

# La subsanación voluntaria en los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por infracciones ambientales detectadas en los sectores extractivos y productivos

## Voluntary correction in administrative sanctioning procedures initiated for detected environmental infringements in extractive and productive services

César Abraham Neyra Cruzado\*

*Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental*

### Resumen:

La subsanación voluntaria es una excusa absoluta sobreviniente que los administrados invocan con frecuencia en los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por infracciones ambientales detectadas en los sectores extractivos y productivos para evitar la imposición de una multa. Es así que, conforme al ordenamiento sectorial ambiental y los propios instrumentos de gestión ambiental de los administrados, se han identificado tres supuestos: (i) que el administrado pueda realizar una subsanación-formal; (ii) que el administrado pueda relajar una subsanación-material o, por último, (iii) que la infracción sea insubsanable. A manera de ejemplo se analizarán varios casos prácticos.

### Abstract:

The voluntary correction is an acquittal excuse alleged by the defendants which consists in their behavior's correction and is invoked frequently in the administrative process. Although this statement should be contrasted with the obligations set in the Environmental Management Strategies approved by the Certification Authority and if the effects of the behavior had been minimized.

### Palabras clave:

Subsanación voluntaria – Estrategia de manejo ambiental – Subsanación formal – Subsanación material – Infracciones no subsanables – Prevenir – Minimizar – Rehabilitar y compensar

### Keywords:

Voluntary correction – Environmental Management Strategies – Legal-correction – Factual-correction – Irremediable infractions – Prevent – Minimize – Rehabilitate and compensate

### Sumario:

1. Introducción – 2. Antecedentes normativos – 3. Conceptualización de la subsanación voluntaria – 4. Fuentes de las obligaciones ambientales – 5. La Subsanación voluntaria de las infracciones a obligaciones ambientales – 6. Conclusiones – 7. Bibliografía – 8. Legislación – 9. Resoluciones administrativas

\* Vocal del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Abogado y Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente sigue estudios de Doctorado en Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Correos electrónicos: cneyra@oefa.gob.pe y neyra.ca@pucp.edu.pe

## 1. Introducción

En el año 2013 la *Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Fiscalización Ambiental* fue modificada y se introdujo la *subsanción voluntaria* como un eximente de responsabilidad administrativa aplicable en el sector ambiental. Posteriormente, esta *excusa absoluta* sobreviniente pasó a ser aplicable a todo procedimiento administrativo, en la medida que fue incluida en una modificación introducida en el año 2016 en la *Ley del Procedimiento Administrativo General*.

Sin embargo, en la medida que dichas normas son bastante escuetas y no definen cuáles son los alcances de dichos conceptos, aún queda por responder qué debe entenderse por subsanción voluntaria en el sector ambiental. Es decir, (i) ¿subsanción es únicamente cesar en la ejecución de la conducta infractora? –ya se trate de un hacer o no hacer– o, además de ello, (ii) ¿también se deben corregir los efectos que se hayan producido en el ambiente?

Para responder dichas preguntas, se debe tener presente una característica esencial del sector ambiental: las obligaciones del administrado no solo provienen del ordenamiento jurídico, sino también de sus instrumentos de gestión ambiental aprobados por la Autoridad Certificadora. Por ello, cuando se evalúe los alcances de la subsanción voluntaria debe revisarse ambas fuentes de obligaciones ambientales.

Además, para poder evaluar y comparar diferentes supuestos que se presentan, se hace necesario clasificar las obligaciones ambientales conforme a su naturaleza, en tres grupos: (i) obligaciones de comunicar a la Autoridad; (ii) obligaciones de hacer en el ambiente; y, (iii) obligaciones de no hacer en el ambiente. En el primer supuesto, el bien jurídico afectado es el Buen funcionamiento de la administración; en los otros dos, el Ambiente, que comprende la flora y fauna, así como la vida y salud de las personas.

Esta clasificación nos ayudará a tratar de esclarecer frente a qué infracciones en materia ambiental cabe aplicar la subsanción voluntaria y cuáles son los supuestos de infracciones ambientales insubsanables. Para estos efectos, vamos a reseñar casos que se han venido presentando en el ámbito de los procedimientos administrativos sancionadores en materia ambiental iniciados por infracciones ambientales detectadas en los sectores extractivos y productivos.

La mayoría de los casos que han sido materia de pronunciamientos del Tribunal de Fiscalización Ambiental (“TFA”) del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (“OEFA”), incluyendo dos precedentes administrativos, han establecido que son infracciones insubsanables el exceder los límites máximos permisibles en un lugar y un momento determinado, así como no realizar los monitoreos conforme al cronograma aprobado por la Autoridad Certificadora.

## 2. Antecedentes normativos

En un primer momento, con la modificación llevada a cabo en el año 2008 a la *Ley del Procedimiento Administrativo General* se incorporó como un *atenuante* de responsabilidad administrativa: La subsanción voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos (...): Atenuante que fue desarrollado, entre otras normas, por el entonces vigente Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN (2009), con las características siguientes: es atenuante “la subsanción voluntaria del acto u omisión constitutivo de la infracción administrativa, la reparación del daño o realización de medidas correctivas y urgentes, o la subsanción de irregularidades en que se hubiere incurrido, realizadas hasta antes de vencido el plazo para presentar descargos”.

*Como se puede apreciar, para que pueda operar dicho atenuante de responsabilidad administrativa, el citado reglamento –hace más de diez años– ya establecía que, entre otros, el administrado debía remediar los efectos de su conducta en el ambiente, es decir, no bastaba que el administrado cese la acción u omisión constitutiva de infracción.*

Por otro lado, en los sectores que no reglamentaron el atenuante, este no fue aplicado por la dificultad práctica de calcular el *quántum* del descuento y bajo qué circunstancias; ello a pesar de que la *Ley del Procedimiento Administrativo General* ya establecía claramente que “La falta de reglamentación de alguna de [sus] disposiciones (...) no será impedimento para su vigencia y exigibilidad” (4ta. DCF).

En un segundo momento, y solo para el sector ambiental, con la modificación introducida en el año 2013 en la *Ley del Sistema Nacional de Evaluación Fiscalización Ambiental* se estableció que “La función supervisora tiene como objetivo adicional promover la *subsanción voluntaria* de los presuntos incumplimientos (...) siempre y cuando (...) se trate de una infracción subsanable y la acción u omisión no haya generado riesgo,

daños al ambiente o a la salud” (art. 11.1.b). Este eximente fue regulado a través del ya derogado *Reglamento para la subsanación voluntaria para incumplimientos de menor trascendencia* (2013), estableciéndose que el eximente operaba únicamente en el caso de infracciones leves, y para el caso de infracciones graves o muy graves funcionaba como un atenuante de responsabilidad. Es así como, bajo el amparo de dicha norma reglamentaria, se archivaron diversos procedimientos administrativos sancionadores relacionados a incumplimientos de menor trascendencia (leves); los cuales en su mayoría estaban relacionados al inadecuado manejo de residuos sólidos no peligrosos.

Por último, con las modificaciones introducidas a fines del año 2016 en la *Ley del Procedimiento Administrativo General*, la subsanación voluntaria que nació en el año 2008 como un atenuante de responsabilidad, conservando su mismo texto, pasó a ser un novísimo eximente de responsabilidad administrativa aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores de todos los sectores sociales regulados. Es así que este eximente ha sido desarrollado reglamentariamente por diversos organismos, tales como el Osinergrmin, Osiptel, Sunafil, Indecopi, Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, el OEFA, entre otros<sup>1</sup>.

Como era de esperar, este eximente de responsabilidad es invocado por los administrados en los procedimientos administrativos sancionadores, más allá que este reglamentado o no, lo que obliga a la Administración a evaluar su procedencia. En paralelo ha recibido bastante atención por parte diversos autores, quienes tratan de establecer sus características y límites<sup>2</sup>.

A grandes rasgos, existen dos tipos de interpretaciones sobre los alcances de la subsanación voluntaria:

- (i) Por un lado, una interpretación pro empresa, en defensa de los intereses particulares, señala que la subsanación solo comprende el cese de la conducta infractora –ya sea que se trate de un hacer o no hacer–, más no la de sus efectos sobre el ambiente; en la medida que la ley no establece expresamente la obligación del infractor de remediar los efectos de su conducta; es más, agregan, que vía reglamentación sectorial no podría establecerse la obligación de remediar los efectos ambientales de la conducta, toda vez que se estaría contraviniendo el carácter común de la *Ley del Procedimiento Administrativo General*.
- (ii) Por otro lado, una interpretación pro Estado, en defensa de los intereses públicos, indica que toda infracción fenomenológicamente tiene una causa y un efecto, por lo que está implícito en la ley que los efectos sobre el ambiente deben ser remediados; más aún si la flora, fauna y la salud de las personas –afectados con las conductas infractoras– son objeto de protección por parte de las leyes sectoriales y sobre todo por la *Ley General del Ambiente*.

Esta discusión, obviamente, trasciende el ámbito administrativo-ambiental y tiene como trasfondo la Constitución Política que establece como uno de los deberes primordiales del Estado el garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (art. 44); derechos que como es sabido se encuentran en tensión: por un lado, el derecho a la libertad de empresa, comercio e industria (art. 59) y, por otro lado, el derecho de gozar de ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida (art. 2.22).

Con estos alcances sobre el marco normativo y las interpretaciones que se ha venido dando veremos cómo ha operado la subsanación voluntaria en los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por infracciones ambientales detectadas en la ejecución de actividades extractivas y productivas; previamente a ello, como antesala trataremos de ver, primero, que debemos entender por *subsanación voluntaria* y, segundo, cuáles son las fuentes de las *obligaciones ambientales*.

### 3. Conceptualización de la subsanación voluntaria

La *Ley del Procedimiento Administrativo General* establece que constituye un eximente de responsabilidad “La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo

1 Fernando Paolo Huayta Anchayhua, “La configuración de la subsanación voluntaria de la conducta infractora como eximente de responsabilidad administrativa en la normativa y jurisprudencia de los Organismos Reguladores” (Tesis, Universidad Nacional San Agustín, 2018), 103-105; Tessa Torres Sánchez, “¡Sálvese quien pueda! la elusión de la subsanación voluntaria como eximente de punición por parte de la administración”, *Themis* N° 74 (2018): 98-100.

2 Ramón Huapaya Tapia, Lucio Sánchez Povis y Oscar Alejos Guzmán, “El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú”, en *El Derecho administrativo como instrumento de servicio al ciudadano: Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo*, 581-604 (Lima: Palestra Editores, 2018); Huayta Anchayhua, “La configuración de la subsanación voluntaria...”; César Neyra Cruzado, “Las condiciones eximentes de responsabilidad administrativa en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General y su incidencia en la legislación ambiental”, *Derecho PUCP* N° 80 (2018): 344-360; Flavia Picoy Apolo, “La subsanación voluntaria en el reglamento de supervisión ambiental y la vulneración al texto único ordenado de la Ley N° 27444” (Tesis, Universidad César Vallejo, 2018); Torres Sánchez, “¡Sálvese quien pueda!...”.

de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos (...)” (art. 257.1.f). Pero ¿qué debemos entender por dicho precepto?

### 3.1 ¿Qué es subsanar?

En el Diccionario de la Lengua Española subsanar tiene tres entradas: “1. Disculpar o excusar un desacierto o delito. 2. Reparar o remediar un defecto. 3. Resarcir un daño”. Es así como la primera acepción tiene un contenido social y jurídico, pues comprende los casos en que, por motivos político-criminales, la autoridad dicta una amnistía para ciertos infractores. Contrariamente, en la segunda y tercera entrada encontramos un contenido más fáctico, pues ante la presencia de un evento dañoso es necesario realizar acciones que cambien para mejor el estado de las cosas. Es decir, vuelvan las cosas –en la medida de lo posible– al estado anterior al de la infracción.

Ahora bien, resulta interesante comprobar que estas acepciones gramaticales tienen correspondencia con el ordenamiento jurídico peruano, pues podemos reconocer que ambos supuestos han sido recogidos legislativamente:

- (i) El primero, que denominaremos *subsanación-formal*, está referida a la realización de trámites ante la Administración para obtener extemporáneamente o “regularizar” una licencia o concesión administrativa, así como la implementación de un componente sin autorización previa; un ejemplo de ello son los Programas Ambientales Detallados (PAD) que se han aprobado para los subsectores de minería, hidrocarburos y electricidad; y,
- (ii) El segundo, que llamaremos como *subsanación-material*, está vinculada a mitigar y remediar los impactos ambientales negativos generados por las infracciones que se han detectado en la fiscalización de actividades extractivas y productivas.

En el primer supuesto, la actividad del administrado consiste en comunicar a la Administración ciertas situaciones relevantes, las cuales, si cumplen ciertos requisitos, son aprobadas en vía de “regularización” por la Autoridad Certificadora. En el segundo supuesto la actividad del administrado se dirige a un hacer en la naturaleza, a fin de mitigar los impactos, así como rehabilitar la funcionalidad de los ecosistemas.

Pero ¿cuál es el fundamento para no sancionar una infracción (acción u omisión) “típica, antijurídica y culpable” que se encuentra debidamente comprobada y donde, muchas veces, el propio administrado ha reconocido la comisión de esta? Desde la Teoría del Delito y una concepción tripartita de la infracción administrativa se considera que con el cese de la conducta y la remediación de sus efectos se restituye la vigencia del bien jurídico protegido, es decir, con esta segunda acción se “anula” la antijuricidad de la infracción<sup>3</sup>. Claro que ello implica que la antijuricidad la estamos evaluando en dos momentos distintos: el primero, cuando se comente la infracción y, el segundo, cuando se trata de restablecer las cosas al estado anterior.

Para salvar este inconveniente, se fundamenta desde una concepción cuatripartita de la infracción administrativa, esto es una acción u omisión “típica, antijurídica, culpable y *punible*”, donde este último elemento deja de estar presente cuando se produce la “corrección” de la conducta, pues el legislador por motivos “político-criminales” considera que ya no es necesario que opere la sanción<sup>4</sup>. Esto último es válido, pero hay que recocer que es un argumento del tipo *Deus ex machina*; es decir, es un argumento extralegal.

Por otro lado, también se señala que la subsanación voluntaria tiene su fundamento en la teoría de la Responsive Regulation, pues es una de las herramientas “suaves”, esto es amigables con el sujeto regulado, que tiene la Administración para lograr el cumplimiento normativo antes de recurrir a medidas más radicales como el cierre o la multa; lo cual, a su vez, se complementa perfectamente con la teoría de la Justicia Reparativa, que busca más el curar y ayudar a la víctima (en nuestro caso el ambiente), antes que la sanción al infractor<sup>5</sup>.

Por otro lado, es importante mencionar que en el Derecho penal estas acciones que se realizan luego de cometido el ilícito son denominadas “conductas positivas postconsumativas”, “acciones contratípicas” o “sobreenvidas”, y dependiendo del delito y su tiempo de duración (magnitud) pueden ser un eximente o un atenuante de responsabilidad<sup>6</sup>.

3 Neyra Cruzado, “Las condiciones eximentes de responsabilidad administrativa...”, 342.

4 Huapaya Tapia, Sánchez Povich y Guzmán Alejos, “El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria...”, 603.

5 Sebastián Gamarra Abarca, “De la indulgencia a la condena: la responsive regulation en el régimen de fiscalización ambiental en Perú”, *Themis* N° 74 (2019): 109-111.

6 Mertxe Landera Luri, “Las excusas absolutivas ¿sobreenvidas? Análisis y fundamentación material. Las ¿acciones contratípicas?” (Tesis, Universidad del País Vasco, 2009).

Finalmente, para ver cómo opera la subsanación veamos ahora un ejemplo clásico de la legislación municipal: un comerciante abre un establecimiento sin licencia de funcionamiento, ¿puede subsanar esta infracción? La respuesta es una sola: depende. ¿De qué? pues en dónde está ubicada la tienda con relación al plano de zonificación distrital:

- (i) si la tienda está ubicada en una zona de “uso compatible”, cumpliendo algunos requisitos formales, esta infracción será subsanable-formal, pues en términos generales bastará que realice el trámite correspondiente y obtendrá la licencia, con lo cual la vigencia de la norma habrá sido restituida y podrá continuar atendiendo al público; en cambio,
- (ii) si la tienda está ubicada en una zona de “uso no compatible”, la subsanación-formal será inviable; por lo que deberá necesariamente cerrar el establecimiento.

Como se puede apreciar, dependerá de cómo está configurado el ordenamiento jurídico y de las opciones que brinda al administrado en el caso concreto, para que opere la subsanación voluntaria. Vemos que en el primer supuesto el administrado tiene la opción de “regularizar” su falta de licencia y continuar con su actividad. En el segundo, tiene la obligación de cerrar el negocio, así como asumir las pérdidas que ello conlleva. Es decir, en unos casos podrá operar una subsanación-formal, pero en otros habrá infracciones insubsanables. Todo “ello con la finalidad de no generar impunidad y evitar que el imputado se apropie del beneficio ilícitamente obtenido por la infracción”<sup>7</sup>.

### 3.2 ¿Qué se debe entender por voluntaria?

En el Diccionario de la Lengua Española *voluntaria* tiene varias acepciones, siendo una de ellas: “dicho de un acto: Que nace de la voluntad, y no por fuerza o necesidad extrañas a aquella”. Es decir, desde un enfoque gramatical y para los efectos de este trabajo, debemos entender por *voluntaria* la acción que es realizada por el administrado de *mutuo proprio*, espontáneamente, sin que la Administración lo haya ordenado o requerido.

Pero ¿cómo se prueba la voluntariedad? En verdad, no se prueba sino se presume que el administrado está actuando libremente, sin coacción. Claro que esta presunción puede ser destruida cuando la Administración acredite que le requirió que corrija su conducta, así como sus efectos.

Conforme al *Reglamento de Supervisión del OEFA*, la Dirección de Supervisión emite principalmente tres tipos de documentos: actas de fiscalización, cuando va campo; informes de fiscalización, en forma posterior y en gabinete; y, en algunos casos especiales, resoluciones imponiendo medidas administrativas (preventivas, mandato de carácter particular y requerimiento de actualización de instrumento de gestión ambiental).

Es claro que una resolución que impone una medida preventiva anulará la voluntariedad del administrado, pues este por exigencia de la Administración deberá realizar de una conducta determinada como, por ejemplo: construir un canal de coronación. El informe de fiscalización no resulta muy relevante para este tema, pues recién será notificado al administrado conjuntamente con la resolución de imputación de cargos, por lo que en la práctica será este último documento el que anulará la procedencia de la excusa absoluta.

Ahora bien, si en el acta de fiscalización se deja constancia que el administrado no ha construido, por ejemplo, un canal de coronación tal como estaba contemplado en el EIA ¿la descripción de este hallazgo anula la voluntariedad? En sí misma, esta “fotografía” de un momento y lugar determinado, así como el pedido de información relacionado, no invalida la voluntad del administrado; sin embargo, si este hallazgo viene acompañado de una recomendación, ahí cambian las circunstancias, pues esta exigencia de hacer o no hacer sí hace que desaparezca la espontaneidad de la conducta del administrado y, con ello, pierde la posibilidad acogerse a la eximente de responsabilidad.

Finalmente, como excepción, dentro de la normatividad aprobada por el OEFA existe un caso especial: en el caso de *infracciones leves*, donde sí ha existido un requerimiento de la Administración para corregir la conducta infractora, operará la subsanación como eximente de responsabilidad, aun cuando ya no exista espontaneidad por parte del administrado. Es decir, aún en el supuesto que se pierda la voluntariedad, una infracción leve puede ser subsanada con efectos eximentes antes de la imputación de cargos.

<sup>7</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador*, Segunda edición (Lima: MINJUS, 2017), 47.

#### 4. Fuentes de las obligaciones ambientales

Como sabemos, las obligaciones ambientales que deben desarrollar los administrados se clasifican por su fuente en: i) las que nacen de la ley; ii) las que tienen su origen de los instrumentos de gestión ambiental, aprobados por la Autoridad Certificadora, y; iii) las medidas administrativas que dicta la Autoridad de Fiscalización.

Es así como la *Ley General del Ambiente* tiene como objetivo ordenar el marco legal para una adecuada gestión ambiental y asegurar el efectivo derecho a un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. Para ello, el Principio de prevención prescribe que todos los titulares de actividades deberán realizar las acciones de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación cuando se produzcan impactos negativos en el ambiente (Art. VI TP).

Acorde a ello, la *Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental* establece que todo instrumento de gestión ambiental debe contener la Estrategia de manejo ambiental o la definición de Metas ambientales, lo que incluye, el Plan de manejo ambiental, el Plan de contingencias, el Plan de compensación, entre otros (art. 10).

Por tal razón, las principales obligaciones ambientales de los administrados no solo las encontraremos en las normas sectoriales correspondientes sino también en los instrumentos de gestión ambiental, preparados por el propio administrado y aprobados por la Autoridad Certificadora. Dependiendo de los escenarios que podrían o dan lugar a una infracción ambiental, ya sea por qué llanamente fue incumplida o por qué se presentó una contingencia, el administrado deberá tomar medidas de prevención, minimización, rehabilitación o compensación ambiental, esto es, deberá obrar conforme a la Jerarquía de la mitigación.

Todo lo cual se va plasmando en los diversos planes que aprueba la Autoridad, veamos algunos de ellos. Primero, tenemos el *Plan de manejo ambiental*, que es definido como “el Instrumento Ambiental (...) que, de manera detallada, establece las acciones que se implementarán para prevenir, mitigar, rehabilitar o compensar los impactos negativos que se causen por el desarrollo de un proyecto, obra o actividad” conforme al Glosario de Términos para la Gestión Ambiental Peruana.

En segundo lugar, tenemos el *Plan de contingencia* que dicho glosario lo define cómo:

*“Instrumento de gestión, cuya finalidad, es evitar o reducir los posibles daños a la vida humana, salud, patrimonio y al ambiente; conformado por un conjunto de procedimientos específicos preestablecidos de tipo operativo, destinados a la coordinación, alerta, movilización y respuesta ante una probable situación de emergencia, derivada de la ocurrencia de un fenómeno natural o por acción del hombre (...).”*

En tercer lugar, para el sector petrolero tenemos el *Plan de abandono*, que es definido como “el conjunto de acciones para abandonar un área o instalación, corregir cualquier condición adversa ambiental e implementar el reacondicionamiento que fuera necesario para volver el área a su estado natural o dejarla en condiciones apropiadas para un nuevo uso” conforme el Glosario, Siglas y Abreviaturas del Subsector Hidrocarburos.

A su vez, para el sector minero tenemos el *Plan de cierre*, que está “conformado por acciones técnicas y legales, que deben ser efectuadas por el titular de actividad minera, a fin de rehabilitar las áreas utilizadas o perturbadas (...) para que éstas alcancen características de ecosistema compatible con un ambiente saludable y adecuado para el desarrollo de la vida y la conservación del paisaje”, conforme al *Reglamento para el Cierre de Minas*.

Como es fácil suponer, qué acciones se toman en un caso concreto va a ser determinado por varios factores: si estamos frente a actividades en fase de exploración, explotación o cierre; a su vez, dependerá si estamos ante una grande, mediana o pequeña empresa; por otro lado, el tipo de geografía y clima; y, por supuesto, la flora y fauna, así como el número de personas que pueden ser afectadas por la infracción ambiental. Todo ello hace necesario que un equipo multidisciplinario de ingenieros, biólogos, químicos y abogados establezca cuáles son las medidas más apropiadas y razonables para devolverle su funcionalidad a los ecosistemas y contar con un ambiente apropiado para el desarrollo de la vida.

Es importante destacar que esta Estrategia de manejo ambiental es aprobada por la Autoridad Certificadora, es decir, es ella quien *ex ante* determina las obligaciones ambientales que debe cumplir el administrado con la finalidad de que su actividad sea sostenible. Una vez que se inicia la actividad empresarial, la Autoridad Fiscalizadora, en este caso el OEFA, realiza su función de fiscalización ambiental que puede ser conceptualizada como una “función de control, esto es, de verificación de las obligaciones dadas (...)



una actividad ex post a la creación de la obligación<sup>8</sup>. Ello, sin perjuicio que la Autoridad Fiscalizadora, en circunstancias especiales, establezca nuevas obligaciones ambientales para los administrados, a través del dictado de medidas administrativas.

Por esto, para determinar los alcances de las obligaciones ambientales de los administrados se deberá cotejar a la regulación sectorial, así como a los términos en que la Estrategia de manejo ambiental ha sido configurada por la Autoridad Certificadora. Como es obvio, mientras más precisa sea dicha configuración, será más sencillo realizar la fiscalización ambiental. En cambio, cuando la obligación es genérica o ambigua, ello dificultará la labor de fiscalización; de allí que sea necesario que exista una retroalimentación entre la Autoridad Certificadora y la Autoridad Fiscalizadora.

A su vez, en la medida que los términos del instrumento de gestión ambiental y de la Estrategia de manejo ambiental son propuestos por los administrados, estos deberían ser lo más precisos posibles, pues ello acotará el margen de interpretación de sus obligaciones haciendo su ejecución más sencilla y facilitará la labor de fiscalización ambiental.

Cabe precisar que, en lo sucesivo y para los efectos de este trabajo, todas las obligaciones ambientales de los administrados las agruparemos bajo el nombre de Estrategia de manejo ambiental, con independencia del documento formal donde estén incluidas.

A mayor abundamiento, recordemos que estas obligaciones ambientales, por su naturaleza, origen y diversidad podrían estar contenidas en cuatro grandes categorías:

*“(i) instrumentos de regulación directa, denominados también de comando y control, [que vienen a ser la promulgación de normas y la fiscalización de su cumplimiento] (...); (ii) instrumentos administrativos, como el otorgamiento de licencias, permisos [y concesiones] (...); (iii) instrumentos económicos, dirigidos a hacer que las fuerzas del mercado sean la principales propiciadoras del cumplimiento de metas ambientales de la sociedad; y (iv) una categoría disímil que comprende la educación, la investigación, la asistencia técnica y la información ambiental” (Rodríguez, citado por Foy, 2018, pág. 464).*

Cabe precisar que, a su vez, existen múltiples metodologías para la identificación y evaluación de los impactos ambientales, todas ellas orientadas a la mejor toma de decisiones, buscando siempre el “equilibrio entre el desarrollo de la actividad económica y los componentes del ambiente, sabiendo que, por definición, toda actividad o proyecto humano, [lo] altera en mayor o menor medida”<sup>10</sup>. Ello, a su vez, va a determinar que los Planes de manejo ambiental, Planes de contingencia, Planes de abandono o cierre, entre otros, que presentan los administrados van a guardar similitudes, pero también tendrán sus propios matices, en razón de la magnitud del proyecto y su ubicación geográfica.

## 5. La Subsanación voluntaria de las infracciones a obligaciones ambientales

Para abordar este tema, hemos clasificado las obligaciones ambientales conforme a su *naturaleza*: obligaciones de comunicar a la Autoridad, obligaciones de hacer en el ambiente y, finalmente, obligaciones de no hacer en el ambiente. La ventaja de esta clasificación es que nos permite ordenar las posibles infracciones en grupos homogéneos y comparar sus variantes al interior de dichos grupos.

Asimismo, a las infracciones se ponen como ejemplo les ha asignado un *grado*: (i) peligro estadístico: una persona individualmente realiza una acción que no afecta el bien jurídico, pero si varias personas lo hacen, sí lo afectarán; (ii) peligro hipotético: puede producir una afectación al bien jurídico; (iii) peligro concreto: efectiva situación de peligro para el bien jurídico protegido; y (iv) lesión: menoscabo efectivo del bien jurídico protegido<sup>11</sup>.

Intencionalmente este grado irá entre paréntesis a fin de fomentar su análisis y discusión, así como un reconocimiento de que la respuesta a la que lleguemos dependerá de varios factores, como es nuestra formación académica, la experiencia que tenemos en el sector y, no menos importante, en qué parte del escritorio estamos sentados, esto es si somos fiscalizadores o somos fiscalizados.

8 Martha Inés Aldana Durán, “La necesidad de regular de forma prioritaria las medidas de prevención de la contaminación para lograr una mayor eficacia en la fiscalización ambiental minero-energético”. *Themis* N° 70 (2016): 286.

9 Manuel Rodríguez Bercerra, citado por Pierre Foy Valencia, *Tratado de derecho ambiental: Una lectura del derecho ambiental desde la Ley General del Ambiente* (Lima: Instituto Pacífico, 2018), 464.

10 Jonathan Franco López, *Evaluación de Impacto Ambiental: Técnicas y procedimientos metodológicos* (México: Trillas, 2015), 11.

11 Manuel Gómez Tomillo e Íñigo Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador: Parte General* (Pamplona: Arzandi-Thomson Reuters, 2010).

Ahora bien, una cuestión que plantea la subsanación voluntaria es la magnitud de los impactos negativos producidos en el ambiente por la conducta infractora. Una regla de experiencia la podríamos enunciar así “mientras menores sean los impactos ambientales, más sencillo será para el administrado acreditar su subsanación; contrariamente, a mayores impactos negativos será más difícil acreditar que han sido minimizados o remediados”. A lo cual hay que agregar que «mientras mayor sea el lapso entre la fiscalización ambiental y el inicio del procedimiento administrativo sancionador, el administrado tendrá más tiempo para subsanar su conducta», incluyendo los efectos de esta.

Lo cual en el fondo introduce una novedad en nuestro ordenamiento jurídico administrativo; pues si revisamos las normas tipificadoras podríamos resumirlas en la siguiente expresión: “constatada la infracción se aplica la sanción”. Pero ahora ello ya no basta pues hay que analizar si las “conductas positivas postconsumativas”, esto es las “acciones contratípicas” o “sobreenvidas” han restituido el ambiente al estado anterior al de la infracción. Para decirlo en términos simples, en su configuración general las normas tipificadoras nos inducen a pensar en términos de blanco o negro –se sanciona o no se sanciona–; sin embargo, introducida la subsanación voluntaria esta nos obliga a pensar en términos de grises, de magnitudes: ¿es posible minimizar los impactos negativos, así como rehabilitar los ecosistemas? Y, si la respuesta es afirmativa, ello conlleva a liberar de responsabilidad –o tal vez, solo de la sanción– al infractor.

### 5.1 Infracciones relacionadas a obligaciones de emitir comunicaciones

Con la finalidad de cumplir cabalmente su función fiscalizadora, la Administración impone a los administrados la obligación de comunicar diversos eventos. Desde los más simples –como puede ser el cambio de domicilio procesal, el cambio de representantes legales, entre otros–, hasta los más relevantes –como pueden ser el cierre de operaciones o una emergencia ambiental–. Aquí también están incluidos los casos donde el administrado, por mandato legal, debería solicitar una licencia, una autorización o una concesión para iniciar una actividad económica. En estos casos, consideramos que el bien jurídico afectado es el Buen funcionamiento de la Administración pública, pues sin información oportuna y actualizada la Administración no puede actuar adecuadamente en la defensa de los intereses públicos, lo cual es su razón de ser.

Es así como, cuando el administrado incumple con la obligación de emitir comunicaciones hacia la Administración vulnera, en primer lugar, el Principio de buena fe procedimental, pues no está prestando la colaboración necesaria para que la Autoridad cumpla adecuadamente su función. Además, válidamente se genera la duda de si el administrado cometió esta infracción por un simple olvido o si está actuando de mala fe, tratando de ocultar un hecho más grave. Pero más allá de lo que sucede en el fuero interno del administrado, la pregunta es cómo, objetivamente, subsanará la vulneración del Principio de buena fe procedimental; es decir, cómo el administrado “enmienda su error y reestablece la legalidad”.

Veamos el *Caso N° 1* (¿peligro estadístico?): una consultora ambiental durante varios meses no actualizó la relación de los profesionales a su cargo, lo cual constituye una infracción; sin embargo, días antes de la acción de supervisión, cumplió con actualizar su padrón. De esta forma, si bien la infracción está perfectamente acreditada conforme a los registros del Senace, también es evidente la subsanación de la conducta infractora, por lo que la Dirección de Supervisión considera que ha operado el eximente de responsabilidad administrativa y, a su vez, no cabe recomendar el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

Ahora el *Caso N° 2* (¿peligro concreto?): cuando sucede una emergencia ambiental esta debe ser comunicada a la Administración, básicamente con tres características: i) *plazo*: dentro de las 24 horas de acaecida; ii) *forma*: correo electrónico a una dirección predeterminada; y, iii) *modo*: describir las características principales de la emergencia. A lo que hay que agregar que esta obligación tiene por finalidad brindar a la Administración la posibilidad de constituirse en el lugar de los hechos y supervisar que el administrado aplique apropiadamente la Estrategia de manejo ambiental contemplada en sus instrumentos. En ese sentido, una comunicación que no cumpla con los requisitos antes indicados ¿puede ser subsanada? Para el TFA, no. Ello pues una comunicación extemporánea le habrá vedado al OEFA la posibilidad de realizar una fiscalización presencial que le permita constatar si oportunamente se aplicaron los planes de contingencia aprobados por la Autoridad Certificadora (caso OEFA contra La Selva SA).

Como se aprecia, *a priori*, no se puede establecer una regla que diga: “todas las infracciones relacionadas a obligaciones de emitir comunicaciones son subsanables” o a la inversa “todas las infracciones (...) son insubsanables”; si no que es algo que debe evaluarse caso por caso. Más aun cuando existen obligaciones comunicacionales insubsanables por mandato expreso de la norma, como por ejemplo en el *Reglamento para la protección ambiental en las actividades de Hidrocarburos* se establece expresamente que “No se evaluarán estudios ambientales presentados con posterioridad al inicio, ampliación o modificación de una



actividad de hidrocarburos” (art. 5). Es decir, para la legislación sectorial, no tramitar oportunamente un EIA es una infracción insubsanable, pues bajo ningún término cabe la “regularización” de dicha actividad.

Resumido. Con relación a las obligaciones de emitir comunicaciones a la Administración, existen algunos casos de infracciones que generan un peligro estadístico que pueden ser materia de subsanación voluntaria; y, a su vez, existen infracciones insubsanables, ya sea porque a criterio del TFA no pueden ser materia de subsanación (falta de comunicación oportuna de una emergencia ambiental) o porque la legislación sectorial así lo establece expresamente (realizar actividades de explotación de hidrocarburos sin contar con el instrumento correspondiente).

## 5.2 Infracciones relacionadas a obligaciones de hacer en el ambiente

Este párrafo ha sido dividido en los tres supuestos que mayormente se presentan, esto es cuando el administrado realiza un número mayor de acciones a las autorizadas en su instrumento de gestión ambiental, cuando hace menos acciones de las que debía y, un supuesto especial, cuando no realiza actividades preventivas con la finalidad de evitar que los riesgos ambientales, esto es las contingencias, se materialicen.

### 5.2.1 Casos en que se peca por exceso

Veamos el *Caso N° 3 (¿peligro concreto?)*: al titular minero se le imputó “implementar siete pozas de lodos [adicionales a las autorizadas] en las plataformas de perforación, incumpliendo lo establecido en su instrumento de gestión ambiental”. En el expediente se evidencia que, antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, el administrado remedió el área, nivelando las plataformas y pozas de acuerdo a las características del terreno. Tomando en cuenta ello y que dicha conducta únicamente generó un riesgo leve en el ambiente, el TFA consideró que sí se produjo la subsanación voluntaria de la infracción (caso OEFA contra Compañía Minera Santa Luisa SA).

Nótese que cuando un administrado desea realizar acciones adicionales a las autorizadas en su instrumento de gestión ambiental, en principio, debería solicitar previamente su modificación ante la Autoridad Certificadora; pero ello, muchas veces no es viable. Pues, por un lado, si el administrado ya se encuentra en campo, realizará una estimación del costo-beneficio de paralizar sus actividades –hasta que se apruebe la modificación del instrumento– o continuar con sus acciones y asumir la multa que se le puede imponer en caso se descubra su incumplimiento; y, por otro lado, la Autoridad Certificadora, por mandato legal, no está autorizada a modificar instrumentos en vía de “regularización”. Ante estas circunstancias, el TFA consideró que no debía requerir al administrado, una subsanación-formal de su conducta, esto es tramitar la modificación de su EIA, sino que era razonable que solo se requiera al administrado una subsanación-material, esto es remediar el área disturbada a fin de que vuelvan las cosas al estado anterior al de la infracción; más aún, cuando en su propio instrumento ya contiene el protocolo para minimizar los efectos de su actividad exploratoria, es decir, contiene la Estrategia de manejo ambiental aplicable al caso concreto.

### 5.2.2 Casos en los que se peca por defecto

Veamos el *Caso N° 4 (¿peligro hipotético?)*: a un titular minero que realiza actividad exploratoria se le imputó “no haber colocado los bloques de concreto [correspondientes] sobre doce pozas de perforación, incumpliendo lo establecido en su instrumento de gestión ambiental”. La primera instancia determinó que estaba acreditado que dicho incumplimiento había sido subsanado antes de la imputación de cargos, y en la medida que dicha infracción constituía un riesgo leve, aplicó el eximente de subsanación voluntaria y declaró el archivo del procedimiento sancionador (OEFA contra Minera Yanacocha SRL).

Hay que notar que, como parte de la Estrategia de manejo ambiental, en el EIA se estableció de manera técnica y detallada cómo hacer las perforaciones y cómo obturarlas con la finalidad de minimizar los impactos negativos que necesariamente genera la actividad exploratoria. Es más, se estableció que, si durante la perforación se encontraba una capa freática, inmediatamente se aplicaría una “inyección de cemento” a fin de obturar definitivamente el pozo. En palabras simples, en el EIA se encuentran contemplados “el remedio y la enfermedad”, lo que ciertamente permite que el administrado, sin más trámite, pueda realizar la subsanación-material de la infracción. Sin perjuicio de que, al no realizar el cierre de las pozas de perforación dentro del plazo establecido, incrementó los niveles de riesgo de su operación.

Es importante destacar que el “riesgo leve” de la infracción fue determinado aplicando la “Metodología para la estimación del nivel de riesgo que genera el incumplimiento de las obligaciones fiscalizables”, la cual sirve

como herramienta para valorar la probabilidad de ocurra un impacto negativo, así como sus consecuencias en el ambiente. Es decir, es útil para brindar contenido a conceptos legales indeterminados como riesgo o daño ambiental.

Otro. *Caso N° 5 (¿peligro hipotético?)*: a un titular de la actividad de hidrocarburos se le imputó “no retirar el tanque [capacidad 7640 barriles] de las instalaciones de la planta de abastecimiento de combustibles, de acuerdo a lo establecido en su plan de abandono”. Sin embargo, en el expediente se acreditó que dicho tanque había sido retirado antes de la imputación de cargos, y en la medida que dicha infracción constituía un riesgo leve, el TFA determinó que correspondía aplicar el eximente de subsanación voluntaria y declarar el archivo del procedimiento sancionador (caso OEFA contra Consorcio Terminales).

Como se puede apreciar, ante la omisión del administrado de realizar acciones establecidas en su instrumento de gestión ambiental, la forma natural de subsanar dichos incumplimientos es ejecutándolos, pues esta ejecución forma parte de su Estrategia de manejo ambiental. Es decir, está descrito cómo realizar la subsanación-material. Además, en dichos casos se vio que los incumplimientos generaban únicamente un riesgo leve, por lo que era razonable que proceda la excusa absolutoria.

Veamos el *Caso N° 6 (¿peligro hipotético?)*: al titular minero se le imputa que «descarga flujos de agua provenientes de las pozas de sedimentación que captan las aguas de escorrentía... acción que contraviene lo establecido en el instrumento de gestión ambiental aprobado». El administrado acreditó que antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador cesó la descarga y procedió a derivar las aguas hacia un sistema de tratamiento, para posteriormente conducirla a un punto de vertimiento debidamente autorizado. La primera instancia consideró que en este caso el administrado debió acreditar una subsanación-formal, esto es modificar su EIA incluyendo un nuevo punto de descarga, por lo que denegó la excusa absolutoria. Contrariamente, el TFA consideró que para el presente caso era razonable aplicar el eximente por la subsanación-material que había realizado el administrado; por lo que revocó la declaración de responsabilidad administrativa (caso OEFA contra Minera La Zanja SRL).

### 5.2.3 Pecar por defecto vulnerando el Principio de prevención

Este es un supuesto de omisión que presenta características propias. Veamos el *Caso N° 7 (¿lesión?)*: al titular de una operación de hidrocarburos se le imputa como incumplimiento normativo el “no haber adoptado las medidas para evitar el impacto ambiental negativo generado como consecuencia del derrame de petróleo”. Es decir, la conducta infractora consiste en no haber realizado de manera preventiva (*ex ante*) el mantenimiento de los equipos, maquinarias y medios de transporte que expresamente estaban contemplados en su Estrategia de manejo ambiental para, precisamente, evitar el derrame; es decir, se le imputa haber realizado una conducta omisiva antes de la emergencia ambiental (Caso OEFA contra Savia Perú SAC).

La primera cuestión que se plantea es si el administrado, después de ocurrido el derrame, puede subsanar las causas que originaron el derrame, esto es la falta de mantenimiento. Evidentemente, podrá tomar muchas medidas correctivas, como reemplazar la parte de la tubería que colapsó y hasta aprobar un nuevo plan de mantenimiento anual que le asegure una mayor eficacia en el futuro, pero respecto de este accidente ambiental en particular ya no podrá tomar ninguna medida preventiva.

Es decir, sobre este extremo no cabe que el administrado invoque la subsanación voluntaria. Asimismo, no será pertinente que invoque que con anterioridad al derrame realizó una conducta diligente brindando mantenimiento a sus equipos, pues en el sector ambiental estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva, donde lo que se acredita es el nexo causal entre el impacto negativo y las operaciones del administrado en la unidad fiscalizable, no la diligencia (o la culpa) del administrado.

Una segunda cuestión que se plantea es por qué al administrado no se le imputó una acción: haber impactado negativamente el ambiente con el derrame producido. La respuesta es muy sencilla: el ordenamiento jurídico sectorial ambiental no está diseñado para que se impute una lesión al bien jurídico (contrariamente a otros sectores). Si vemos las normas tipificadoras ambientales, en ellas se establece como infracción “no realizar acciones de prevención”, como desarrollo del Principio de prevención contemplado en la *Ley General del Ambiente*; pues la prioridad es evitar que se produzca el daño ambiental.

Es más, una vez ocurrido el derrame es factible imputar al administrado el incumplimiento de una segunda obligación ambiental: no implementar adecuadamente sus planes de contingencia ambiental, esto es las acciones de minimización y rehabilitación que han sido previamente aprobadas por la Autoridad Certificadora. Nótese que, si bien están estrechamente vinculadas al derrame, las acciones de prevención

son materialmente distintas de las acciones de minimización y rehabilitación, y a su vez deben ser ejecutadas en tiempos distintos, esto es antes del derrame y después del derrame, respectivamente.

Recapitulando. Con relación a las obligaciones de hacer en el ambiente, en la Estrategia de manejo ambiental ya se encuentra establecido cuales son las acciones de minimización y rehabilitación que debe realizar el administrado al ejecutar su actividad económica. Por ello, ante una infracción ya sea por exceso o defecto, el administrado cuenta con una “guía”, un protocolo, para realizar la subsanación-material de su incumplimiento. Sin embargo, cuando se le imputa al administrado que no cumplió con realizar acciones preventivas contempladas en su instrumento de gestión ambiental, esta infracción es insubsanable pues debió ejecutarse, precisamente, antes de que ocurra la contingencia.

### 5.3 Infracciones relacionadas a obligaciones de no hacer en el ambiente

Entre otras normas, la *Ley General del Ambiente* establece que “las autoridades públicas adoptan medidas de protección especial para los ecosistemas frágiles, tomando en cuenta sus características y recursos singulares” (art. 99); es así que, en diversas normas sectoriales, se establecen diversas prohibiciones que los administrado bajo ningún termino podrían vulnerar. Por lo que la pregunta que surge es si, por definición, la vulneración de estas prohibiciones puede ser materia de subsanación o no.

Veamos el *Caso N° 8 (¿peligro concreto?)*: al titular minero se le imputa “implementar plataformas de perforación a menos de cincuenta (50) metros de un bofedal, incumpliendo lo previsto en sus instrumentos de gestión ambiental”. En el expediente se encuentra acreditado que dichas plataformas de exploración minera fueron cerradas antes de iniciado el procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo, el TFA, tomando en cuenta que el titular minero se encontraba prohibido de realizar actividades de exploración cerca de bofedales, conforme a los convenios internacionales y a la normatividad sectorial, concluye que dicha infracción administrativa por su gravedad es insubsanable (caso OEFA contra Compañía Minera Barbastro SAC).

En ese entonces, el vigente de *Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera* (2008) establecía como prohibición “realizar perforaciones en bofedales” (art. 11), por lo que el accionar del administrado jurídicamente no podría ser materia de subsanación-formal. Por otro lado, si bien el administrado alegó la subsanación-material de su conducta, cerrando las plataformas de exploración, lo cierto es que ilegalmente creo un riesgo no permitido en un ecosistema frágil. Recuérdese que la Estrategia de manejo ambiental que le fue aprobada no evaluó los riesgos ambientales de realizar perforaciones en las bofedales, y por lo mismo, las acciones de minimización y rehabilitación que implementó no necesariamente fueron las más adecuadas para devolverle la funcionalidad al ecosistema.

Estas prohibiciones también las podemos encontrar en otros sectores; por ejemplo, el *Reglamento para la protección ambiental en las actividades de Hidrocarburos* expresamente prohíbe que se lleve a cabo, entre otras, la “recolección de especies de flora y fauna silvestre, terrestre y acuática, mantenimiento de animales en cautiverio (...)” (art. 47). Obviamente, en un caso hipotético en que una vez detectada la infracción, el administrado alegue que ha liberado a las especies capturadas, esta circunstancia no podrá ser entendida como una subsanación-material de la infracción, pues la Estrategia de manejo ambiental no autorizó dicha captura y, por lo mismo, no estableció las acciones de minimización o rehabilitación más adecuadas para dicha conducta.

Contra lo expuesto, podría alegarse que la *Ley del Procedimiento Administrativo General* no impone ninguna limitación a la subsanación voluntaria y, por lo mismo, es legalmente viable que el administrado alegue a su favor la subsanación-material que habría realizado, aún en el caso de una prohibición.

Sobre el particular, debe recordarse que, conforme a la *Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental*, una infracción es subsanable en la medida que la acción u omisión “no haya generado riesgo, daños al ambiente o a la salud” (art. 11.1.b); y, si bien el contenido de dicha cláusula es bastante amplio, pues podría contener cualquier grado de infracción, la interpretaremos de manera restrictiva estableciendo dicha limitación únicamente para las conductas infractoras especialmente gravosas con el ambiente, esto es la vulneración de prohibiciones. Consideramos que esta interpretación está acorde con la voluntad del legislador que reguló en el año 2013 la subsanación voluntaria en materia ambiental y, a la vez, resulta pro administrado, pues le permite subsanar otro tipo de conductas menos dañinas.

Además, consideramos que esta interpretación es compatible con la regulación de la subsanación voluntaria contenida en la *Ley del Procedimiento Administrativo General* (art. 257.1.f) que como sabemos presenta un

texto bastante escueto. Es más, para alejar cualquier duda, debemos precisar que esta última norma de carácter general no ha derogado a la ley especial ambiental, por lo cual la interpretación de ambas debe darse de manera concordada.

Recordemos que, si bien la *Ley del Procedimiento Administrativo General* establece normas comunes y condiciones mínimas para todos los procedimientos, incluyendo los especiales (Art. II TP), también reconoce que continúan vigentes los procedimientos especiales que contengan una materia que justifique su existencia (1ra., DCD), Es decir, aquellos que tengan una singularidad propia que los distancie del régimen general, como es el procedimiento de fiscalización ambiental, que contiene múltiples particularidades, como son: un sistema de responsabilidad objetiva, la obligación legal de realizar acciones preventivas para que los riesgos ambientales no se materialicen, aplicar una Estrategia de manejo ambiental para restituir las cosas al estado anterior al del impacto negativo, más allá que este se deba a una infracción o al ejercicio legítimo de una actividad dentro de los límites permitidos, entre otros.

Recapitulando. Las infracciones relacionadas a obligaciones de no hacer en el ambiente son insubsanables, pues ilegalmente generan un riesgo muy alto, que como sociedad no estamos dispuestos a aceptar; prueba de ello es que el ordenamiento jurídico lo prohíbe expresamente; *más aún cuando* la Estrategia de manejo ambiental no contempla cómo minimizar o rehabilitar los posibles impactos ambientales negativos.

#### 5.4 Carga de la prueba

Finalmente, conforme a lo expuesto en el *Caso N° 9*, debe tenerse presente que “si bien inicialmente corresponde a la administración la carga de la prueba, una vez probada la existencia de la conducta infractora (...) corresponde [al administrado] acreditar la existencia de alguna causa excluyente de responsabilidad” (caso OEFA contra Kori Anta SAC). En tal sentido, los administrados que aleguen que han subsanado la conducta infractora deberán presentar los medios probatorios idóneos que permitan corroborar tal situación, como es el caso de *fotografías georreferenciadas y fechadas*, informes técnicos, entre otros documentos.

La importancia de presentar fotografías georreferenciadas se encuentra justificada en que, por lo general, las industrias extractivas desarrollan sus actividades en zonas alejadas y muy extensas, con paisajes monótonos, y lo único que permite contrastar la ubicación de las imágenes que presenta el administrado con la ubicación del componente fiscalizado son las coordenadas geográficas consignadas en el acta de supervisión.

#### 6. Conclusiones

La *Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental* y la *Ley del Procedimiento Administrativo General*, modificadas en los años 2013 y 2016, respectivamente, establecieron la subsanación voluntaria como un eximente de responsabilidad; sin embargo, no precisaron cuáles son sus alcances, por lo que esta excusa absoluta ha de evaluarse caso por caso.

Para efectuar, este análisis es recomendable clasificar las infracciones ambientales, conforme a la normatividad sectorial ambiental y a la Estrategia de manejo ambiental aprobada, en tres escenarios:

- (i) *Infracciones relacionadas a obligaciones de emitir comunicaciones a la Autoridad.* Donde sí solo se ha generado un peligro hipotético cabría la subsanación-formal; sin perjuicio, que el ordenamiento jurídico ha clasificado algunas infracciones como insubsanables, tales como solicitar la aprobación de un instrumento de gestión ambiental, luego de iniciadas las actividades;
- (ii) *Infracciones relacionadas a obligaciones de hacer en el ambiente.* Esto es cuando se ha incurrido en una omisión, la mayoría de las veces se encontrará en la Estrategia de manejo ambiental la “receta”, esto es el protocolo, para ejecutar las acciones de prevención, minimización y rehabilitación que debe ejecutar el administrado, por lo que procedería para estos casos una subsanación-material;
- (iii) *Infracciones relacionadas a obligaciones de no hacer en el ambiente.* Vinculadas directamente a prohibiciones expresas del ordenamiento, como no realizar exploración minera en bofedales, las cuales son infracciones insubsanables.

En atención a lo expuesto, la procedencia de la *subsanación voluntaria* en los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por infracciones ambientales detectadas en los sectores extractivos y productivos debe evaluarse caso por caso, existiendo tres respuestas posibles:

- (i) Procede la subsanación-formal, referida al inicio de trámites administrativos para obtener extemporáneamente, esto es “regularizar”, una licencia, autorización o concesión, como es el caso de los Programas Ambientales Detallados;
- (ii) Procede la subsanación-material, vinculada a realizar acciones de mitigación de los impactos negativos generados, así como la rehabilitación de la funcionalidad de los ecosistemas, por lo general contemplados en los propios instrumentos de gestión ambiental; y, finalmente,
- (iii) Hay infracciones insubsanables, como es no actuar acorde con el principio de prevención o incumplir prohibiciones expresas del ordenamiento jurídico.

## 7. Bibliografía

Aldana Durán, Martha Inés. “La necesidad de regular de forma prioritaria las medidas de prevención de la contaminación para lograr una mayor eficacia en la fiscalización ambiental minero-energético”. *Themis* N° 70 (2016): 279-289.

Foy Valencia, Pierre. *Tratado de derecho ambiental: Una lectura del derecho ambiental desde la Ley General del Ambiente*. Lima: Instituto Pacífico, 2018.

Franco López, Jonathan. *Evaluación de Impacto Ambiental: Técnicas y procedimientos metodológicos*. México: Trillas, 2015.

Gamarra Abarca, Sebastián. “De la indulgencia a la condena: la *responsive regulation* en el régimen de fiscalización ambiental en Perú”. *Themis* N° 74 (2019): 107-125.

Gómez Tomillo, Manuel e Íñigo Sanz Rubiales. *Derecho administrativo sancionador: Parte General*. Pamplona: Arazandi-Thomson Reuters, 2010.

Huapaya Tapia, Ramón, Lucio Sánchez Povis y Óscar Alejos Guzmán. “El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú”. En *El Derecho administrativo como instrumento de servicio al ciudadano: Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo*, 581-604. Lima: Palestra Editores, 2018.

Huayta Anchayhua, Fernando Paolo. “La configuración de la subsanación voluntaria de la conducta infractora como eximente de responsabilidad administrativa en la normativa y jurisprudencia de los Organismos Reguladores”. Tesis, Universidad Nacional San Agustín, 2018.

Landería Luri, Mertxe. “Las excusas absolutorias ¿sobrevenidas? Análisis y fundamentación material. Las ¿acciones contractuales?”. Tesis, Universidad del País Vasco, 2009.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador*, Segunda edición. Lima: MINJUS, 2017.

Neyra Cruzado, César. “Las condiciones eximentes de responsabilidad administrativa en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General y su incidencia en la legislación ambiental”. *Derecho PUCP* N° 80 (2018): 344-360.

Picoy Apolo, Flavia. “La subsanación voluntaria en el reglamento de supervisión ambiental y la vulneración al texto único ordenado de la Ley N°27444”. Tesis, Universidad César Vallejo, 2018.

Silva Torres, Beatriz Adriana. “Evaluación Ambiental: Impacto y Daño. Un análisis jurídico desde la perspectiva científica”. Tesis, Universidad de Alicante, 2012.

Torres Sánchez, Tessy. “¿Sálvese quien pueda! la elusión de la subsanación voluntaria como eximente de punición por parte de la administración”. *Themis* N° 74 (2018): 91-105.

## 8. Legislación

*Constitución Política del Perú*.

*Directiva para fortalecer el desempeño de la gestión ambiental sectorial*, aprobada por Resolución Ministerial N° 018-2012-MINAM, publicada en el diario oficial El Peruano el 28 de enero de 2012.

*Glosario de Términos para la Gestión Ambiental Peruana*, Ministerio de Ambiente, Dirección General de Políticas, Normas e Instrumentos de Gestión Ambiental del Ministerio de Ambiente. Lima, 2012. Recuperado de <http://siar.minam.gob.pe/puno/download/file/fid/59577>

*Glosario, Siglas y Abreviaturas del Subsector Hidrocarburos*, aprobado por Decreto Supremo N° 032-2002-EM, publicado en el diario oficial El Peruano el 23 de octubre de 2002.

*Guía Complementaria para la Compensación Ambiental: Ecosistemas Altoandinos*, aprobada por Resolución Ministerial N° 183-2016-MINAM, publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de julio de 2016.

*Ley del Procedimiento Administrativo General*, Ley N° 27444, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, publicado en el diario oficial El Peruano el 25 de enero de 2019.

*Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental*, Ley N° 27446, publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de abril de 2001.

*Ley del Sistema Nacional de Fiscalización Ambiental*, Ley N° 29325, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de mayo de 2009.

*Ley General del Ambiente*, Ley N° 28611, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre de 2005.

*Metodología para la estimación del nivel de riesgo que genera el incumplimiento de las obligaciones fiscalizables*, aprobado por Resolución N° 005-2017-OEFA/CD y cuya vigencia se mantiene en atención a la única disposición complementaria y derogatoria de la Resolución N° 006-2019-OEFA/CD, que aprobó el nuevo Reglamento de Supervisión, publicada en el diario oficial El Peruano el 17 de febrero de 2019.

*Régimen Común de Fiscalización Ambiental*, aprobado por Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM, publicado en el diario oficial El Peruano el 28 de agosto de 2013.

*Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera (derogado)*, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM, publicado en el diario oficial El Peruano el 2 de abril de 2008.

*Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental*, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, publicado en el diario oficial El Peruano el 25 de setiembre de 2009.

*Reglamento de Supervisión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-2019-OEFA/CD*, publicado en el diario oficial El Peruano el 17 de febrero de 2019.

*Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN (derogado)*, aprobado por Resolución de Consejo Directivo Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 233-2009-OS-CD, publicado en el diario oficial El Peruano el 11 de diciembre de 2009.

*Reglamento para el Cierre de Minas*, aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-EM, publicado en el diario oficial El Peruano el 16 de agosto de 2005.

*Reglamento para la subsanación voluntaria para incumplimientos de menor trascendencia (derogado)*, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD, publicado en el diario oficial El Peruano el 28 de noviembre de 2013.

*Reglamento para la protección ambiental en las actividades de Hidrocarburos*, aprobado por Decreto Supremo N° 039-2014-EM, publicado en el diario oficial El Peruano el 12 de noviembre de 2014.

## 9. Resoluciones administrativas

Caso OEFA contra Compañía Minera Barbastro SAC. Resolución N° 036-2017-OEFA/TFA-SMEPIM del 31 de agosto de 2017. Expediente N° 2173-2016-OEFA/DFSAL/PAS. Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

Caso OEFA contra Compañía Minera Santa Luisa S.A. Resolución N° 087-2017-OEFA/TFA-SMEPIM del 19 de diciembre de 2017. Expediente N° 1530-2016-OEFA/DFSAL/PAS. Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

Caso OEFA contra Consorcio Terminales. Resolución N° 036-2017-OEFA/TFA-SME del 28 de febrero de 2017. Expediente N° 1251-2016-OEFA/DFSAL/PAS. Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

Caso OEFA contra Kori Anta SAC. Resolución N° 043-2019-OEFA/TFA-SMEPIM del 30 de enero de 2019. Expediente N° 2376-2018-OEFA/DFSAL/PAS. Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.



Caso OEFA contra La Selva SA. Resolución N° 130-2019-OEFA/TFA-SMEPIM del 7 de marzo de 2019. Expediente N° 0553-2018-OEFA/DFAI/PAS. Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

Caso OEFA contra Minera La Zanja SRL. Resolución N° 150-2019-OEFA/TFA-SMEPIM del 20 de marzo de 2019. Expediente N° 357-2016-OEFA/DFSAI/PAS. Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

Caso OEFA contra Minera Yanacocha SRL. Resolución N° 021-2017-OEFA/DFSAI del 25 de abril de 2017. Expediente N° 1983-2016-OEFA/DFSAI/PAS. Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

Caso OEFA contra Savia Perú SAC. Resolución N° 29-2017-OEFA/TFA-SMEPIM del 9 de agosto de 2017. Expediente N° 1758-2016-OEFA/DFSAI/PAS. Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.