



## Hacia la mejora de la fiscalización ambiental de acuerdo con los estándares OCDE

*El autor analiza los principios de buena fiscalización ambiental y enforcement difundidos por la OCDE.*

Por **Editorial EnfoqueDerecho** - 25 octubre, 2018

“ *Jean Paul Calle, Master en Regulación por London School of Economics and Political Science (LSE) y actual Director Ejecutivo de Smart Regulation Peru.* ”

”

Hace unos días se realizó el lanzamiento del inicio del “Estudio de Fiscalizaciones y Cumplimiento Regulatorio en el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental del Perú (OEFA)” que realizará la OCDE, así como la presentación del “Kit de Herramientas de Fiscalizaciones y Cumplimiento Regulatorio de la OCDE”.

¿Qué significa esto para la OEFA? Significa que será la primera entidad pública (a nivel internacional incluso según se informó en el evento de lanzamiento), cuya actividad de fiscalización será evaluada bajo el “*Toolkit for Enforcement and Inspection*” que ha sido publicado en agosto de este año por la OCDE[1].

Este toolkit ofrece un checklist de 12 criterios que se relacionan, a su vez, con los principios para una buena fiscalización y enforcement regulatorio difundidos por la OCDE en el 2014 (“*Regulatory Enforcement and Inspections, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy*”)[2]. Estos criterios son los siguientes[3]:

**(1) Enforcement basado en la evidencia:** la decisión sobre qué y cómo supervisar debe estar sustentada en data y los resultados obtenidos deben ser evaluados regularmente.

**(2) Selectividad:** las inspecciones y el enforcement deben proceder donde sea estrictamente necesario, debiendo dejar espacio para que el cumplimiento regulatorio sea promovido por el sector privado y la sociedad civil cuando sea posible.

**(3) Enfoque de riesgo y proporcionalidad:** la fiscalización necesita adoptar un enfoque de riesgos y ser proporcional con el nivel de riesgo que se enfrenta, siendo que la labor fiscalizadora debe estar orientada a reducir dicho riesgo.

**(4) Regulación responsiva:** las inspecciones tienen que modularse dependiendo del perfil y la conducta específica de las firmas reguladas.

**(5) Visión de largo plazo:** los gobiernos deben adoptar políticas en materia de enforcement e inspecciones y establecer mecanismos institucionales con objetivos claros y una hoja de ruta de largo plazo.

**(6) Coordinación y consolidación:** se debe evitar la duplicación y yuxtaposición de funciones entre entidades fiscalizadoras, así como promover la coordinación interinstitucional, a fin de asegurar un buen uso de los recursos públicos, la minimización de cargas sobre las firmas reguladas y la maximización de su efectividad.

**(7) Gobernanza transparente:** debe haber políticas que promuevan el profesionalismo y una gestión basada en resultados. Se debe evitar la interferencia política y el cumplimiento regulatorio debe ser premiado.

**(8) Integración de la información:** las TICs deben ser utilizadas para maximizar el enfoque basado en riesgos, la coordinación e intercambio de información, así como el uso óptimo de los recursos.

**(9) Proceso con reglas claras y justas:** debe existir una legislación coherente que organice las inspecciones y que articule de manera adecuada los derechos y obligaciones de los reguladores y de los sujetos regulados.

**(10) Promoción del cumplimiento:** el cumplimiento regulatorio debe ser promovido a través del uso apropiado de lineamientos, toolkits and checklists.

**(11) Profesionalismo:** los fiscalizadores deben ser entrenados para asegurar su profesionalismo, integridad, consistencia y transparencia.

**(12) Evaluación realista:** se debe evaluar el desempeño de los fiscalizadores y el sistema del enforcement en general, en términos de satisfacción a sus grupos de interés relevantes (“stakeholders”), eficiencia (costos y beneficios), y efectividad integral (seguridad, salud, protección del medio ambiente, etc).

La aplicación de este toolkit al caso de OEFA contribuirá, sin duda, a la mejora de la fiscalización ambiental acorde con las mejores prácticas internacionales, pero ciertamente esta contribución también deberá extenderse, en su momento, a otros fiscalizadores (por ejemplo, Sunafil, Sutran, Sanipes, Indecopi, Organismos Reguladores, etc).

Consideramos que este Estudio sobre fiscalizaciones de la OCDE servirá para ver y tratar a la fiscalización de una manera distinta. La fiscalización no es un fin en sí mismo sino más bien es (y debe ser) un instrumento para lograr el cumplimiento de las regulaciones, teniendo como finalidad última la tutela de los bienes jurídico-protegidos (la salud, seguridad, medio ambiente, mercado, etc). Por ello, los fiscalizadores deben dejar atrás la idea de que el cumplimiento normativo se consigue necesariamente a través de la represión o sanción administrativa como primera medida. La misión del fiscalizador no es encontrar culpables, sino más bien fomentar que el cumplimiento normativo se haga de manera voluntaria por los sujetos regulados. Para ello, los fiscalizadores deben actuar de manera “responsiva” y adoptando un enfoque de gestión de riesgos.

Un fiscalizador responsivo debe estar en capacidad de dar un trato diferenciado entre aquellos sujetos regulados que cumplen (o que tienen bajo riesgo de incumplimiento) y los reacios a cumplir (o que tienen un alto riesgo de incumplimiento). Asimismo, el fiscalizador debe implementar una estrategia mixta: “zanahoria y garrote”. Es decir, debe hacer cumplir la regulación utilizando la persuasión cuando corresponda, pero reteniendo la posibilidad de ir escalando hacia la adopción de advertencias y luego sanciones drásticas cuando la primera medida falla[4].

Por otro lado, los fiscalizadores deben priorizar sus intervenciones de acuerdo con una matriz de riesgos, lo cual exige que tengan que identificar, evaluar, gestionar y mitigar los riesgos que enfrentan según el perfil de riesgo de los sujetos regulados. Con ello se podrá determinar la frecuencia de fiscalización y presupuesto de acuerdo con el riesgo enfrentado: mayor riesgo implicará una fiscalización más intensiva y con mayor presupuesto.

Lo anterior, por cierto, ya encuentra sustento en el TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, dado que su artículo 137 establece que la actividad de fiscalización debe hacerse bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención y gestión del riesgo y de tutela de los bienes jurídicos protegidos[5]. En tal sentido, existe el escenario propicio para que los principios y toolkit de buena fiscalización de la OCDE se implementen en línea con el marco normativo vigente.

Finalmente, dado que la fiscalización busca asegurar el cumplimiento de las normas, es indispensable no perder de vista que tanto la etapa de elaboración normativa como la etapa de implementación y cumplimiento (fiscalización) deben estar adecuadamente coordinadas dentro del ciclo de la gobernanza regulatoria, a fin de evitar fallas en la intervención estatal.

En efecto, este concepto del “ciclo de gobernanza regulatoria” genera la necesidad de que se coordinen las acciones regulatorias, comenzando con el diseño y desarrollo de nuevas regulaciones, la revisión y simplificación de regulaciones existentes, continuando con la implementación y *enforcement* y cerrando el ciclo con el monitoreo y evaluación regulatoria ex post<sup>[6]</sup>; por lo cual es necesario gestionar ese ciclo – esto es, las etapas por las que atraviesa toda regulación-, para lograr la toma de decisiones basada en evidencia y con ello una mejora continua del ciclo regulatorio (“*regulatory management system*”).

Lo anterior lleva a considerar que los mecanismos bajo los cuales se exigirá el cumplimiento regulatorio y como se hará la fiscalización, deben definirse, ex ante, durante el mismo proceso de formulación del Análisis de Impacto Regulatorio (conocido como RIA por sus siglas en inglés). Afortunadamente en el Perú ya existe la obligación de aplicar RIA (ex ante y ex post) en el momento de la formulación normativa, de acuerdo con lo previsto en el reciente Decreto Legislativo N° 1448, por lo que existirá el espacio (una vez que se aprueben los lineamientos respectivos por parte del Poder Ejecutivo) para definir las estrategias de fiscalización de manera temprana (antes de que se tome la decisión normativa) y coherente con la necesidad de asegurar el cumplimiento regulatorio de una manera eficiente y efectiva.

---

[1] Documento disponible en:

<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/oecd-regulatory-enforcement-and-inspections-toolkit-9789264303959-en.htm> consultado el 19 de octubre de 2018.

[2] Documento disponible en:

[http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/regulatory-enforcement-and-inspections\\_9789264208117-en#page4](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/regulatory-enforcement-and-inspections_9789264208117-en#page4) consultado el 19 de octubre de 2018.

[3] Se hace traducción libre del reporte en inglés.

[4] Ver Ayres, Ian y Braithwaite, J. (1992), *Responsive regulation: transcending the deregulation debate* (Oxford: University Press US), pp.101-102.

[5] Ver Calle, Jean Paul y Roca Fabian, Javier. “¿Qué es la fiscalización bajo el enfoque de cumplimiento normativo, de prevención y de gestión del riesgo?, Enfoque Derecho, agosto 2017.

[6] Ver OECD (2011), "*Regulatory Policy and Governance. Supporting Economic Growth and Serving the Public Interest*", p. 74. Disponible en: [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/regulatory-policy-and-governance\\_9789264116573-en#.V82MVI97IU](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/regulatory-policy-and-governance_9789264116573-en#.V82MVI97IU) consultado el 19 de octubre de 2018.

**Editorial EnfoqueDerecho**