hacer algo, prevista normativamente), relacionada con una actividad en interés ajeno (interés público), tienen un carácter selectivo pues deben dirigirse sólo a determinados sujetos, y no a todos, es decir, el sujeto beneficiario ha de ser concreto o determinado o determinable por relación a circunstancias específicas bien delimitadas⁸⁹.

En nuestro ordenamiento no existe un bloque normativo que regule, de modo general, las técnicas utilizadas por la Administración pública en el ejercicio de la actividad dispensadora de ayudas y recompensas, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en España, que cuenta con una Ley General de Subvenciones (Ley 38/2003, de 17 de noviembre). Sin embargo, nuestra constitución y legislación presupuestal recoge algunas disposiciones de este tipo de actividad, por ejemplo:

- Artículo 44 CPP: “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la

⁸⁸ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.; La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas, op. cit., pág. 751.

⁸⁹ UNIVERSIDAD DE PIURA- FACULTAD DE DERECHO. *Lección Vigésima, La Actividad Administrativa (II) La Actividad Ablatoria y la Actividad de Fomento*. En, Notas al curso de Derecho Administrativo. Revisión Marzo, 2007. Asimismo, se puede consultar el artículo de GARCÍA MACHMAR, William. *La Subvención Administrativa: Concepto y Régimen Jurídico*. Revista de Derecho N° 2. Santiago de Chile, 2012, pp. 61-92.

población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”

- Artículos 69 CPP: “El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada”.
- Artículo 88 CPP: “El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades para cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta”.

Con estas disposiciones se denota que el Estado reconoce como uno de sus objetivos desarrollar una especial actividad de fomento en los sectores sociales y económicos más importantes, como es el caso de la agricultura y en determinadas zonas del territorio nacional, como la Amazonía.

Asimismo, en el Decreto Legislativo N° 1440 del Sistema Nacional del Presupuesto Público se regulan los aspectos relacionados al otorgamiento de subvenciones a personas jurídicas no pertenecientes al sector público, desde una perspectiva presupuestal:

“Artículo 71. De las Subvenciones a Personas Jurídicas

71.1 Las subvenciones que se otorguen a personas jurídicas, no pertenecientes al Sector Público en los años fiscales correspondientes, deben estar consideradas en el anexo de la Ley de Presupuesto del Sector Público, debiendo contar con el financiamiento respectivo y el informe técnico sustentatorio de la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces en la Entidad subsidiaria correspondiente.

71.2 Mediante Resolución de Titular, los pliegos que otorgan dichas subvenciones deben establecer los mecanismos para la rendición de cuentas, así como para la evaluación de los resultados alcanzados y los beneficios generados.

71.3 Sólo por decreto supremo y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros se pueden otorgar subvenciones adicionales, exclusivamente para fines sociales, a las contenidas en el citado anexo, debiendo para tal efecto contar con el informe técnico de la Oficina de Presupuesto del pliego o la que haga sus veces y el financiamiento correspondiente en el Presupuesto Institucional respectivo. En el caso de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales las subvenciones se sujetan, estrictamente, a sus recursos directamente recaudados, debiendo ser aprobadas mediante el Acuerdo respectivo, previo informe favorable de la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces en la Entidad.

71.4 Los documentos sustentatorios de las subvenciones con cargo a cualquier fuente de financiamiento, a favor de personas jurídicas nacionales del sector privado, deben ser presentados anualmente, al Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Dirección General de Presupuesto Público, dentro de los primeros treinta (30) días de entrada en vigencia de la Ley de Presupuesto del Sector Público.

71.5 La Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces en la Entidad debe informar dentro de los cuarenta y cinco (45) días de finalizado el año fiscal, a la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República, a la Contraloría General de la República y a la Dirección General del Presupuesto Público, los resultados alcanzados y el costo beneficio de las subvenciones otorgadas. En el caso de la Dirección General de Presupuesto Público dicha presentación se efectúa a través de los medios que ésta determine”.

Conforme a dicho artículo, quedan sentadas las características de las subvenciones que hemos tratado líneas arriba, pues se dispone que antes del inicio del año fiscal, se publicará la Ley de Presupuesto del Sector Público correspondiente (principio de legalidad), en cuyo Anexo debe establecerse el financiamiento de las subvenciones (transferencia de un bien dinerario) que la Administración (otorgante) otorgará a las personas jurídicas nacionales del sector privado (beneficiario concreto); asimismo, se dispone la implementación de mecanismos de rendición de cuentas y que, antes de concluir el año fiscal, se deberá reportar los resultados alcanzados y el costo de beneficio de las subvenciones, lo que conlleva a la idea de que el beneficiario deberá realizar una acción determinada al momento de aceptar la ayuda para cumplir con determinada finalidad, la cual estará sujeta a control por parte de la autoridad otorgante.

Cabe mencionar que dicha ley no exige la aprobación y publicación de las bases reguladoras, ni la tramitación de un procedimiento administrativo para su otorgamiento. En ese caso, la Administración otorgante deberá precisar los alcances de estas subvenciones, e impulsar el procedimiento administrativo considerando las disposiciones normativas establecidas en la LPAG.

Así, en el Anexo A: Subvenciones para Personas Jurídicas de la Ley N° 30879, Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2019, se previó que del pliego presupuestal del Ministerio de Ambiente se otorgue un monto económico a favor de las comunidades nativas - comunidades campesinas. Los alcances de esta subvención están recogidos en el “Informe sobre subvenciones a ser otorgadas durante el año fiscal 2019 por la Unidad Ejecutora 002: Conservaciones de Bosques del Pliego 005: Ministerio del Ambiente, a favor

de las comunidades nativas constituidas como personas jurídicas” elaborado por el Ministerio del Ambiente, en el que se establece que la ayuda consiste en la entrega de un monto de dinero por hectárea de bosque conservado por año; dinero que será utilizado a su vez, para el desarrollo de planes de inversión, ello con la finalidad de reducir la deforestación y degradación de los bosques y contribuir con el desarrollo productivo sostenible en las comunidades nativas para aumentar el valor de este activo ambiental, por ejemplo, en la ciudad de Cusco se otorgará esta subvención a una comunidad nativa para que conserve la hectárea de bosque asignada y realice, a su vez, actividades productivas vinculadas a los sistemas agroforestales con cacao, café y achiote⁹⁰.

1.4.2. Auditorías ambientales

La auditoría ambiental es el proceso de autoevaluación en el que una organización verifica si cumple con los objetivos ambientales legales e internos. Las auditorías ambientales pueden inicialmente ser utilizadas para determinar el estado de cumplimiento ambiental de una organización, y luego ser utilizadas como una herramienta de monitoreo del cumplimiento ambiental en el tiempo, y para determinar la efectividad en el largo plazo del sistema de gestión ambiental en su conjunto⁹¹.

En Perú, la auditoría ambiental ha consistido en la revisión de los procedimientos y prácticas de una empresa con la finalidad de comprobar el grado de cumplimiento de los aspectos regulatorios e identificar potenciales riesgos y contingencias ambientales. Asimismo, este mecanismo ha permitido a diversas empresas identificar falencias, hacer mejoras en los procesos, adoptar recomendaciones y prevenir sanciones ambientales por parte de la autoridad⁹².

Sin embargo, pese a todas las bondades que puede proporcionar esta figura, en nuestro ordenamiento no se ha dado mayor reconocimiento o beneficio a las empresas que implementan auditorías ambientales dentro de sus organizaciones, y que, con ello, coadyuvan (indirectamente) a la protección ambiental.

Así, en el nuevo Reglamento de Protección Ambiental de Actividades Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2019-EM, se ha previsto como una obligación

⁹⁰ Para mayor conocimiento de estas subvenciones consultar el “Informe sobre subvenciones a ser otorgadas durante el año fiscal 2019 por la Unidad Ejecutora 002: Conservaciones de Bosques del Pliego 005: Ministerio del Ambiente, a favor de las comunidades nativas constituidas como personas jurídicas” elaborado por el Ministerio del Ambiente. Disponible en <http://www.minam.gob.pe/programa-bosques/wp-content/uploads/sites/16/2018/07/INFORME-SOBRE-SUBENCIONES-A-SER-OTORGADAS-2019-compressed.pdf>. Consultado: 9 de setiembre de 2019.

⁹¹ FLORES KONJA, Julio. *Los objetivos y procesos de la Auditoría Ambiental: Un nuevo campo profesional en el Perú*.

⁹² WIELAND FERNANDINI, Patrick. *Introducción al derecho ambiental*, op. cit. pág. 77.

ambiental, la designación de una persona encargada de la Gestión Ambiental Interna, quien tiene como función identificar los problemas existentes, prever los que puedan presentarse en el futuro, definir metas para mejorar y controlar el mantenimiento de los programas ambientales, entre otros. La designación de este responsable, similar a un oficial de cumplimiento, denotaría la necesidad de implementar programas de cumplimiento o auditorías ambientales en la gestión ambiental interna de la empresa, lo cual si bien constituye un avance en nuestro ordenamiento jurídico, dicho reconocimiento normativo no resulta suficiente para promover estas prácticas y propagarlas en los demás sectores de inversión económica, y apuntar a la protección ambiental sin necesidad de recurrir a otros mecanismos (de policía) de la Administración Pública.

En ese escenario, resultaría factible que la implementación de las auditorías ambientales (autorregulación) sea vista como una buena práctica por parte del Estado, y que llegue a regularse como una actividad de fomento, sujeta al otorgamiento de determinados beneficios a los titulares de proyectos de inversión que la implementan, lo que permitirá un reconocimiento del Estado a estas empresas, logrando su posicionamiento en un mercado sostenible, y sobre todo, la protección del ambiente (interés público). Este extremo será analizado a profundidad en el segundo capítulo del presente trabajo.

1.4.3. Ecoetiquetas

La creciente concienciación ambiental de los consumidores en algunos países desarrollados ha dado lugar a un fenómeno más reciente: las etiquetas ecológicas, denominadas comúnmente como ecoetiquetas, las cuales cumplen la función de brindar al cliente información de índole ambiental (calidad de productos, de procesos de producción, de instalaciones, etc.). Con este nuevo panorama, las compañías buscan una certificación verde en base a estándares comunes para empresas de un mismo perfil y poder usar la ecoetiqueta derivada del proceso de certificación.

Nuestra LGA, en su artículo 80, establece que el Estado promueve las prácticas de etiquetado, que salvaguarden los derechos del consumidor a conocer la información relativa a la salud, el ambiente y a los recursos naturales, sin generar obstáculos innecesarios o injustificados al libre comercio, de conformidad con las normas vigentes y los tratados internacionales ratificados por el Estado Peruano.

Un avance de ello podría ser la publicación del Reglamento Técnico sobre el Etiquetado de Eficiencia Energética para Equipos Energéticos, el cual tiene como objetivo establecer la obligación del etiquetado en este tipo de productos, así como los requisitos técnicos y rangos de eficiencia energética para la clasificación de los mismos, a fin de

proteger el medio ambiente y salvaguardar el derecho a la información de los consumidores y usuarios. Este reglamento de etiquetado fue considerado como un mecanismo para establecer la medición de los consumos energéticos de equipos o artefactos, a fin de no inducir a error a los consumidores; y reducir los Gases de Efecto Invernadero (GEI) generados por el consumo de energía, de esta manera la etiqueta evidenciará las escalas de eficiencia energética que se ha logrado con el equipo energético.

1.4.4. Mercado voluntario de emisiones

Ante una crisis de calentamiento global, cuyos efectos son la reducción de la capa de hielo, reducción de glaciares, aumento del nivel del mar, alteraciones de los cultivos, flora y fauna por el cambio de temperatura, y las causas son generadas por múltiples acciones continuas en todo el planeta (no puede imputarse a un grupo determinado de personas), nació el Protocolo de Kioto y los acuerdos internacionales que permiten reaccionar de manera global frente al riesgo que genera este problema ambiental, y tomar determinadas medidas para la reducción de emisión de los Gases de Efecto Invernadero (GEI), siendo los de mayor extensión el dióxido de carbono (CO₂) y el metano (CH₄).

Ahora bien, uno de los mecanismos que regula el Protocolo de Kioto son los llamados mecanismos de flexibilidad, los cuales se despliegan en 2 categorías: Inversión en Tecnología Limpia en países terceros y el Comercio de Emisiones, siendo éstas últimas las de mayor protagonismo, y que requiere una determinada regulación. Para entrar al comercio de emisiones, se debe obtener previamente una autorización de emisión de GEI otorgada por la Administración Pública. La unidad básica con la que se opera es el “derecho de emisión”, que se cuenta y define por toneladas. Ahora bien, las empresas que obtuvieron estas autorizaciones pueden acceder a la titularidad de los derechos de emisión mediante la asignación originaria por parte del Estado y luego por su adquisición en el mercado de emisiones mediante la transmisión⁹³.

Como parte de nuestro compromiso con el cumplimiento del Protocolo de Kyoto, nuestra LGA en su artículo 95 señala que el Ministerio de Ambiente promueve los bonos de descontaminación u otros mecanismos alternativos, a fin de que las industrias y proyectos puedan acceder a los fondos creados al amparo de este protocolo y de otros convenios de carácter ambiental, con la finalidad de contribuir a reducir el efecto invernadero que causa el calentamiento global. Este sistema ofrece incentivos económicos para que empresas privadas contribuyan a la mejora del sistema operativo de la calidad ambiental y se consiga regular la

⁹³ ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente*. Op. cit. pág. 235.

emisión generada por sus procesos productivos, considerando el derecho a emitir CO₂ como un bien canjeable y con un precio establecido en el mercado⁹⁴.

Sin embargo, pese a esta disposición legal, a tener el potencial para desarrollar el mercado de carbono, (contamos con 66 millones de hectáreas de bosques en el Perú), y a las ventajas económicas que proporciona este negocio basado en la reducción de la emisión de GEI, aún no se ha explotado al máximo este mecanismo de fomento en nuestro país. Uno de los proyectos de inversión más representativos para la generación de bonos de carbono ha sido en el sector ferroviario, que, con la implementación de transporte limpio, Perú podrá certificar reducción de emisiones (CER's) a gran escala en el mercado internacional (a través del *Verified Carbon Standard (VCS)*), y es que se estima que con las operaciones de trenes se reduzca hasta 200 mil toneladas de CO₂ cada año.

Por otro lado, cabe mencionar que como resultado de la ratificación del Acuerdo de París⁹⁵, se publicó en nuestro país la Ley N° 30754, Ley Marco sobre Cambio Climático, compuesta por diversos enfoques para la gestión integral de cambio climático, entre ellos, la mitigación y adaptación basada en la conservación de reservas de carbono, con este enfoque se busca promover la participación de las comunidades locales y pueblos indígenas u originarios en la protección, conservación y manejo sostenible de los bosques por constituir importantes reservas de carbono, así como recuperar las áreas deforestadas en todo el territorio nacional, a fin de incrementar las áreas destinadas a dichas reservas. Asimismo, se busca el desarrollo bajo en carbono, en tanto la gestión integral del cambio climático está orientada a desligar el crecimiento de las emisiones de GEI del crecimiento económico, dando cumplimiento a los estándares mundiales de competitividad y desempeño ambiental.

En este marco normativo, como parte de la neutralización de las emisiones GEI, la Huella de Carbono – Perú promueve la creación de proyectos de medidas de mitigación, autorizados por el Estado peruano, los cuales se dedican a la compraventa de unidades de reducción de emisiones GEI y expiden un certificado de compra que sirve como acreditación de la referida neutralización.

1.5. Toma de postura

Una vez realizado el estudio de estas técnicas de la Administración Pública para la protección del ambiente, resulta necesario cuestionarse si vienen siendo realmente efectivas para dicho fin. No es nuestra intención negar que cada técnica tiene sus ventajas y propósitos,

⁹⁴ Información obtenida del portal web del Congreso de la República del Perú: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8CD8B3DDF253087605257C200078DA85/\\$FILE/Mercado_Bonos_Carbono_En_El_Peru.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8CD8B3DDF253087605257C200078DA85/$FILE/Mercado_Bonos_Carbono_En_El_Peru.pdf).

⁹⁵ Por Decreto Supremo No 058-2016-RE del 22 de julio de 2016.

y en la medida de cómo se gestionen pueden ser eficientes para proteger nuestra casa común. Sin embargo, no es menos cierto que nuestro ordenamiento jurídico le ha dado mayor importancia y énfasis a las actividades clásicas de la Administración pública -técnicas de policía, ablatoria, prestacional-, siendo la potestad sancionadora la de mayor peso, quizá ello se deba a factores políticos, de mayor impresión para la sociedad; o quizá por desconocimiento y falta de atención a nuevos mecanismos, así como una falta de reconocimiento de la importancia que tiene la participación de las empresas en la protección del ambiente.

No es menos cierto que existe una especie de satanización a las empresas, vistas como las causantes exclusivas de la contaminación ambiental, y, por tanto, merecedoras de la imposición de elevadas multas, por parte de las autoridades de fiscalización ambiental. Sin embargo, ello no ha sido efectivo para la protección del ambiente, continúa la degradación de nuestros recursos naturales, presencia de residuos sólidos en nuestras urbes, inadecuada calidad de aire, aguas contaminadas, y otros problemas ambientales que afronta nuestro país en estos últimos años.

Por ejemplo, llama la atención el mecanismo que ha implementado el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (SERFOR), relacionado a que las personas naturales y jurídicas que tengan multas por infracciones forestales y de fauna silvestre podrán compensar sus sanciones con la ejecución de mecanismos que ayudarán, entre otros, a recuperar áreas degradadas o conservar el patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación. Ello, sin perjuicio de los cuestionamientos que puedan surgir por la naturaleza jurídica de la sanción y una medida de compensación, demuestra que la característica de la prevención general y específica de la potestad sancionadora no resulta lo suficientemente eficiente para proteger al ambiente y los recursos naturales⁹⁶.

No podemos dar la espalda a la posibilidad de un desarrollo sostenible equilibrado, la dicotomía ambiente y economía son inseparables, y, por tanto, innegables. De esta manera, teniendo en cuenta que en las últimas décadas el Perú viene experimentando un continuo crecimiento económico, el cual se traduce en mayores presiones sobre los recursos naturales y el ambiente, se propone en este trabajo dar una mirada a las ventajas públicas y particulares (empresas) que puede traer la implementación de las auditorías ambientales en nuestro país, pero no como se han venido tratando hasta el momento, sino como una actividad de

⁹⁶ Para mayor información, el lector puede revisar el siguiente enlace: <https://www.serfor.gob.pe/noticias/personas-naturales-y-juridicas-compensaran-multas-por-infracciones-forestales-con-actividades-para-proteger-bosques-del-pais>

aceptación voluntaria por parte de las empresas que es reconocida por la Administración y puede otorgar beneficios a las mismas.

En el siguiente capítulo, haremos un análisis de esta figura a partir del tratamiento jurídico que ha recibido en la Unión Europea y México, y cómo puede implementarse en el Perú, y la sintonía que puede generar entre el crecimiento económico y la sostenibilidad del capital natural.



Capítulo 2

Propuesta de implementación de la auditoría ambiental en el Perú, a partir del modelo EMAS

2.1. La relevancia de la auditoría ambiental en el Sistema de Gestión Ambiental (SGA) empresarial y sus efectos jurídicos en la actividad de fomento de la Administración Pública

La mayoría de las empresas, en el Perú por lo menos, tienen poco conocimiento sobre los efectos que ocasionan sus actividades económicas respecto a los impactos negativos al medio ambiente. De esta manera, la gestión ambiental representa un cambio organizacional y supone la realización de un esfuerzo importante para las empresas por autorregularse y definir un conjunto de políticas, objetivos, estrategias y procedimientos administrativos para mejorar el rendimiento ambiental⁹⁷.

Un SGA dentro de una empresa es una estructura organizacional de responsabilidades, políticas, prácticas, procedimientos, procesos y recursos para proteger el ambiente y administrar cuestiones ambientales. En esa línea, la Organización Internacional de Normalización o ISO (*International Organization for Standardization*, de sus siglas en inglés) emitió la norma ISO 14001, cuyo objetivo consiste en implementar un Sistema de Gestión Ambiental a través del cual las empresas –mediante la gestión e identificación de riesgos ambientales– puedan demostrar que son responsables y están comprometidas con la protección del medio ambiente.

En este escenario, aparece la auditoría ambiental -parte integrante de un SGA- como un mecanismo para determinar si los sistemas de control ambiental de la organización son adecuados para asegurar el cumplimiento de requerimientos regulatorios y políticas internas⁹⁸, y, consecuentemente, para evitar las sanciones que conlleva el incumplimiento de la norma.

Así, la auditoría ambiental es definida como la “revisión sistemática y exhaustiva de una empresa que puede ser de bienes o servicios, en sus procedimientos y prácticas, con la finalidad de comprobar el grado de cumplimiento, tanto de los aspectos regulados como de los no regulados en materia ambiental y así como detectar posibles situaciones de riesgo, a fin de que la autoridad competente emita las recomendaciones

⁹⁷ Citado en ALAÑA CASTILLO, T. P., MORÁN MOLINA, G. G., y SANMARTÍN RAMÓN, G. S. La auditoría ambiental en las MIPYMES como herramienta de control interno en la gestión empresarial. *Revista Universidad y Sociedad*, 2017. pp. 143-147. Disponible en: <<http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v9n1/rus20117.pdf>> Consultado: 5 de setiembre de 2019.

⁹⁸ FLORES KONJA, Julio. *Los objetivos y procesos de la Auditoría Ambiental: Un nuevo campo profesional en el Perú*, 2001. Disponible en: <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe>

preventivas y correctivas a que haya lugar⁹⁹. El objetivo de la auditoría es la identificación, evaluación y control de los procesos industriales que operen bajo riesgo de provocar impactos ambientales negativos.

En cuanto a sus beneficios, además del cumplimiento normativo, las auditorías ambientales amplían el conocimiento sobre las implicaciones ambientales de las instalaciones y prácticas de la empresa, y a partir de ello, miden los resultados de sus operaciones y de cómo prevenir o realizar medidas correctivas para mitigar el impacto ambiental originado por sus actuaciones; promueven la innovación tecnológica, mejoran el rendimiento y la eficiencia de los recursos, se tornan como una fuente de información fundamental para las empresas y aumentan su nivel de competitividad (mejoran la imagen y prestigio de la organización tanto a nivel de los consumidores como ante las autoridades), entre otros beneficios¹⁰⁰.

Sin embargo, además de ello, se ha visto que en la regulación de diversos ordenamientos jurídicos este instrumento de gestión puede facilitar la obtención de licencias, el otorgamiento de subvenciones o ayudas, la obtención de contratos públicos, e incluso, la exclusión de responsabilidad penal, como analizaremos a continuación; es decir, se convierte también en una estrategia de la Administración Pública para proteger el fin último, el bien jurídico ambiental.

2.1.1. Estados Unidos

La auditoría, figura inicialmente utilizada en el ámbito financiero y contable, tiene sus orígenes en el campo ambiental en los Estados Unidos de América a finales de la década de los setenta; en esa época, surgió como una propuesta con la finalidad de verificar el cumplimiento de las normativas ambientales vigentes, a efectos de evitar las sanciones económicas impuestas por su inobservancia.

Un apoyo importante para la implementación del proceso de estas auditorías en los Estados Unidos de América se produce cuando a través de la Comisión de Valores Bursátiles, se establece que las empresas que deseen cotizar en bolsa, deben suministrar

⁹⁹ Definición extraída de Environmental Audits in the United States and European Union citado por: Gonzáles Márquez, José Juan. Nuevo Derecho Ambiental Mexicano. Serie de Derecho. México, 1997, pág. 285.

¹⁰⁰ En esa línea, CONESA FERNANDEZ-VÍTORA, VICENTE. *Instrumentos de la gestión ambiental en la empresa*. Ed. Mundi-Prensa. Madrid, (1997); ARANGÜENA PERNAS, AURELIO. *Auditoría medioambiental en la empresa*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 1997; VIÑA VISCAÍNO, Gerardo. *Bases conceptuales de Auditoría Ambiental como un Instrumento De Prevención De La Contaminación*. Bogotá, 2003; SANCHEZ LUIS ENRIQUE. Auditorías Ambientales. En el marco del II Curso Internacional de Aspectos Geológicos de Protección Ambiental. Universidad de Sao Paulo. Disponible en: <<http://www.ingenieroambiental.com/4014/auditorias.pdf>>

información procedente de una auditoría ambiental, esto es, facilitar al mercado y a sus integrantes una clara visión del cumplimiento de la normativa y de los riesgos que las actividades desarrolladas por la empresa conllevan sobre el medio ambiente¹⁰¹. Posteriormente, la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos de América (EPA- *Environmental Protection Agency*), el 5 de noviembre de 1985, animó al uso voluntario de las auditorías ambientales y presentó las directrices sobre la auditoría ambiental. Estas directrices no constituyen una ley o reglamento que hacen obligatoria la auditoría ambiental sino un mero documento oficial que recomienda la utilización de este instrumento¹⁰².

La *Environmental Protection Agency* de los Estados Unidos define la auditoría ambiental como un “examen sistemático, documentado, periódico y objetivo, por entidades reglamentadas, de operaciones y prácticas relacionadas con el cumplimiento de requisitos ambientales”¹⁰³. Asimismo, para esta entidad, la auditoría ambiental sirve para verificar la conformidad de los requisitos ambientales, evaluar la eficacia de sistemas de gestión ambiental ya implantados, y evaluar riesgos de materiales y prácticas sujetas o no a reglamentaciones¹⁰⁴.

En este país, la auditoría ambiental se considera como un instrumento de autorregulación -de carácter meramente voluntario- por parte de organizaciones que puedan causar un impacto negativo al ambiente.

2.1.2. Unión europea¹⁰⁵

En la década de los años ochenta del pasado siglo, esta figura se extendió a la Unión Europea como consecuencia de los intereses de las subsidiarias estadounidenses

¹⁰¹ Citado en AGUILERA PEÑA, Roberto. *La Auditoría Ambiental. Un instrumento de gestión para el desarrollo sostenible de la empresa del siglo XXI*. Revista DELOS (Desarrollo Local Sostenible). ISSN: 1988-5245. Setiembre, 2016.

Disponible en: <http://www.eumed.net/rev/delos/26/auditoria.html> Consultado: 1 de noviembre de 2019.

¹⁰² SANCHEZ LUIS ENRIQUE. Auditorías Ambientales. En el marco del II Curso Internacional de Aspectos Geológicos de Protección Ambiental. Universidad de Sao Paulo. Disponible en: <<http://www.ingenieroambiental.com/4014/auditorias.pdf>> Consultado: 1 de noviembre de 2019.

¹⁰³ *Ibídem*.

¹⁰⁴ *Ibídem*.

¹⁰⁵ Para el estudio de las auditorías ambientales en la Unión Europea, en el presente trabajo se ha considerado los siguientes trabajos: ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente...* op cit. pág. 155; MORENO MOLINA, José y Consuelo, ALONSO GARCÍA. *Tratado de Derecho Ambiental*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, pp. 241 a 247; DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. “Autorregulación regulada y medio ambiente. El sistema comunitario de ecogestión y auditoría ambiental”. En Fundación Democracia y Gobierno Local. 2006 pp. 325 y ss. Disponible en: https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1118/medio_ambiente_21_darnaculleta.pdf?sequence=1&isAllowed=y Consultado: 15 de octubre de 2019

radicadas en este continente. En los países bajos, señalan al año 1984 y a Holanda como el primer país en incorporarse a la práctica de este tipo de control¹⁰⁶.

Con el Reglamento CEE 1836/93/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1993¹⁰⁷, se dio lugar al Reglamento Europeo de Ecogestión y Ecoauditoria, más conocido por las siglas EMAS (*EcoManagement and Audit Scheme*), el cual define a la auditoría ambiental como un instrumento de gestión que comprende una evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva de la eficacia de la organización, y como el sistema de gestión y procedimientos destinados a la protección del medio ambiente y que tiene por objeto, por una parte, facilitar el control, por parte de la dirección, de las prácticas que puedan tener efectos sobre el medio ambiente y, por otra, evaluar su adecuación a las políticas medioambientales de la empresa.

Conforme al Reglamento EMAS, la auditoría ambiental se concibe inicialmente como un instrumento de carácter voluntario dirigido a las organizaciones empresariales para mejorar su comportamiento ambiental de forma continua, adaptándose a las nuevas demandas sociales de mayor protección al medio ambiente. Así, está abierto a todas las organizaciones (públicas y/o privadas) ofreciéndoles los medios para gestionar los efectos sobre el medio ambiente y mejorar su comportamiento medioambiental general. Este sistema comprende una fase interna y una fase externa. La fase interna consiste en la implantación del SGA (primer tramo) y la ejecución de la auditoría propiamente dicha (segundo tramo); en la fase externa, la auditoría implementada llega a surtir efectos públicos.

El primer tramo de la fase interna implica la determinación de una política ambiental de la empresa, la formación y compromiso del personal de la empresa con dicha política, la implementación de un programa de gestión medioambiental, la aplicación de controles operacionales de las actividades que pueden generar impactos ambientales significativos, cuyos resultados deben ser cuantificables y verificables y, a su vez, las soluciones a estos problemas.

El segundo tramo es la ejecución de la auditoría ambiental a cargo de los auditores multidisciplinarios con experiencia en el sector de la empresa, que pueden ser

¹⁰⁶ ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides y otros. “Disquisiciones Teóricas, Doctrinales y Exegéticas sobre la praxis de la auditoría como función pública, dirigida a la protección del bien público ambiental para la empresa ecológica”. En *Actualidad Jurídica Ambiental*, 3 de noviembre de 2014.

Disponible en: https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2014/10/2014_11_Antunez_Polo_Rodriguez_Sistematizacion_AA.pdf

¹⁰⁷ Dicho reglamento ha sido modificado por el Reglamento (CEE) 761/2001 del 19 de marzo de 2001 y el Reglamento (CEE) 1221/2009 del 25 de noviembre de 2009.

parte de la organización empresarial –lo que ha resultado cuestionable por la falta de independencia- o contratados por ésta. El objetivo de estos auditores será evaluar a partir de lo dispuesto en las normas técnicas, la idoneidad del SGA de la empresa respecto a los objetivos ambientales declarados, y comprobar el cumplimiento y operatividad de dicho sistema; asimismo, deben aquéllos centrarse en la tecnología ambiental, organización y gestión, y en el cumplimiento de la normativa. Estos auditores serán los encargados de emitir el Informe Final de Auditoría, que contiene los resultados de la verificación del SGA de la empresa y, de ser el caso, las medidas correctoras y de mitigación para disminuir los impactos ambientales negativos de la empresa. Con este informe, la empresa procederá a la redacción de la declaración ambiental, la cual será publicada para acceso al público en general, en la que expresará: la actividad económica que realiza, su política ambiental y los resultados de la auditoría. Esta declaración ya constituye un requisito exigido por el Reglamento EMAS.

Por su parte, en la fase externa se busca reconocer a la auditoría y atribuirle determinados efectos jurídicos públicos (rebasar la esfera de lo privado), tales como la acreditación-verificación realizada por los verificadores ambientales que asigne el Estado, quienes deben contar con solvencia técnica y garantizar la imparcialidad durante la verificación de los datos contenidos en la declaración ambiental de la empresa; y posteriormente, proceder a la validación de la auditoría ambiental.

Las empresas que obtengan una verificación positiva de su declaración podrán inscribirse en el correspondiente registro de los centros adheridos al EMAS, y tendrán asimismo la posibilidad de utilizar el logotipo que acredita su participación en dicho sistema. Cabe mencionar que previamente a dicha inscripción la autoridad competente del registro realizará la consulta a la entidad correspondiente sobre los incumplimientos a la normativa ambiental durante el último año. De esta manera, la inscripción en el registro EMAS y su continuidad se condiciona a que la empresa registrada cumpla en todo momento con la normativa ambiental, y además, cumpla con los compromisos de mejora.

2.1.3. México¹⁰⁸

En el Artículo 38° BIS de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente se establece que “los responsables del funcionamiento de una empresa podrán en forma voluntaria, a través de la auditoría ambiental, realizar el examen metodológico de sus operaciones, respecto de la contaminación y el riesgo que generan, así como el grado de cumplimiento de la normatividad ambiental y de los parámetros internacionales y de buenas prácticas de operación e ingeniería aplicables, con el objeto de definir las medidas preventivas y correctivas necesarias para proteger el medio ambiente”.

De este dispositivo legal deriva el Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Autorregulación y Auditorías Ambientales, en el que se define a la auditoría ambiental como el mecanismo que examina los procesos de una empresa respecto de la contaminación y el riesgo ambiental, el cumplimiento de la normatividad aplicable, de los parámetros internacionales y de buenas prácticas de operación e ingeniería, inclusive de procesos de autorregulación para determinar su desempeño ambiental y, en su caso, las medidas preventivas y correctivas necesarias para proteger al ambiente (Art. 2).

El fomento para la realización de las auditorías ambientales se plasma en el Programa Nacional de Auditoría Ambiental, orientado a las empresas en operación, que por su ubicación, dimensiones, características y alcances puedan causar efectos o impactos negativos al ambiente o rebasar los límites establecidos en las disposiciones aplicables en materia de protección, prevención y restauración al ambiente.

Posterior a ello, la empresa solicita la obtención del certificado ante la PROFEPA o SEMARNAT¹⁰⁹, según corresponda, a fin de que dé inicio a la auditoría ambiental, y posterior emisión del Informe de Auditoría Ambiental, el cual contiene el dictamen que demuestre el Desempeño Ambiental de la Empresa y el resultado de la Auditoría Ambiental, elaborado por un Auditor Ambiental de conformidad con los Términos de Referencia. El informe deberá presentarse ante la PROFEPA o, en su caso,

¹⁰⁸ Para el desarrollo de este apartado se ha considerado la información del portal web institucional de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales – SEMARNAT:
http://dgeiawf.semarnat.gob.mx:8080/ibi_apps/WFServlet?IBIF_ex=D4_R_PROFEPA02_03&IBIC_user=dgeia_mce&IBIC_pass=dgeia_mce. Consultado el 2 de octubre de 2019.

¹⁰⁹ Conforme al artículo 1 del citado reglamento, la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales - SEMARNAT, por conducto de la Agencia actuará cuando se trate de Actividades del Sector Hidrocarburos, o bien de obras o instalaciones en donde se efectúan dichas actividades, y la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente- PROFEPA en todos los demás supuestos que no competen a la Agencia.

ante la SEMARNAT. Si dicho informe establece que el Desempeño Ambiental de la empresa es conforme a los Términos de Referencia, dichas autoridades otorgarán el certificado correspondiente; de lo contrario, si no es conforme, la empresa debe adjuntar al Informe Ambiental de Auditoría un Plan de Acción (en el que señala las acciones específicas para subsanar las no conformidades)¹¹⁰ y un compromiso expreso de cumplimiento de dicho plan. En este último caso, una vez que la empresa cumpla con lo establecido en el plan de acción y la autoridad esté conforme, otorgará el certificado correspondiente. Si no otorga la conformidad, la empresa podrá solicitar nuevamente la emisión del certificado.

Conforme a lo establecido en el reglamento mexicano, a través del certificado, la autoridad reconoce que, al momento de su otorgamiento, la empresa opera en pleno cumplimiento de la regulación ambiental y que su desempeño ambiental es conforme con los Términos de Referencia. Así, durante la vigencia del certificado, la empresa deberá operar en pleno cumplimiento de la regulación ambiental y su desempeño ambiental deberá ser conforme con los Términos de Referencia. En su caso, si como consecuencia de una denuncia o de un programa de verificación de las empresas certificadas, la Procuraduría o, en su caso, la Agencia, según corresponda, determinan que la empresa no cumple con lo estipulado, perderá el derecho de uso del certificado y publicidad del sello respectivo.

De acuerdo con lo anterior, en atención a la actividad que desarrollen las empresas, el certificado que expida la autoridad administrativa, cuya vigencia es de 2 años, tendrá las siguientes modalidades:

- Certificado de Industria Limpia, dirigido a empresas que realizan actividades de manufactura y transformación.
- Certificado de Calidad Ambiental, destinado a empresas que se dediquen a actividades comerciales y de servicios (excluyendo turísticas)
- Certificado de Calidad Ambiental Turística, para empresas de servicios y actividades turísticas.

Asimismo, la Norma NMX-AA-162-SCFI-2012, define dos niveles de desempeño ambiental bajo los cuales una instalación puede obtener su Certificado:

¹¹⁰ Estas acciones, según el reglamento, pueden ser (i) medidas preventivas, aplicables a equipos, actividades, procesos, procedimientos, prácticas, vehículos, cuyo fin es reducir desde la fuente o evitar la generación de contaminantes, reducir riesgos, prevenir contingencias ambientales y evitar el aprovechamiento inadecuado de los recursos naturales; y (ii) medidas correctivas, las cuales se aplican con la finalidad de controlar la contaminación ambiental o de restaurar, recuperar, remediar, compensar, o minimizar los daños causados al ambiente o los recursos naturales.

- Nivel de Desempeño Ambiental 1. Reconoce el esfuerzo de las empresas por cumplir, además de sus obligaciones ambientales, con acciones de autorregulación.
- Nivel de Desempeño Ambiental 2. Es el máximo nivel de desempeño ambiental que puede alcanzar una empresa; reconoce de manera adicional al nivel 1 el compromiso de la empresa con la mejora continua para mantener o mejorar su nivel de desempeño ambiental

La obtención de este certificado permite a la empresa utilizar el sello correspondiente. Asimismo, si la autoridad advierte que la empresa, una vez certificada en el máximo nivel de desempeño ambiental, demuestra acciones sobresalientes en la protección del ambiente, puede otorgar el Reconocimiento de Excelencia Ambiental.

Cabe mencionar que el ordenamiento mexicano ha dispuesto que aquellos afectados por los actos y resoluciones de la Procuraduría o Agencia, podrán interponer el recurso de revisión o intentar la vía jurisdiccional que corresponda. Esto nos lleva a cuestionar si el otorgamiento de la certificación calza dentro de estos actos y resoluciones sujetos a impugnación. Entenderíamos que, en tanto la emisión de la certificación conlleva a una declaración de voluntad de la Administración Pública, a través de la cual decide otorgarle un reconocimiento (beneficio) a la empresa por su desempeño ambiental, es decir, surte efectos en la esfera jurídica de éste, se trataría de un acto administrativo final, materia de impugnación.

Conforme a esta normativa, el ingreso al Programa de Auditoría Ambiental es de carácter voluntario. A dicho Programa pueden adherirse las organizaciones productivas que así lo deseen con la finalidad no solo de ayudarse a garantizar el cumplimiento efectivo de la legislación, sino de mejorar la eficiencia de sus procesos de producción y su desempeño ambiental y su competitividad. Asimismo, se desprende que, en México, la auditoría ambiental hace uso de mecanismos de estímulo/recompensa, pero a su vez, de los de comando/control, pues una vez que se ha obtenido el certificado, se ejercen acciones de inspección y vigilancia para verificar el continuo cumplimiento de la legislación ambiental.

2.2. Una propuesta de *lege ferenda* sobre la participación voluntaria de las organizaciones empresariales en las auditorías ambientales en Perú, a partir del modelo EMAS¹¹¹

En palabras de DARNACULLETA I GARDELLA “la protección del medio ambiente, según se ha puesto de manifiesto desde frentes muy diversos, no es posible sin la colaboración efectiva de aquellos sujetos cuya actividad cotidiana supone un riesgo para el mantenimiento de la calidad –o, incluso, de la existencia misma– de los recursos naturales. Las empresas en general, y aquellas que se dedican a actividades industriales en particular, tienen, desde diversos puntos de vista, una especial responsabilidad en la protección del medio ambiente.”¹¹².

De ahí que exista un mayor reconocimiento al comportamiento ambiental para sectores concretos, con parámetros comparativos de excelencia y sistemas de calificación que identifiquen los distintos niveles de esta conducta, tal como se ha establecido en la Decisión (UE) 2015/801 de la Comisión Europea de 20 de mayo de 2015, que dispone que:

toda organización registrada en el EMAS perteneciente al sector del comercio al por menor tendrá la obligación de demostrar en su declaración medioambiental la forma en que ha aplicado las mejores prácticas de gestión medioambiental y los parámetros comparativos de excelencia descritos en el documento de referencia sectorial para identificar las diversas medidas y actividades y, en su caso, para definir las prioridades en la mejora de su comportamiento medioambiental.

En Perú, se destaca el artículo 79 de nuestra LGA, el cual establece que “el Estado, en coordinación con los gremios y organizaciones empresariales, promueve la elaboración y adopción de normas voluntarias, así como la autorregulación por los titulares de operaciones, para mejorar su desempeño ambiental, sin perjuicio del debido cumplimiento de la normatividad vigente”.

Así, a partir de dicha disposición legal, la Administración Pública deberá coordinar con las organizaciones empresariales la promoción de la realización de auditorías ambientales. El objetivo específico de esta figura de fomento consiste en

¹¹¹ Para el desarrollo de este acápite se ha tomado como referencia diversos artículos, manuales y normativa comparada referida al sistema EMAS implementado en la Unión Europea y México.

¹¹² DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. “Autorregulación regulada y medio ambiente”. El sistema comunitario de ecogestión y auditoría ambiental”. En Fundación Democracia y Gobierno Local. 2006 pp. 326.

promover mejoras continuas del comportamiento ambiental de las organizaciones mediante el establecimiento y aplicación de los SGA; la difusión de la información sobre el comportamiento ambiental de la organización; el diálogo abierto con el público y otras partes interesadas (como el Estado); y la protección ambiental cuyo deber está a cargo tanto del Estado como de los titulares de los proyectos de inversión¹¹³.

En esa línea, a continuación, se describirán las etapas necesarias para llevar a cabo las auditorías ambientales con efectos públicos en nuestro ordenamiento peruano, las cuales, conforme se ha comentado líneas arriba, parten del modelo EMAS europeo y del régimen mexicano.

2.2.1. Sujetos intervinientes en el procedimiento de auditoría ambiental

2.2.1.1. Organizaciones que pueden solicitar su adhesión al sistema de auditoría ambiental. La implementación de este sistema está dirigido a las organizaciones empresariales que tenga personalidad jurídica o natural, pública o privada, que realicen actividades industriales, comerciales, de servicios o aprovechamiento de recursos naturales que generan impactos negativos al ambiente, y, por tanto, deseen mejorar su comportamiento en dicha materia.

2.2.1.2. Auditores ambientales acreditados. Es el equipo encargado de realizar la auditoría ambiental en la organización empresarial. Para garantizar la imparcialidad y confianza en el sistema a proponer, se plantea que el personal auditor no forme parte de la organización de la empresa, sino que se trate de un equipo externo acreditado por el Instituto Nacional de Calidad (Inacal), entidad de la cual hablaremos en el siguiente acápite. De esta manera, la empresa deberá adoptar los medios idóneos para que este equipo auditor conserve la información proporcionada de manera confidencial.

Por otro lado, teniendo en cuenta la diversidad de las actividades empresariales, se requiere que el equipo de auditoría ambiental sea multidisciplinario, especializado en el campo legal y técnico, para lo cual deberá acreditar su formación y experiencia en auditorías en materia ambiental, y en las actividades relacionadas al giro empresarial.

El conocimiento y experiencia del auditor ambiental es relevante en tanto actúa como un agente que participa en el proyecto de mejora de la protección empresarial del medio ambiente. En el marco de un SGA, la función del auditor consiste en comprobar

¹¹³ CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DE LA COMUNIDAD DE MADRID. *Guía práctica para la aplicación del Reglamento EMAS*. Octubre, 2013. Disponible en: <https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/doc/medio-ambiente/emas_reglamento_guia_practica_rev_2013.pdf>

y revisar si la empresa que le contrata desarrolla su actividad conforme a los parámetros establecidos en su sistema de gestión, por lo que debe tener el conocimiento de las características y cualidades del ámbito o elementos sobre los que debe desplegar su actividad¹¹⁴.

Ahora bien, en este punto es pertinente aclarar que la actividad del auditor se limita a la revisión del estado de las instalaciones o áreas de la empresa a los efectos de comprobar su adecuación o no a los parámetros y normas establecidos; sin embargo, no es responsable del resultado de las actividades empresariales, o de las obligaciones a las que está sujeta la empresa.

Sin perjuicio de ello, el comportamiento incorrecto del auditor ambiental puede dar pie para la creación de infracciones administrativas de carácter ambiental, e incluso de riesgos jurídico-penalmente relevantes para el bien jurídico medio ambiente, por parte de las organizaciones empresariales auditadas¹¹⁵.

2.2.1.3. Entidades públicas intervinientes. De acuerdo a la legislación mexicana, la aplicación de esta figura estaría a cargo de dos entidades públicas, por un lado, la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), entidad que cumpliría una función similar al Ministerio del Ambiente en Perú (Minam), y por otro, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA), la cual sería el OEFA, en nuestro ordenamiento.

En el presente caso, hemos estudiado a las auditorías ambientales como una herramienta de la actividad de fomento estatal, función que no corresponde al OEFA, cuya potestad es de policía, en específico, sancionadora, por lo que no resultaría en un primer momento compatible con la finalidad que se busca con esta figura. De esta manera, proponemos que la entidad pública encargada de reconocer los beneficios de las auditorías ambientales sea el Minam, a través del Viceministerio de Gestión Ambiental, por ser la Autoridad Nacional Ambiental, que desarrolla, dirige, supervisa y ejecuta la política nacional del ambiente; y, cumple la función de promover la

¹¹⁴ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *La posible responsabilidad penal del auditor ambiental*. Revista para el Análisis del Derecho Indret. Barcelona, 2012, pág. 6. <Disponible en WWW.INDRET.COM>

¹¹⁵ Incluso en palabras de Montaner Fernández “La orientación infractora de la conducta del auditor ambiental puede tener consecuencias delictivas, en concreto, en relación con la comisión de un delito ecológico de empresa. Así, el ecoauditor que imprudentemente emite un informe falso percatándose posteriormente de ello y del riesgo que, a través de la actividad de la empresa, supone para el medio ambiente, sin poner remedio, puede ser responsable en comisión por omisión por el delito ecológico. En este caso, la estructura aplicable es la injerencia”.
Ibídem, pág. 24.

conservación y el uso sostenible de los recursos naturales, la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas, de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1013, Ley de Creación, Organización y Funciones del Minam.

Por otro lado, la entidad de acreditación de los auditores ambientales estaría a cargo del Inacal, por ser el ente rector máximo del Sistema Nacional de Calidad, con competencia en la normalización, acreditación y metrología. En lo que respecta a la acreditación, el Inacal está a cargo de esta calificación voluntaria a la cual las entidades privadas o públicas pueden acceder para contar con el reconocimiento del Estado de su competencia técnica en la prestación de servicios de evaluación de la conformidad en un alcance determinado¹¹⁶.

La intervención del Inacal en esta propuesta resulta relevante en tanto se busca garantizar que los equipos auditores que actúan en el ámbito de la acreditación lo hacen cumpliendo ciertos requisitos mínimos relativos al ejercicio de dicha actividad y conforme a unos principios de funcionamiento y organización comunes, a fin de posibilitar que el Estado confíe en la verosimilitud y el rigor técnico, legal y social de los informes finales de auditorías que estos equipos emiten.

2.2.2. Procedimiento de auditoría ambiental en el Perú

2.2.2.1. Fase interna

a) Análisis ambiental inicial por parte de la empresa

En virtud del artículo 77.2 de la LGA “las medidas de producción limpia que puede adoptar el titular de operaciones incluyen, según sean aplicables, control de inventarios y del flujo de materias primas e insumos, así como la sustitución de estos; la revisión, mantenimiento y sustitución de equipos y la tecnología aplicada; el control o sustitución de combustibles y otras fuentes energéticas; la reingeniería de procesos, métodos y prácticas de producción; y la reestructuración o rediseño de los bienes y servicios que brinda, entre otras”. Con ello, el legislador brinda una serie de herramientas para promover la producción limpia de las operaciones de los titulares, y a partir de allí sea el mismo titular el que maneje información sobre las condiciones de sus operaciones y plantee una política ambiental orientada a la prevención, control y mitigación de impactos negativos al ambiente.

¹¹⁶ Ley N° 30224, Ley que crea el Sistema Nacional de Calidad y el Instituto Nacional de Calidad. En su artículo 25.3 se indica que la acreditación se rige por las normas organizacionales que emita el Consejo Directivo y el Presidente Ejecutivo del INACAL, y se sujeta a lo establecido en el Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y los acuerdos internacionales sobre la materia.

Tal como lo señala DARNACULLETA I GARDELLA “la simple posesión de información sobre la energía consumida, los daños que causa la actividad empresarial a los recursos naturales, los costes económicos y los beneficios de los sistemas de reducción de energía y contaminación, o el grado de cumplimiento de la legislación medioambiental, permite aumentar la responsabilidad social de la empresa.”¹¹⁷.

En esta etapa, se busca que la empresa identifique los aspectos ambientales significativos de la organización (los cuales podrían encontrarse en sus estudios de evaluación de impacto ambiental (EIA), informes de supervisión ambiental, conflictos ambientales, etc.) así como los requisitos legales aplicables, evaluando el grado de cumplimiento de los mismos por parte de las prácticas y procedimientos de gestión llevados a cabo. Asimismo, este análisis le permitirá adoptar las medidas correctivas necesarias para subsanar posibles incumplimientos legales detectados o, en su caso, considerar buenas prácticas de gestión a adoptar.

En este punto, cabe mencionar que el reglamento EMAS español ha establecido que las empresas deben poder demostrar mediante pruebas materiales o documentales, que cumplen los requisitos legales aplicables, por lo que dicha organización debe llegar a la etapa de verificación cumpliendo la legislación. Siguiendo con ese criterio, en nuestro caso, se entendería que la empresa no debería haber sido declarada como infractor ambiental al momento de tener la intención de acogerse a este programa de auditorías ambientales, y solicitarle la verificación ambiental al Minam. Ante ello, es posible que nos cuestionemos si existe algún límite sobre esta afirmación, en el sentido que, si la empresa ha sido sancionada antes de iniciar con la auditoría ambiental, no podría participar del programa, o, por el contrario, deberían considerarse determinadas reglas de razonabilidad, como, por ejemplo, la aplicación de criterios de reincidencia dentro de un periodo de tiempo, siendo esta última mi posición.

Así, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 034-2014-OEFA/CD, se aprobó el Reglamento del Registro de Buenas Prácticas Ambientales del OEFA, cuyo artículo 5 establecía como requisito para ser incorporado a dicho registro que los titulares no deberán contar con hallazgos de presuntas infracciones administrativas, lo cual deberá constar en el informe correspondiente a la última supervisión realizada por la dirección de supervisión del OEFA. Es decir, se consideran los resultados de la última supervisión para definir la incorporación del administrado al registro, dejando de

¹¹⁷ DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. “Autorregulación regulada y medio ambiente” ... *op. cit.* pp. 334.

lado las infracciones detectadas en anteriores supervisiones, y, por tanto, la responsabilidad administrativa de las mismas.

Sin perjuicio de lo expuesto, es conveniente que cualquier incumplimiento normativo se detecte lo antes posible, con la finalidad de poder implementar las acciones correctivas necesarias y continuar con las siguientes fases del proceso de adhesión al programa de auditorías ambientales.

Respecto a las disposiciones legales aplicables en materia ambiental y en aquellos ámbitos que tienen relación con la gestión de aspectos ambientales, la organización empresarial debería considerar los siguientes aspectos:

- Medio Ambiente (gestión ambiental, instrumentos preventivos ambientales, límites máximos permisibles de agua y aire, abastecimiento y vertimiento de aguas, residuos sólidos, observancia de los Estándares de Calidad Ambiental de agua, aire, suelo y ruido, radioactividad y radiaciones ionizantes y sustancias y preparados peligrosos, entre otros que le resulten aplicables).
- Seguridad Industrial (almacenamiento de productos químicos, instalaciones de combustibles, instalaciones frigoríficas, instalaciones térmicas, estabilidad de componentes).
- Otra normativa sectorial que esté relacionada con la gestión de los aspectos ambientales de la organización.
- Asimismo, debe considerar la relación de licencias, permisos y autorizaciones relacionadas con los requisitos legales anteriormente descritos, con indicación de las obligaciones incluidas en las mismas.

Con relación a la identificación de los impactos ambientales, deberá clasificarlos, según su significancia; asimismo deberían ser cualificados y cuantificados en la medida de lo posible. Este proceso se realiza para poder priorizar los recursos disponibles y los esfuerzos a realizar, de manera que se prioriza sobre aquellos aspectos que resulten más importantes desde un punto de vista ambiental, lo cual no significa que los aspectos no significativos no sean sometidos a control operacional y seguimiento y medición, así como su consideración en otros elementos de SGA.

b) Aplicación de un SGA

Después de conocer la situación ambiental de la organización empresarial, y de adoptar las acciones correctivas necesarias para subsanar posibles incumplimientos legales, el siguiente paso es el desarrollo y aplicación de un SGA, conforme a los requisitos establecidos en la Norma ISO 14001. La norma ISO 14001 es un estándar

internacional de ISO (la Organización Internacional de Normalización) para las organizaciones que desean mejorar su desempeño ambiental e implementar un sistema de gestión ambiental para demostrar sus responsabilidades ambientales. Entre sus beneficios, destaca el compromiso de la organización con la protección ambiental, la prevención de posibles impactos que puedan dar lugar a sanciones, demostración de un desempeño ambiental y reducción de costos a través de un uso más eficaz de los recursos¹¹⁸.

Conforme a este estándar, la secuencia de etapas para el desarrollo y aplicación del Sistema puede concretarse en:

- Aprobación de la **política ambiental de la empresa**, la cual debe ser apropiada a la naturaleza, magnitud e impactos ambientales de las actividades, productos y servicios de la organización. En ella, se debe reflejar un compromiso de mejora continua de su comportamiento medioambiental y de prevención de la contaminación, y un compromiso de cumplir con la legislación medioambiental aplicable¹¹⁹; así como, el involucramiento de todo el personal (estructura empresarial) –empezando por la dirección– para lograr dicho fin.
- **Programa de gestión ambiental**, es el documento de mayor relevancia del SGA, que contiene los objetivos ambientales de la empresa, mecanismos (materiales y humanos) que la empresa asignará para el cumplimiento de estos objetivos, y un cronograma para el cumplimiento gradual de los mismos. Este programa será materia de revisión y guía para los auditores ambientales.
- Normas aplicables a la organización, relación de documentos referidos a las autorizaciones, permisos, títulos habilitantes y otros, histórico o relación de los impactos ambientales generados por la empresa, incluyendo los impactos potenciales o riesgos, y demás evidencias de su funcionamiento.
- Controles operacionales, o implementación efectiva del SGA, siendo el principal aspecto de control los impactos ambientales significativos generados por las operaciones de la empresa; a partir de ello, se obtendrán determinados resultados sujetos a verificación por parte de la empresa, es decir, con estos controles se busca

¹¹⁸ MINISTERIO DEL AMBIENTE. “Se mejora el ISO 14001: 2015 en favor de los estándares ambientales del Perú y del mundo”. Lima, 2015.

Disponible en: <<http://www.minam.gob.pe/notas-de-prensa/se-mejora-el-iso-14001-2015-en-favor-de-los-estandares-ambientales-del-peru-y-del-mundo/>>

¹¹⁹ DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. “Autorregulación regulada y medio ambiente” ... *op. cit.* pp. 332.

que la empresa identifique las deficiencias de sus operaciones, su origen, y las posibles acciones correctoras.

– La auditoría ambiental, de la cual hablaremos en el siguiente acápite

Cabe mencionar que hasta el 2016, menos del 2% de empresas peruanas implementaron políticas de responsabilidad ambiental¹²⁰, por lo que el hecho de que estas organizaciones quieran acogerse a los beneficios del Registro Nacional de Auditorías Ambientales, promovería a que cada vez más, las empresas implementen al interior de su organización un SGA.

c) Auditoría ambiental

Seguidamente se realiza una auditoría ambiental interna - con la contratación de una empresa externa, garantizando la imparcialidad e independencia para emitir un dictamen objetivo-; para ello se elabora un programa de auditoría, en el que se refleja (i) la disposición de la empresa para proporcionar la información necesaria para evaluar el comportamiento ambiental de la misma y la eficacia del SGA, a fin de demostrar que se cuentan con los controles necesarios; (ii) los objetivos, y (iii) el contenido que comprende las actividades objeto de auditoría, criterios ambientales considerados y el periodo de tiempo cubierto.

Adicionalmente a ello, en la presente investigación se propone que al igual que el ordenamiento mexicano, el Minam regule (i) unos Términos de Referencia para la realización de las auditorías ambientales, esto es, una especie de requisitos o parámetros mínimos que debe contener dicha auditoría, (ii) una metodología para realizar Auditorías Ambientales y Diagnósticos Ambientales que, de manera enunciativa y no limitativa, pueden ser: planeación, ejecución y elaboración del informe, y (iii)^[11] los requisitos y parámetros para evaluar y determinar los niveles de desempeño ambiental de una empresa en las siguientes materias: aire y ruido, agua, suelo y subsuelo, residuos, energía, recursos naturales, riesgo ambiental, gestión ambiental y emergencias ambientales.

El objetivo de la auditoría ambiental es determinar si el SGA implantado es eficaz e idóneo para alcanzar los objetivos medioambientales declarados, y comprobar el cumplimiento efectivo de las obligaciones legales en materia de medio ambiente.

¹²⁰ Redacción Gestión (Actualizado el 2016/15/02). Menos del 2% de empresas peruanas tienen políticas de responsabilidad ambiental. *Diario Gestión*. Recuperado de <https://gestion.pe/economia/empresas/2-empresas-peruanas-politic.sas-responsabilidad-ambiental-111732-noticia/?ref=gesrs>

Siguiendo la línea de ESTEVE PARDO, las áreas en las que deben centrarse las auditorías ambientales son (i) técnica, lo que incluye toma de muestras, aplicación de metodologías y tecnologías; (ii) organizativa y de gestión, a fin de evaluar la eficiencia del diseño organizativo, y los modos de gestión; y (iii) normativa, lo que comprende la evaluación de la validez y vigencia de los títulos habilitantes relacionados a las actividades operacionales de la empresa¹²¹.

Después de cada auditoría, se elabora un informe en el que se comunica a la empresa los resultados y conclusiones de la misma. Ante ello, la organización prepara un plan de acción adecuado que permita asegurar que se atiende a los resultados de la auditoría. El informe final de auditoría ambiental deberá contener el dictamen que demuestre el resultado de la auditoría ambiental y el desempeño ambiental de la empresa, elaborado por un auditor ambiental, de conformidad con los Términos de Referencia.

A través del informe final de auditoría ambiental, el auditor –como portador de información- expresa las condiciones de las actividades de la empresa (con repercusión ambiental), y emite una opinión técnica que se dirige a la alta dirección de la empresa que le ha contratado, y le da a conocer las conclusiones a las que ha llegado a partir de la auditoría ambiental, las cuales pueden abarcar proposición de medidas correctoras para mitigar los impactos ambientales negativos. Además de esta actividad estricta de información, en algunos casos el auditor también asume la tarea de asesor, por ejemplo, cuando a raíz del análisis de auditoría se detecten irregularidades o inconformidades en las áreas o instalaciones auditadas, puede recomendar la adopción de medidas correctivas. Éstas también deben constar en el informe de auditoría¹²².

En caso de que el equipo auditor haya detectado y por tanto, consignado en el informe final de auditoría ambiental deficiencias operativas, posibles incumplimientos normativos, o impactos ambientales negativos (potenciales o actuales), la empresa deberá implementar un plan de acción en el que se refleje un compromiso expreso de que adoptará las medidas de prevención, control y mitigación para levantar cada una de las observaciones detectadas por el equipo auditor en un periodo determinado de tiempo; dicho plan debe estar suscrito por los representantes de la empresa.

¹²¹ ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente...* op cit. pág. 160.

¹²² MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *La posible responsabilidad penal del auditor ambiental...* op. cit., pág. 7.

El informe final de auditoría juega un rol importante en esta fase en tanto a partir de este, la empresa procederá a la redacción de la declaración ambiental, la cual deberá ser publicada, y, posteriormente, a la presentación de la solicitud de inscripción en el Registro Nacional de Auditorías Ambientales ante el Minam.

d) Elaboración y publicación de la Declaración Ambiental

Hasta esta etapa la empresa ha sido auditada, cuenta con toda la información que refleja la situación medioambiental de la misma, y, de ser el caso, ha implementado un Plan de Acción para corregir las deficiencias detectadas por el equipo auditor. Ahora bien, esta información deberá trascender al exterior, dejando de tener efectos únicamente internos, teniendo como sujetos receptores a los poderes públicos y a la sociedad. Con ello, se debe demostrar que cualquier persona interesada en el comportamiento ambiental de la organización puede tener acceso con facilidad y de manera gratuita al Informe Final de Auditoría Ambiental y a la Declaración.

La Declaración Ambiental vendrá a ser un documento de comunicación, mediante el cual las organizaciones que implantan un SGA, de acuerdo a lo establecido anteriormente, dan a conocer al público y a todas las partes interesadas información relativa a su estructura y actividades; su política ambiental y su SGA; sus aspectos ambientales y su impacto ambiental; su programa, objetivos y metas ambientales; su comportamiento ambiental, el cumplimiento por su parte de las obligaciones legales aplicables en materia de medio ambiente, y, de ser el caso, el compromiso de adoptar las medidas necesarias para prevenir, controlar y mitigar los impactos detectados durante la auditoría ambiental (Plan de Acción).

Esta Declaración y los documentos que le acompañen deberán ser validados por parte del Minam, previamente a la solicitud de inscripción en el Registro Nacional de Auditorías Ambientales y, posteriormente, en cada periodo de renovación del Registro.

Se entendería que la mejor oportunidad para elaborar y publicar la Declaración Ambiental sería cuando la empresa ha evidenciado que los resultados son positivos, esto es, si la empresa cumple adecuadamente con la legislación y mejora su comportamiento medioambiental, y, de ser el caso, ha implementado un Plan de Acción ante la detección de sus deficiencias operativas o impactos negativos ambientales, con el compromiso de adoptar las medidas correspondientes para corregir dicha situación. A partir de ello, podrá gozar de la confianza de la administración y de los beneficios que le otorga en el mercado dicha imagen. Ahora bien, no se equivoca cierto sector de la doctrina cuando señala que esta información es también un arma de doble filo, puesto que un

comportamiento medioambiental inadecuado pone al descubierto, ante la sociedad y ante la administración, las debilidades de la empresa¹²³.

Después de ello, la empresa puede presentar su solicitud de acogimiento a la inscripción en el Registro Nacional de Auditorías Ambientales ante el Minam, y a partir de aquí, empiezan los efectos jurídico públicos de las auditorías ambientales.

2.2.2.2. Fase externa

a) Programa de auditorías ambientales

En el presente trabajo se propone que el Minam -como entidad pública encargada de la presente actividad de fomento- publique anualmente un programa de auditorías ambientales, el cual consistirá en una serie ordenada de actividades necesarias para fomentar la realización de auditorías ambientales. Este programa estará orientado a las empresas en operación, que por su ubicación, dimensiones, características y alcances puedan causar efectos o impactos negativos al ambiente o rebasar los límites establecidos en las disposiciones aplicables en materia de protección, prevención y restauración al ambiente.

El Programa estará compuesto por los siguientes elementos:

- (i) Planeación estratégica que se realice para identificar aquellos sectores productivos cuya operación tiene una alta incidencia en el medio ambiente y hacia los cuales se dirigirán principalmente las acciones, instrumentos, mecanismos, sistemas y procesos previstos;
- (ii) Acciones de promoción y fomento para que las empresas obtengan su inscripción en el Registro Nacional de Auditorías Ambientales y obtengan el sello (o logotipo) y certificado de desempeño ambiental correspondiente;
- (iii) Mecanismo de evaluación a través de indicadores de desempeño de las empresas e indicadores de gestión del Programa;
- (iv) El proceso de aprobación y evaluación de Auditores Ambientales, determinando los procedimientos y requisitos que deberán cumplir los interesados en incorporarse a dicho proceso, debiendo en su caso observar lo dispuesto en la Ley N° 30224 del Sistema Nacional de Calidad y lo establecido en los Términos de Referencia que para tal efecto se expidan, y

¹²³ DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. “Autorregulación regulada y medio ambiente” ... *op. cit.* pp. 334.

- (v) Los instrumentos operativos para su ejecución, como son Términos de Referencia, formatos, Manual de Uso del Certificado y del Sello, programas de capacitación en materia de Auditorías Ambientales, etc.

b) Verificación de la información y validación de la declaración ambiental

Una vez que la empresa ha presentado su solicitud de acogimiento al programa de auditorías ambientales, se procederá con la intervención estatal del Minam, específicamente en tres momentos, (i) en la verificación de la información presentada por la empresa, a través de los verificadores ambientales, (ii) en la inscripción en el Registro Nacional de Auditorías Ambientales; y (iii) en el otorgamiento del sello y el certificado.

El verificador ambiental es una organización o entidad pública o privada acreditada también por el Inacal (es probable que estos verificadores también tengan experiencia en auditorías), que debería estar conformada -al igual que los auditores ambientales- por un equipo multidisciplinario, que cuente con vasta experiencia y conocimiento en la materia, con la finalidad de que el análisis de los resultados de la auditoría se realice en igualdad de condiciones con el equipo auditor contratado por la empresa; de esta manera, se busca garantizar la objetividad de la verificación.

Asimismo, si bien el verificador ambiental es contratado por el Minam, deberá actuar de forma independiente, imparcial y objetiva, en tanto que debe cumplir la vital función de corroborar que los datos comprendidos en la declaración medioambiental de la empresa (política ambiental de la organización, su SGA implementado, la auditoría ambiental interna y el plan de acción, de ser el caso) son ciertos, fiables, acordes a la normativa ambiental vigente, y concordes con los términos de referencia proporcionados por el Minam, y de esta manera, proceder a su validación; de lo contrario el verificador realizará observaciones o no validará dicha declaración¹²⁴.

Como parte de las actividades de verificación y validación, el verificador ambiental examinará la documentación, visitará la organización, realizará muestreos y mantendrá entrevistas con el personal. Por tanto, esta etapa se divide en dos fases en las que de forma sintética se realiza una primera comprobación documental y una posterior auditoría de campo “in situ”. Del resultado de ambas fases, el verificador ambiental puede formular observaciones, las cuales deberán ser levantadas en el plazo que aquel le otorgue a la empresa.

¹²⁴ ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente... op. cit.* pp. 163-164.

El resultado de esta etapa consiste en la elaboración de un informe por escrito por parte del verificador ambiental, el cual será enviado a la empresa y al Minam sobre el resultado de la verificación, en el que se incluya la siguiente información:

- La descripción de la actividad realizada por el verificador ambiental;
- La descripción de la conformidad con todos los requisitos regulados por el Minam (TdR), con pruebas, resultados y conclusiones; ^[1]_[SEP]
- De ser el caso, los resultados y conclusiones sobre el incumplimiento por parte de la organización, y las pruebas sobre las que se basan esos resultados y conclusiones; así como, las deficiencias técnicas del análisis ambiental, del método de auditoría, del sistema de gestión medioambiental o de cualquier otro procedimiento pertinente.
- El análisis del levantamiento de observaciones presentado por la empresa.

En este punto, es pertinente mencionar que ante la existencia de un Plan de Acción el verificador evaluará las medidas preventivas y correctivas propuestas por la empresa para levantar las deficiencias detectadas durante la auditoría. Así, se desprenden los siguientes escenarios:

- (i) Si el verificador determina que las medidas propuestas por la empresa no son suficientes, otorgará un plazo adicional para que dicha organización reformule su propuesta.
- (ii) Si el verificador determina que las medidas propuestas por la empresa son idóneas pero que el plazo para su implementación demandará de un determinado tiempo, se suspenderá el programa de auditorías ambientales hasta que la empresa presente el Informe de Ejecución del Plan de Acción, el cual será evaluado nuevamente por el verificador ambiental, a fin de validar o no dicho informe y continuar con el programa. Si transcurrido dicho plazo, la empresa no presenta el referido informe, se considerará por no presentada la solicitud de acogimiento al programa de auditorías. Cabe mencionar que el referido Informe de Ejecución del Plan de Acción debe estar sustentado técnica y legalmente, aportando evidencias que permitan acreditar la plena implementación de las medidas propuestas; ello, sin perjuicio de que el verificador realice alguna constatación *in situ* en las operaciones de la empresa, para corroborar dicho cumplimiento.

Los resultados finales de la verificación ambiental (validación o no validación de la declaración ambiental), serán presentados ante el Minam, a fin de que decida la inscripción o no en el Registro Nacional de Auditorías Ambientales (RNAA), y

posteriormente, el otorgamiento del sello y certificado de desempeño ambiental a la empresa. En caso de que se decida que no procede la inscripción en el registro, la empresa podrá presentar nuevamente su solicitud y se iniciará un nuevo procedimiento para el acogimiento al programa de auditorías ambientales.

Hasta este punto, podría plantearse la cuestión de si los resultados que el verificador ambiental proporciona al Minam, pueden ser impugnados por la empresa. En mi opinión, dichos resultados no deberían poder ser impugnados, en tanto no constituyen el acto administrativo final que vulneraría el interés legítimo de la empresa, esto es, la inscripción en el Registro Nacional de Auditorías Ambientales, y el consiguiente, sello y certificado de desempeño ambiental; en todo caso, cumpliría con esa condición la decisión del Minam relacionada con la procedencia o no de dicha inscripción, la cual se entiende ha recogido los resultados y conclusiones del verificador ambiental. Es decir, la empresa podrá cuestionar dichos resultados al momento de impugnar la decisión final del Minam, lo cual concuerda con lo establecido en el artículo 217 del TUO de la LPAG¹²⁵.

2.2.3. Inscripción en el Registro Nacional de Auditorías Ambientales (RNAA): naturaleza jurídica y vigencia

Una vez que la empresa ha implantado el SGA, ha preparado la declaración medioambiental y ha acreditado, mediante un verificador medioambiental, que cumple con los requisitos regulados, el siguiente paso a seguir es la inscripción en el Registro Nacional de Auditoría Ambiental (RNAA). De esta manera, el Minam asignará a la empresa el número de registro correspondiente y pondrá en conocimiento de la empresa dicha inscripción. Una vez inscrita, la empresa deberá poner a disposición del público y otras partes interesadas la declaración medioambiental validada, así como las actualizaciones anuales de esa Declaración, de la forma más adecuada para garantizar su máxima difusión.

¹²⁵ **Artículo 217. Facultad de contradicción**

217.1 Conforme a lo señalado en el artículo 120, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente, iniciándose el correspondiente procedimiento recursivo.

217.2 Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.

La naturaleza jurídica del RNAA, es de un registro administrativo con un carácter operativo o estadístico, en tanto es utilizado por las entidades públicas para registrar y/o publicitar información vinculada al ejercicio de sus competencias¹²⁶. Los registros administrativos representan una fuente primaria de información para las funciones de la Administración Pública (por ejemplo, crear indicadores con los cuales se procede a realizar la toma de decisiones, generación de estadísticas) y para la sociedad civil en general (por ejemplo, consumidores interesados en la gestión ambiental de una empresa), debido a su continua captación y actualización de información¹²⁷. Entre los ejemplos de los registros administrativos tenemos el Registro de Infractores Ambientales, Registro Nacional de Certificación Ambiental, Base de Datos de Proveedores Calificados de Petroperú, etc.).

Teniendo en cuenta estas características, la inscripción en el RNAA le brinda una posición jurídica a la empresa sobre su desempeño ambiental, la cual tiene efectos jurídico-públicos como la concesión de determinados beneficios, tales como el uso de un logotipo y certificado de desempeño ambiental en sus actividades, ventajas en las contrataciones públicas, entre otros, que estudiaremos más adelante, por tanto, el RNAA calificaría como un registro jurídico.

En cuanto a su vigencia, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 42 del TUO de la LPAG, “los títulos habilitantes emitidos tienen vigencia indeterminada, salvo que por ley o decreto legislativo se establezca un plazo determinado de vigencia. Cuando la autoridad compruebe el cambio de las condiciones indispensables para su obtención, previa fiscalización, podrá dejar sin efecto el título habilitante. Excepcionalmente, por decreto supremo, se establece la vigencia determinada de los títulos habilitantes, para lo cual la entidad debe sustentar la necesidad, el interés público a tutelar y otros criterios que se definan de acuerdo a la normativa de calidad regulatoria”.

En ese sentido, la inscripción en el RNAA tendría una vigencia indeterminada, aunque en mi opinión, utilizaría la excepción establecida en dicha ley para establecer una vigencia determinada del registro, siendo el sustento que se trata de actividades que afectan o pueden afectar el bien jurídico ambiente, y que no resultaría conveniente dejar

¹²⁶ HUAPAYA NAVA, Mario y Ernesto SOTO CHÁVEZ. El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental. “El Registro de Infractores Ambientales (RINA) como herramienta de fiscalización Ambiental. (Coautor). Editado por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, Lima, 2013, pp. 249 a 269.

¹²⁷ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSO – INEC. *Fortalecimiento y Aprovechamiento de los Registros Administrativos con Fines Estadísticos*. Panamá, 2018. Disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/courses/files/2_3-registros-administrativos_inec.pdf

de realizar verificaciones periódicas de estas actividades, en tanto pueden variar a lo largo del tiempo, por ejemplo, si la empresa decide expandir sus operaciones puede generar nuevos y mayores impactos, los cuales no estarían previstos en la declaración ambiental; por lo tanto, resultaría conveniente revalidar la declaración ambiental, y, obtener la renovación de dicha inscripción.

Durante la vigencia de la inscripción, la empresa deberá operar en todo momento en pleno cumplimiento de la regulación ambiental y su desempeño ambiental deberá ser conforme con los Términos de Referencia. Así, el Minam podrá solicitar a la entidad de fiscalización ambiental competente (principalmente, al OEFA) que mediante pronunciamiento expreso informe sobre la existencia o no de sanciones por infracción de la normativa ambiental durante el último año. En su caso, si existe una sanción por infracción ambiental, el Minam podrá dejar sin efecto la inscripción en el RNAA, y declarará la pérdida del derecho de uso del logotipo y del certificado respectivo.

Asimismo, se dejará sin efecto dicha inscripción y sus beneficios cuando, derivado del ejercicio de la facultad de verificación ambiental, se detecte que la empresa proporcionó información falsa, ocultamiento de información al equipo auditor o al verificador ambiental y haya dado mal uso al logotipo y certificado.

2.2.4. Beneficios

2.2.4.1. Otorgamiento de reconocimiento ambiental: logotipo y certificado de desempeño ambiental. La actividad de fomento en este sistema -ejercida por el Minam- se concreta en la concesión de un logotipo y certificado de desempeño ambiental a las empresas que encuentren inscritas en el RNAA, cuyas condiciones de utilización deberán ser reguladas por dicha Administración Pública. Dichos beneficios permitirán, a su vez, diversas ventajas, que estudiaremos en el siguiente acápite.

El logotipo se utiliza en tanto las empresas se encuentren inscritas en el RNAA. Asimismo, el sello figura en la información ambiental publicada por la empresa, siempre que dicha información incluya una referencia a la declaración ambiental que haya sido validada por el verificador ambiental como una información exacta, fundamentada, verificable, pertinente y representativa del comportamiento ambiental global de la organización empresarial frente a los impactos que puede generar la actividad.

En este punto, cabe mencionar que el logotipo no se utilizará en productos o embalajes de productos, o en anuncios comparativos relativos a otras actividades y

servicios que puedan crear confusión con etiquetas ecológicas de productos, las cuales tienen un alcance distinto, conforme se expuso en el capítulo anterior.

Por su parte, el Certificado de Desempeño Ambiental es un documento, a través del cual el Minam reconoce que, al momento de su otorgamiento, la empresa opera en pleno cumplimiento de la regulación ambiental y que su desempeño ambiental es conforme con los Términos de Referencia. Asimismo, en el presente trabajo, se propone acoger el modelo mexicano respecto a las modalidades del certificado, conforme se señala a continuación:

- **Certificado por industria limpia:** para obras y actividades del sector industrial;
- **Certificado por calidad ambiental turística:** para actividades y servicios del sector turístico, y
- **Certificado por calidad ambiental:** para aquellas actividades extractivas.

Cada una de estas modalidades tendrá diferentes niveles de Desempeño Ambiental, de acuerdo a lo establecido en los Términos de Referencia y con base en éste se otorgará el Certificado que corresponda.

Al igual que el logotipo, el certificado tiene vigencia en tanto las empresas se encuentren inscritas en el RNAA.

2.2.4.2. Bonificaciones adicionales en las contrataciones con el Estado. Es indudable que la contratación pública es una de las herramientas de gestión pública más significativa que tiene el Estado, mediante la cual se ejecuta la mayor parte del gasto público. En ese sentido, resulta particularmente útil introducir este ámbito en la política ambiental, esto es, integrar criterios de protección ambiental en los elementos a valorar para adjudicar un contrato. De hecho, en nuestra regulación, la Ley N° 30335, Ley de Contrataciones con el Estado (LCE) reconoce de manera expresa el principio de sostenibilidad ambiental y social como el encargado de garantizar la protección del medio ambiente en los contratos que celebren las administraciones públicas que involucren recursos públicos a través de la inserción de criterios objetivos para garantizar la variante ambiental en los procedimientos de selección, procurando evitar o, por lo menos, reducir al mínimo los impactos ambientales negativos.

Con ello, se entiende que el principio tiene la generalidad suficiente para que sea aplicable en cualquier momento de la contratación estatal –etapa de actos preparatorios, etapa de selección e, incluso, en la etapa de ejecución contractual–; es decir, con este principio de busca que la sostenibilidad ambiental y social irradie en todo el

procedimiento de contratación pública, tanto en supuestos contemplados por el legislador como en aquellas realidades o hechos imprevisibles que se puedan generar¹²⁸.

Actualmente ha adquirido mayor importancia la incorporación de criterios ambientales en las fases de preparación y ejecución de los contratos públicos, lo que se ha pasado a llamar la contratación pública verde o sostenible¹²⁹.

Nuestra propuesta consiste en incorporar en la etapa preparatoria, específicamente, en los requerimientos técnicos mínimos, la exigibilidad de que los postores se encuentren inscritos en el RNAA, y por tanto cuenten con el logotipo y certificado de desempeño ambiental, para obtener bonificaciones adicionales al momento de que las entidades califiquen su propuesta. Incluso, tal como está regulado actualmente la sostenibilidad ambiental en las contrataciones con el Estado, podría considerarse la inscripción en el RNAA como un factor de evaluación, conforme a lo establecido en el artículo 51 del Reglamento de la LCE, Decreto Supremo N° 344-2018-EF¹³⁰:

“Artículo 51. Factores de evaluación

51.1. La Entidad evalúa las ofertas conforme a los factores de evaluación previstos en los documentos del procedimiento, a fin de determinar la mejor oferta.

51.2. **En el caso de bienes y servicios en general**, el precio es un factor de evaluación y, adicionalmente, pueden establecerse los siguientes factores:

- a) El plazo para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios;
- b) **Aquellos relacionados con la sostenibilidad ambiental** o social, mejoras para bienes y servicios, entre otras;
- c) Garantía comercial y/o de fábrica; y,
- d) Otros factores que se prevean en las bases estándar que aprueba el OSCE.

Los factores de evaluación señalados son objetivos.

¹²⁸ ORDINOLA TALLEDO, Getulio. *Principio de Sostenibilidad Ambiental y Social en los Contratos del Estado*. Revista Administración Pública y Control N° 33. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2016, pág. 55.

¹²⁹ MESTRE DELGADO, Juan. *Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental*. Real-2003, núm. 291, pp. 705-730.

¹³⁰ En ese sentido, existen opiniones comparadas referidas a que resulta conveniente “formular una última reflexión sobre la extensión o el alcance de la inclusión de criterios de valoración —medio-ambientales o sociales— cuando se trata de efectuar la adjudicación del contrato conforme al criterio de la oferta más ventajosa en su conjunto; al menos porque, siendo inequívocamente admisible —tal y como se viene indicando— parece razonable limitar su alcance final, en conjunto, en el sentido de impedir que la valoración conjunta de dichos criterios añadidos pueda permitir la adjudicación del contrato prescindiendo de los criterios principales vinculados, de forma más inmediata, al objeto del contrato”. *Ibidem*.

51.3. **En el caso de obras**, el precio es un factor de evaluación y, adicionalmente, pueden establecerse **aquellos relacionados con la sostenibilidad ambiental** o social, entre otros que se prevean en las bases estándar que aprueba el OSCE. Los factores de evaluación señalados son objetivos.”

En nuestro país, cada año el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE-, emite directivas de bases y solicitud de expresión de interés estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la LCE, cuyas bases estándar establecen que las entidades públicas pueden incluir como otros factores de evaluación (siendo el factor de evaluación obligatorio, el precio), la Sostenibilidad Ambiental y Social, es decir, pueden evaluar el postor cuente con una práctica de sostenibilidad ambiental o social para obtener un puntaje determinado¹³¹. De ello, se entiende que es la entidad quien determina cuál es la práctica de sostenibilidad aplicable en el proceso de contratación particular, la cual entendería debe guardar relación con lo que se pretenda contratar. En ese caso, las entidades podrían incorporar como factor de evaluación que los postores se encuentren inscritos en el RNAA, y, por ende, cuenten con el logotipo y certificado de desempeño ambiental, pues dicha inscripción conlleva al hecho de que el postor cuenta con un SGA validado y verificado por el Minam, ente rector en materia ambiental.

Cabe indicar que en derecho comparado la Ley española 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público alude a los certificados de gestión ambiental EMAS para demostrar la solvencia técnica del empresario (art. 94). De esta forma, se advierte cómo este tipo de instrumentos amplían sus utilidades al ámbito de la contratación pública y se acercan más a una carga para participar en determinados contratos públicos¹³².

Al respecto, cabe indicar que estas bonificaciones adicionales o factores de evaluación no implican la generación de obligaciones de protección ambiental; lo que se busca es estimular en la contratación con los poderes públicos el cumplimiento de determinados requisitos que incluyen la sujeción a la normativa ambiental pero que van más allá de lo estrictamente obligatorio; desde esta perspectiva, incluso, la política de

¹³¹ Lo dicho se puede evidenciar en la Resolución N° 2868-2016-TCE-S2 del 7 de diciembre de 2016, emitida por el Tribunal de Contrataciones del Estado del OSCE, pp. 7-9.

¹³² SANZ RUBIALES, Íñigo (2018). La protección del ambiente en la nueva ley de contratos: del Estado meramente «comprador» al Estado «ordenador». *Revista de Administración Pública*, 205, 49-80. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.205.02>

contratación pública podría considerarse como una técnica de fomento o estímulo de la actuación privada ajustada al interés público¹³³.

Asimismo, debe quedar claro que con este beneficio no se pretende desplazar la finalidad de las contrataciones públicas, esto es, buscar la oferta económicamente más ventajosa, o que el factor ambiental debe prevalecer sobre el factor económico (el precio, tal como lo señala el Reglamento de la LCE). Siguiendo a SANZ RUBIALES “la potestad de otorgamiento de ayudas es aquí accesoria de la contractual, y eso supone que no puede distorsionar la prestación *económicamente más ventajosa*, la naturaleza esencialmente económica de la contratación pública. Las consecuencias prácticas de esta integración de las políticas estratégicas dentro de la contractual es que aquellas son complementarias de esta («secundarias»); pueden matizarla, pueden servir como criterio interpretativo del clausulado ambiental, pero en ningún caso pueden tener mayor importancia que los criterios relativos a la prestación ni implicar la adjudicación del contrato a una oferta que manifiestamente no es la económicamente más ventajosa, porque se estaría produciendo desviación de poder: utilización de una potestad (la contractual) para un fin distinto del previsto por el ordenamiento, que es la obtención de la prestación económicamente más ventajosa posible”¹³⁴.

2.2.4.3. Otros beneficios a considerar. El artículo 23 de la LGA se establece que “el diseño del marco tributario nacional considera los objetivos de la Política Nacional Ambiental, **promoviendo particularmente, conductas ambientalmente responsables**, modalidades de producción y consumo responsable de bienes y servicios, la conservación, aprovechamiento sostenible y recuperación de los recursos naturales, así como el desarrollo y uso de tecnologías apropiadas y de prácticas de producción limpia en general”.

Bajo esa permisión legal, la inscripción en el RNAA podría promover la creación de instrumentos económicos como ventajas tributarias, específicamente, desgravaciones o deducciones fiscales¹³⁵.

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ Para un mayor análisis de las coordinaciones entre la política fiscal y política ambiental en el Perú, se puede revisar el siguiente trabajo: GLAVE TESINO, Mario. *Coordinación entre las políticas fiscal y ambiental en el Perú*. Colaboración de CEPAL y GTZ. Santiago de Chile, 2005.

2.3. Toma de postura

2.3.1. Su eficacia en la protección ambiental: principio de prevención

La protección del ambiente no solo debe estar a cargo del Estado a través de sus mecanismos de control y prevención, sino que también los particulares deben implementar una serie de medidas que permita asegurar que sus actividades no perjudiquen al ambiente, a la vida y a la salud de las personas¹³⁶.

El principio de prevención es uno de los pilares del Derecho ambiental¹³⁷, el cual exige al Estado y a los particulares que tomen las medidas necesarias a fin de evitar que se generen daños al ambiente o que, en caso de que se lleguen a generar, la afectación sea mínima; es decir, que ante la posibilidad de que se produzca un daño ambiental, se deben adoptar las medidas destinadas a prevenir afectaciones al ambiente¹³⁸, toda vez que los daños ambientales no siempre pueden ser materia de restauración. Por ello, “cuando existe certeza de que una actividad puede provocar daño ambiental, deberán adoptarse las medidas para prevenir, vigilar y evitar que éste se produzca”¹³⁹.

Esta afirmación encuentra su justificación en el derecho fundamental de vivir en un ambiente equilibrado, regulado en nuestra Constitución Política, y tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, este derecho está compuesto por dos elementos: 1) el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado y, 2) el derecho a que dicho ambiente se preserve¹⁴⁰. Este segundo elemento, establece la obligación de preservar al ambiente, el cual conlleva ineludiblemente el

¹³⁶ Mediante Resolución N° 021-2014-OEFA/TFA-SEP1, el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA estableció como precedente vinculante la importancia del principio de prevención en las actividades económicas como la minería, energía, pesca e industria. Esta resolución parte de la premisa que las medidas de prevención deben ser adoptadas no solo por el Estado sino también por los particulares, sobre todo por aquellos que desarrollan actividades que ponen en riesgo al ambiente, la vida y salud de las personas.

¹³⁷ **LEY N° 28611**

Artículo VI. - Del principio de prevención

La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan.

En referencia al principio de prevención la doctrina sostiene que “Lo primero y lo más idóneo es la prevención del daño al medio ambiente, para evitar su consumación; máxime teniendo en cuenta que se trata de un bien no monetizable, es decir, no traducible en indemnizaciones y difícil de volver al estado anterior del daño”. En, CAFFERATTA, Néstor. “*El Principio de Prevención en el derecho Ambiental*”. Revista de Derecho Ambiental; Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

¹³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 1206-2005-PA/TC. Fundamento jurídico 6.

¹³⁹ Cfr. ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. Manual de Derecho Ambiental. Editorial IUSTITIA, Lima, 2011, pág. 571.

¹⁴⁰ Conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional reiteradamente en las sentencias recaídas en los expedientes N° 0018-2001-AI/TC, 3510-2003-AA/TC, 0048-2004-AI/TC y 1206-2005-PA/TC, entre otros.

deber del Estado de prevenir adecuadamente los daños que se puedan causar al ambiente como consecuencia de la intervención humana y, a su vez, la obligación de los particulares de proceder de modo similar cuando realizan actividades económicas que inciden directa o indirectamente en el ambiente.

En ese contexto, con esta técnica de fomento se busca brindar a las empresas una herramienta que les permita implementar un SGA eficaz, en el que la auditoría ambiental es el principal instrumento de prevención, toda vez que con esta se evitaría gran parte de los impactos ambientales que pueden generar sus actividades económicas; asimismo, dichas empresas podrían sustentar que actúan dentro del marco de la ley y, además, facilitarían la verificación ambiental de la autoridad competente.

2.3.2. Más actividades de fomento, menos actividad de policía

En atención al principio del sistema de gestión ambiental debe existir complementariedad entre los instrumentos de incentivo y sanción, privilegiando el mejoramiento continuo del desempeño ambiental. Las técnicas de fomento se caracterizan porque la Administración no activa mecanismos de control (coacción) ni establece servicios públicos hacia fines considerados de interés general, sino más bien promueve o impulsa determinadas actuaciones de las empresas, a través del otorgamiento de beneficios. En la materia ambiental, se busca que estos mecanismos orienten el mercado, corrijan sus deficiencias, hacia un desempeño empresarial respetuoso con el medio ambiente que posibilite un desarrollo sostenible¹⁴¹.

En ese sentido, la auditoría ambiental responde al efecto de estímulo/recompensa, contrario al comando y control, ya que, en este último, se necesita una gran cantidad de recursos que se utilizan con el fin de cumplir con esos controles; incluso se podría considerar que con la implementación de este Programa de Auditorías Ambientales el Estado ahorraría costos para verificar el cumplimiento de las obligaciones de las organizaciones empresariales, pues son éstas últimas las que se encargan de contratar a un equipo auditor imparcial que verifique todo su SGA; sin dejar de mencionar que también genera un ahorro para las empresas, pues al acreditarse que mantienen un comportamiento ambiental adecuado, evitarían la imposición de sanciones o medidas administrativas. No queda duda de que, bajo este criterio de estímulo/recompensa, se alienta el cumplimiento de la norma, pues la empresa espera un beneficio de ello.

¹⁴¹ LOZANO CUTANDA, Blanca. *Tratado de derecho ambiental*, op. cit, pág. 585.

La implementación de esta figura en nuestro ordenamiento no dista mucho de la realidad; actualmente, en el Perú se vienen promoviendo actividades de fomento en materia ambiental y/o recursos naturales como es el caso del Certificado Azul¹⁴², el cual consiste en el reconocimiento otorgado por la Autoridad Nacional del Agua a usuarios (empresas) hídricamente responsables que participan en el “Programa Huella Hídrica”¹⁴³ y ejecutan con éxito los compromisos asumidos para la medición de su huella hídrica, su reducción y su programa de valor compartido.

Con este mecanismo se busca reducir la huella hídrica de la producción nacional de bienes y servicios, transmitiendo a las empresas el mensaje de sostenibilidad y uso eficiente del agua. Los beneficios del otorgamiento del Certificado Azul son: (i) sostenibilidad del negocio, (ii) competitividad ante el Estado (contratación pública), (iii) fortalecimiento de la imagen ante los clientes y proveedores, (iv) reducción de costos operativos por consumo de agua, y (v) afianzamiento de las relaciones con comunidades vecinas.

Con ello, se evidencia que el Perú tiene interés de promover buenas prácticas para la protección del ambiente, a través de la intervención principalmente de las empresas, quienes se muestran interesadas en implementar determinadas acciones para obtener un beneficio del Estado, con lo cual coadyuvan, a su vez, con esta protección ambiental.

2.3.3. Imagen de la empresa ambientalmente responsable

Cada vez toma mayor importancia la imagen de la empresa en el mercado y la necesidad de mejorar voluntariamente su comportamiento ambiental para evitar los efectos jurídicos y económicos de eventuales incumplimientos de la legislación, y evitar el crecimiento rechazo social de las empresas que agreden el medio ambiente y sus recursos naturales y, paralelamente, la mayor aceptación de bienes, servicios, operaciones de aquellas empresas que se declaran respetuosas con estos.

Así, el proceso de auditorías ambientales está enmarcado en nuevo esquema de búsqueda de la excelencia en la gestión ambiental; con ello, las empresas inscritas en el RNAA, que se declaran respetuosas con el medio ambiente, se encontrarían en una posición de ventaja competitiva en el mercado frente a otras empresas, debido a la

¹⁴² Para mayor información, visitar la página web de Certificado Azul: <
<http://certificadoazul.ana.gob.pe>>

¹⁴³ La huella hídrica es el indicador que define el volumen total de agua consumida en la producción de bienes o servicios, de forma directa e indirecta en todo el proceso productivo, y los impactos potenciales relacionados al recurso hídrico.

presión ejercida por unos consumidores cada vez más conscientes sobre los problemas ambientales. Indudablemente, existirá una mejora en las relaciones con los consumidores y aumento de la confianza del consumidor.

2.3.4. Incentivo a la autorregulación regulada en la protección del ambiente

DARNACULLETA, define la autorregulación regulada como un nuevo instrumento de regulación ensayado por el Estado en una fase de transformación del mismo en el que, con carácter general, los instrumentos imperativos de actuación son sustituidos por técnicas indirectas de regulación. Mediante la autorregulación regulada la Administración supervisa la actuación privada de aprobación y aplicación de normas y los controles privados de cumplimiento de tales normas. La Administración debe velar porque la autorregulación privada conduzca, efectivamente, a la minimización de los riesgos generados por quienes se autorregulan¹⁴⁴.

La autorregulación regulada es definida como “la actividad pública mediante la cual el Estado hace posible la autorregulación, configura las estructuras y establece los procesos a través de los cuales ésta debe desarrollarse, con la pretensión de que, a través de la misma, puedan llegar a satisfacerse concretos fines o intereses públicos. Se trata de casos en los que están presentes intereses públicos en sentido propio, puesto que de otro modo carecería de sentido que el desarrollo de los órdenes espontáneos en que se concreta la autorregulación social fuera de alguna manera condicionado por los poderes públicos”¹⁴⁵.

En esa línea, el programa de auditorías ambientales, tal como está planteado en este trabajo, se calificaría como una actividad de autorregulación regulada, pues comprende aquellas relaciones entre lo público y lo privado en las que la actividad de autorregulación se mantiene dentro de los límites propios del ejercicio de la libertad privada (como la auditoría ambiental en sentido estricto) y que pasa a ser objeto de algún tipo de regulación o intervención pública (la inscripción en el RNAA y el otorgamiento de beneficios).

En ese sentido, no queda duda que el futuro de la gestión ambiental está en la figura de la autorregulación, que promueve mecanismos de estímulo/recompensa y se apoya en los principios de autoridad que se basan en el esquema comando/control. Entre estas figuras de autorregulación se destaca a la auditoría ambiental como una

¹⁴⁴ DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. “Autorregulación regulada y medio ambiente” ... op. cit. pp. 87.

¹⁴⁵ ARROYO JIMÉNEZ, Luis. “Introducción a la Autorregulación”. En *Autorregulación y Sanciones*. Segunda Edición. Editorial Thomson Reuters, Pamplona, 2015, pág. 31.

herramienta clave para la promoción del desarrollo sustentable y del cumplimiento de la legislación ambiental.





Conclusiones

Primera. La Administración Pública tiene atribuida las actividades de policía (siendo la potestad sancionadora su máxima expresión), fomento y prestación de servicios. Cada técnica tiene sus ventajas y propósitos, y en la medida de cómo se gestionen podrían ser eficientes para la protección de los bienes jurídicos, como el medio ambiente. En ese sentido, resulta importante analizar los alcances generales de dichas técnicas jurídicas, y, a partir de ello, conocer su eficacia en la protección del ambiente en el ordenamiento jurídico peruano, o, si, por el contrario, es necesario profundizar en otras técnicas jurídicas.

Segunda. La actividad de policía se ha tornado en el principal mecanismo de una supuesta tutela al bien jurídico ambiente, y decimos supuesta porque en la práctica vemos que dicha potestad, tal como lo reconocido la OCDE, se activa ante factores coyunturales y políticos, la mayoría por razones de conflictos sociales, y no en los problemas de impacto real ocasionados por diversas actividades como la minería ilegal, por ejemplo. Asimismo, otros de los problemas que presenta esta actividad de policía en materia ambiental es que ha sido otorgada a más de una entidad pública, generando en varias ocasiones una doble imposición de sanción por la misma conducta infractora, ello sin mencionar el exceso de las medidas administrativas dictadas por las autoridades de fiscalización, las cuales llegan incluso a ordenar la paralización de actividades económicas, lo que genera, incluso, afectación al derecho a la libertad de empresa. Como se advierte, en nuestro ordenamiento existe una especie de confrontación entre la Administración Pública y la empresa al momento de buscar el interés general, que hasta el momento no ha tenido mayor logro que una mera imposición de castigos e intervencionismo excesivo.

Tercera. La actividad de prestación de servicios esenciales no deja de presentar complicaciones para garantizar la protección del ambiente. Hemos mencionado que el Estado interviene para garantizar la prestación de servicios para satisfacer las necesidades básicas de la población, sin embargo, de nuestra realidad advertimos que la gestión de los residuos sólidos sigue siendo uno de los principales problemas ambientales en nuestro país, la presencia de desechos en nuestras urbes y la informalidad en su disposición final se ha vuelto una tarea incontrolable para la Administración Pública. De igual manera, el servicio de saneamiento, específicamente, el tratamiento de las aguas residuales es ineficiente y poco salubre, afectando los componentes ambientales como el agua y el suelo, e incluso la salud de las personas.

Por tanto, tampoco se evidencia que esta técnica venga teniendo éxitos para garantizar la protección del ambiente.

Cuarta. Ante la falta de operatividad de las tradicionales técnicas, vemos que la Administración Pública está recurriendo a nuevas técnicas de regulación jurídica. El Estado empiece a darle mayor importancia y énfasis a técnicas de fomento para lograr este interés general, como es la protección del ambiente. Indudablemente, la participación de la empresa es clave, en tanto es quien realiza las actividades que generan los impactos negativos al ambiente, y, por tanto, pueden adoptar las medidas necesarias para mitigar dicho impacto, es decir, actuar inmediatamente ante la identificación temprana de sus problemas operativos que repercuten en el ambiental.

Quinta. Las técnicas de fomento comprenden tanto medidas orientadas a proteger determinadas actividades como a aquellas encaminadas a promoverlas¹⁴⁶. En nuestro caso, hemos tomado la técnica de fomento desde su lado de promoción, es decir, el Estado promueve determinadas actividades y técnicas empresariales que buscan prevenir, controlar y mitigar impactos ambientales, y a cambio de ello, les otorga a estas empresas determinados beneficios, consiguiendo así la protección del ambiente (interés general). A partir de esa premisa, el Estado debe promover aquellas prácticas empresariales que identifiquen y adopten estas medidas de manera preventiva, con el otorgamiento de beneficios, los cuales generan ventajas tanto a la empresa, como y al mismo Estado. Como nuevos instrumentos de tutela ambiental tenemos, por ejemplo, a las etiquetas ambientales, ayudas económicas, mercados de carbono y auditorías ambientales.

Sexta. Una práctica ambiental con altos índices de eficiencia y eficacia sin duda es la auditoría ambiental. Este instrumento permite que sea la misma empresa quien identifique sus problemas operativos que generan impactos negativos al ambiente, y, a su vez, aplique las medidas operativas y tecnológicas necesarias para controlar y mitigar dicho impacto, incluso, prevenirlos. La auditoría ambiental responde a las necesidades sociales como herramienta de protección del medio ambiente, brinda a las empresas una mejor información en esta materia y responden a las necesidades sociales cuya meta es la sostenibilidad ambiental. Es realizada en base al nivel de importancia y de urgencia de los problemas ambientales detectados, el alcance y complejidad de las actividades

¹⁴⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Editorial Palestra. Lima, 2017, pág. 172.

que realiza la empresa, como influyen en el ambiente, el volumen de las emisiones de contaminación y el historial de los problemas medio ambientales¹⁴⁷.

Séptima. Las auditorías ambientales al tener su origen en los propios actores privados, su ejecución fusiona el objetivo prioritario de la empresa (la obtención de beneficios económicos) y la protección ambiental para contribuir al desarrollo económico compatible con la conservación ambiental. Esta actividad promueve que los propios agentes económicos que concurren en el mercado se pongan de acuerdo para determinar los límites de sus propias prácticas empresariales a partir de la implementación de mecanismos que contemplen imperativos y generen diversas formas de control de su cumplimiento, generando prácticas estables en el tiempo. La regulación de esta figura y otorgamiento de efectos jurídico-públicos genera indirectamente un impacto positivo en la actividad de la Administración al reducir su carga en el control y seguimiento de las actividades empresariales.

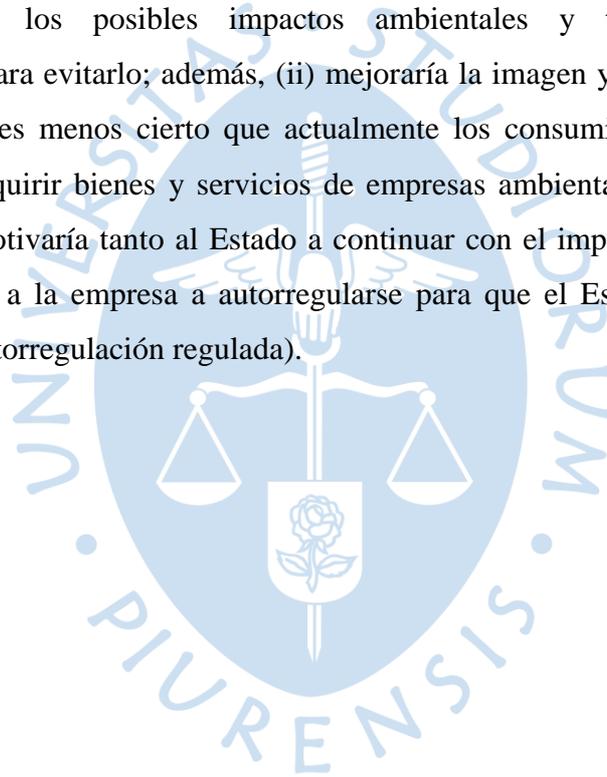
Octava. Sin embargo, tal como está prevista esta figura en nuestro país, no permite potenciarla y replicarla en diversos sectores económicos. En la Unión Europea y México se ha regulado la promoción de auditorías ambientales como aquellas prácticas voluntarias que realiza la empresa, para cumplir con la normativa ambiental, y evitar impactos potenciales y concretos al ambiente, lo que conlleva al otorgamiento de determinados beneficios, por parte del Estado. Es decir, el Estado ya no mira a la auditoría ambiental como una actividad netamente interna a nivel empresarial, sino que la recoge como parte de su regulación, dándole efectos jurídico-públicos; la declaración medioambiental de la empresa sobre su comportamiento ambiental trasciende la esfera privada para ser conocida por el público general. En ese sentido, se concluye que es realmente conveniente que en nuestro ordenamiento se regule las auditorías ambientales con similares efectos jurídicos que la Unión Europea y México.

Novena. El sistema peruano cuenta las herramientas para que dicha figura sea posible, desde un aspecto orgánico (se tiene a los principales sujetos intervinientes como el Minam e Inacal), hasta un aspecto funcional. Sobre este último aspecto, se plantea la regulación de tres momentos principalmente, estos son: (i) la fase interna que abarca el análisis medioambiental de la situación empresarial, la aplicación de un SGA, la ejecución de la auditoría en sentido estricto, y la elaboración de la Declaración Ambiental; (ii) la fase externa, en la que la empresa solicita el acogimiento del

¹⁴⁷ ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides. La auditoría ambiental como función de la Administración Pública...*op.cit.* pág. 117.

Programa de Auditorías Ambientales proclamado por el Minam, que consiste en la verificación de su auditoría ambiental por parte de verificadores ambientales acreditados por el Inacal, y posteriormente, si como resultado de la verificación se otorga la conformidad de su auditoría, la inscripción en el Registro Nacional de Auditorías Ambientales; y (iii) el otorgamiento de beneficios honoríficos como el caso del logotipo ambiental y el certificado de desempeño ambiental, lo que a su vez, generará beneficios jurídicos en el ámbito de las contrataciones con el Estado.

Décima. La auditoría ambiental en el Perú, tal como ha sido regulada en la Unión Europea y México, sería (i) un instrumento eficaz en la protección del ambiente, en atención al principio de prevención, pues permite que las empresas identifiquen de manera temprana los posibles impactos ambientales y tomen las medidas correspondientes para evitarlo; además, (ii) mejoraría la imagen y competitividad de la empresa, pues no es menos cierto que actualmente los consumidores, entre ellos, el Estado, buscan adquirir bienes y servicios de empresas ambientalmente responsables; finalmente, (iii) motivaría tanto al Estado a continuar con el impulso de otras técnicas de fomento, como a la empresa a autorregularse para que el Estado regule a su vez dichas técnicas (autorregulación regulada).



Lista de referencias

- AGUILERA PEÑA, Roberto. *La Auditoría Ambiental. Un instrumento de gestión para el desarrollo sostenible de la empresa del siglo XXI*. Revista DELOS (Desarrollo Local Sostenible). ISSN: 1988-5245. setiembre, 2016. Disponible en: <http://www.eumed.net/rev/delos/26/auditoria.html>
- ALAÑA CASTILLO, T. P., MORÁN MOLINA, G. G., y SANMARTÍN RAMÓN, G. S. *La auditoría ambiental en las MIPYMES como herramienta de control interno en la gestión empresarial*. Universidad y Sociedad, 9 (1), 2017.
- ALARACON SOTOMAYOR, Lucía. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Editorial Thomson. Pamplona, 2007.
- ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*. Editorial IUSTITIA, Lima, 2011.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides. *La auditoría ambiental como función de la Administración Pública en la protección del bien público ambiental, para construir la empresa amigable con el ambiente como meta del desarrollo sostenible*. ISSN: 1794-7154 Vol. 9, N° 2. Bogotá, 2015.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides. *La Auditoría con enfoque ambiental en el Derecho Público Cubano*. Derecho Público Iberoamericano N° 7, 2015.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides. *La auditoría ambiental, la empresa amigable con el ambiente y el desarrollo sostenible*. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana. Año X, No. 20, 2015.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides y otros. *Disquisiciones teóricas, doctrinales y exegéticas sobre la praxis de la auditoría como función pública, dirigida a la protección del bien público ambiental para la empresa ecológica*. En Actualidad Jurídica Ambiental, 3 de noviembre de 2014. Disponible en: https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2014/10/2014_11_Antunez_Polo_Rodriguez_Sistematizacion_AA.pdf
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis. “Introducción a la Autorregulación”. En Autorregulación y Sanciones. Segunda Edición. Editorial Thomson Reuters, Pamplona, 2015.
- BACA ONETO, Víctor. “Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el Derecho peruano”. En Teoría de los servicios públicos. Editorial Grijley, Lima, 2009.
- BACA ONETO, Víctor y Antonio, ABRUÑA PUYOL. *El Reglamento ¿Acto Administrativo en el Derecho Peruano?* Revista de Derecho UDEP, Volumen III. Lima, 2010.

- BOLÍVAR, Zulma. “Introducción al ordenamiento territorial”. En *Curso de Especialización en Planificación y Gestión Territorial Urbana*. Granada, 2011.
- BUENO BENÍTEZ, Antonio y otros. *Modos y Medios de la Actividad Administrativa*. Editorial Tecnos. Madrid, 2017.
- CAFFERATTA, Néstor. “El Principio de Prevención en el derecho Ambiental”. Revista de Derecho Ambiental; Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.
- CARBAJAL PONCE DE RIVERA, María Paola. *Evaluación, Supervisión y Fiscalización Ambiental*. Revista Sociedad y Derecho N° 42. Lima, 2014.
- CARRERAS SCHABAUER, NOELIA. *Medidas de policía administrativa y régimen jurídico del servicio público: uso de las medidas correctivas en el Perú*. Revista Derecho PUCP N° 67. Lima, 2011.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Séptima Edición Actualizada. Editorial Lexis Nexis. Buenos Aires, 2002.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Editorial Palestra. Lima, 2017.
- CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DE LA COMUNIDAD DE MADRID. *Guía práctica para la aplicación del Reglamento EMAS*. Octubre, 2013. Disponible en: <https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/doc/medio-ambiente/emas_reglamento_guia_practica_rev_2013.pdf>
- DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *El Régimen de los Reglamentos en el Ordenamiento Jurídico Peruano*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México.
- DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. *Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública*. Revista Ius et Veritas, Lima.
- DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. “Autorregulación regulada y medio ambiente”. El sistema comunitario de ecogestión y auditoría ambiental”. En *Fundación Democracia y Gobierno Local*, 2006.
- DE LA MAZA, Carmen. “Evaluación de Impactos Ambientales”. En *Manejo y Conservación de Recursos Forestales*. Editorial Universia, 2007
- ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho administrativo*. Séptima edición. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2017.
- ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente*. Cuarta edición. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2017.

- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *La actividad administrativa de inspección*. Editorial Comares. Granada, 2002.
- FLORES KONJA, Julio. *Los objetivos y procesos de la Auditoría Ambiental: Un nuevo campo profesional en el Perú*.
- GARCÍA MACHMAR, William. *La Subvención Administrativa: Concepto y Régimen Jurídico*. Revista de Derecho N° 2. Santiago de Chile, 2012.
- GLAVE TESINO, Mario. *Coordinación entre las políticas fiscal y ambiental en el Perú*. Colaboración de CEPAL y GTZ. Santiago de Chile, 2005.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Íñigo Sanz Rubiales. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*. Tercera edición. Editorial Thomson Reuters. Pamplona, 2013.
- GRANDEZ BARRÓN, Percy y Pedro, GAMIO AITA. “La Fiscalización Ambiental en el Perú: situación actual y retos para su efectividad”. *En Revista del Círculo de Derecho Ambiental -PUCP*. Lima, 2019.
- HUAPAYA NAVA, Mario y Ernesto SOTO CHÁVEZ. El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental. “El Registro de Infractores Ambientales (RINA) como herramienta de fiscalización Ambiental. (Coautor). Editado por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, Lima, 2013, pp. 249 a 269.
- JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. *Revista de estudios políticos* (48). Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2127752>.
- JORDANA DE POZAS, Luis. *El problema de los fines de la actividad administrativa. Ponencia sobre Problemas Actuales en la Administración Pública*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2111862.pdf>.
- LAGUNA PAZ, José. *Derecho Administrativo Económico*. Primera Edición. Editorial Thomson Reuters. Pamplona, 2016.
- LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *Derecho penal ambiental en el Perú: ¿realidad concreta o simbolismo práctico?* Editorial Grijley, Lima, 2011.
- LOZANO CUTANDA, Blanca. *Tratado de derecho ambiental*. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2014.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.; “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración”, en *Libro Homenaje al Profesor VILLAR PALASÍ*, Civitas, Madrid 1989.

- MARTIN TIRADO, Richard. *El servicio de limpieza pública a cargo de las municipalidades y las dificultades existentes para el cobro individualizado del servicio*. Revista de Derecho Administrativo – Circulo de Derecho Administrativo (CDA). Lima, 2006.
- MESTRE DELGADO, Juan. *Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental*. Real-2003, núm. 291, pp. 705-730.
- MINISTERIO DEL AMBIENTE. *La fiscalización ambiental en el Perú (2011-2015), fortaleciendo los cimientos del derecho a un ambiente sano*. Primera Edición. Lima, 2016.
- MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *La posible responsabilidad penal del auditor ambiental*. Revista para el Análisis del Derecho Indret. Disponible en WWW. INDRET.COM
- MORENO MOLINA, José y Consuelo, ALONSO GARCÍA. *Tratado de Derecho Ambiental*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración*. Revista del Círculo de Derecho Administrativo N° 9, Lima, 2010.
- ORDINOLA TALLEDO, Getulio. *Principio de Sostenibilidad Ambiental y Social en los Contratos del Estado*. Revista Administración Pública y Control N° 33. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2016, pág. 55.
- ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL – OEFA. *La vinculación y retroalimentación entre la certificación y la fiscalización ambiental*. Primera edición. Lima, 2016.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA. *Evaluación del impacto ambiental. Directrices para los proyectos de campo de la FAO*. Roma, 2012.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OECD). *Regulatory Enforcement and Inspections in the Environmental Sector of Peru*. Publicado el 29 de abril de 2020. Disponible en: <<https://www.oecd-ilibrary.org/sites/54253639-en/index.html?itemId=/content/publication/54253639-en>>
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás. *La Evaluación de Impacto Ambiental en la jurisprudencia*. Revista de Administración Pública N° 153. Madrid, 2000.
- REBOLLO PUIG, Manuel. *EL contenido de las sanciones*. Revista de Derecho Administrativo “Justicia Administrativa”. Madrid, 2001.

- REBOLLO PUIG, Manuel, Manuel IZQUIERDO CARRASCO, Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR y Antonio BUENO ARMIJO. «Panorama del derecho administrativo sancionador en España: los derechos y las garantías de los ciudadanos». *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, número 1, Bogotá, 2005
- REI RIBEIRO, Fernando. “Las licencias ambientales en el Estado de Sao Paulo: una encrucijada hacia la gestión sostenible”. En *El derecho del medio ambiente y los instrumentos de la tutela administrativa*. Editorial Thomson Reuters. Lima, 2015.
- RODRIGUEZ BECERRA, Manuel y ESPINOZA, Guillermo. *Gestión ambiental en América Latina y el Caribe: Evolución, tendencias y principales prácticas*. Banco Interamericano de Desarrollo, Departamento de Desarrollo Sostenible División de Medio Ambiente. Washington, 2002.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. “La Actividad Administrativa de Fomento”. En Curso de Derecho Administrativo. Editorial Comares. Granada, 2015.
- SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. La autorización judicial de entrada y otras autorizaciones contencioso-administrativas. Trabajo para la colación del Grado de Doctora. Lleida, 2013.
- SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Servicios Públicos, Regulación y Constitución. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Lima.
- SANZ RUBIALES, Íñigo. *Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos. Algunos problemas de su régimen jurídico*. Revista jurídica de Castilla y León, ISSN 1696-6759, Nº. 9, 2006.
- SANZ RUBIALES, Íñigo (2018). La protección del ambiente en la nueva ley de contratos: del Estado meramente «comprador» al Estado «ordenador». *Revista de Administración Pública*, 205, 49-80. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.205.02>
- SERVICIO NACIONAL DE CERTIFICACIÓN AMBIENTAL PARA LAS INVERSIONES SOSTENIBLES – SENACE. El SENACE y la Certificación Ambiental y Global. Lima. Disponible en: <https://www.senace.gob.pe/wp-content/uploads/2016/10/Certificacion-ambiental-global.pdf>.
- TORNOS MAS, Joaquín. El concepto de servicio público a la luz del Derecho Comunitario. En *Revista de Administración Pública* ISSN-L: 0034-7639, núm. 200, Madrid, mayo-agosto (2016), págs. 193-211. Disponible en <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.200.10>

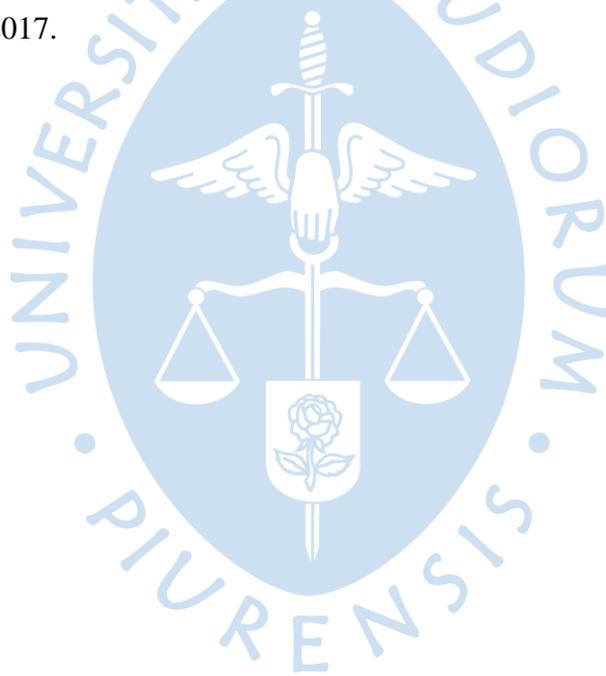
UNIVERSIDAD DE PIURA- FACULTAD DE DERECHO. *Lección Vigésima, La Actividad Administrativa (II) La Actividad Ablatoria y la Actividad de Fomento*. En, Notas al curso de Derecho Administrativo. Revisión Marzo, 2007.

UNIVERSIDAD DE PIURA- FACULTAD DE DERECHO. *Lección Décimo Novena, La Actividad Administrativa (I) La Policía Administrativa*. En, Notas al curso de Derecho Administrativo. Revisión Marzo, 2010.

UNIVERSIDAD DE PIURA- FACULTAD DE DERECHO. *Lección Décimo Cuarta, El Reglamento*. En, Notas al curso de Derecho Administrativo. Revisión abril, 2014.

VIGNOLO CUEVA, Orlando. *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal. Liberalización de sectores y el surgimiento de la Administración Pública regulatoria en Perú*. Primera Edición. Palestra Editores. Lima, 2019.

WIELAND FERNANDINI, Patrick. *Introducción al derecho ambiental*. Fondo Editorial PUCP. Lima, 2017.



Jurisprudencia

Sentencia del 20 de abril del 2007, recaída en el Expediente No 1206-2005-PA/TC, fundamento jurídico 10.

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03048-2007-PA/TC. Fundamento 9.

Recomendación 2001/331/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre criterios mínimos de las inspecciones medioambientales de los Estados miembros

