

4

Enfoque de riesgo y proporcionalidad

El capítulo explica la relevancia de la estrategia del enfoque de riesgo y proporcionalidad, como un principio para promover el cumplimiento de las regulaciones y llevar a cabo fiscalizaciones efectivas y proporcionales. Proporciona un análisis de las prácticas del OEFA alineado con este principio y concluye con una evaluación y una serie de recomendaciones para integrar un enfoque de riesgo y proporcionalidad en las prácticas de fiscalización.

La promoción del cumplimiento debe basarse en riesgo y ser proporcional: la frecuencia de las inspecciones y los recursos empleados deben ser proporcionales al nivel de riesgo y las acciones para la promoción del cumplimiento deben enfocarse en reducir el riesgo que representa el incumplimiento (OECD, 2014^[11]), (OECD, 2018^[21]).

Este principio implica que la legislación aplicable permite y requiere un enfoque de riesgo y una proporcionalidad de riesgo. La legislación debe permitir la selectividad en las visitas de fiscalización y la diferenciación en la respuesta del cumplimiento. Lo primero significa que no todo el universo de sujetos regulados debe ser fiscalizado, mientras que lo segundo implica permitir la adaptación a circunstancias y la proporcionalidad, siempre y cuando sean claros los criterios.

Es importante la existencia de un enfoque común de la evaluación y la gestión de riesgos. Si no es posible un enfoque común, es conveniente que al menos haya una comprensión y prácticas similares en los distintos sectores y ámbitos de reglamentación.

El riesgo debe entenderse como una combinación de la probabilidad de que se produzca algún acontecimiento adverso con la posible magnitud y gravedad de las consecuencias de ese acontecimiento (daño). De esta forma, un alto riesgo es muy diferente de una alta probabilidad de violación. Es importante disponer de un conjunto oficial de instrumentos y métodos para evaluar y clasificar los riesgos y determinar la respuesta apropiada.

En un buen sistema de supervisión, la mayoría de las fiscalizaciones deben ser proactivas y el enfoque de las fiscalizaciones, debe basarse eficazmente en el riesgo. Los factores de riesgo que se tienen en cuenta para la selección de objetivos deben incluir, como mínimo, el riesgo intrínseco de la actividad, el alcance de las operaciones, los factores de vulnerabilidad (ubicación, población atendida) y los antecedentes. Incluso cuando se reciben quejas u otra información, una metodología basada en el riesgo debe informar la realización de fiscalizaciones reactivas: fiabilidad o credibilidad de la información, gravedad del riesgo expuesto en la queja y antecedentes y/o quejas anteriores, entre otros.

Las decisiones de promoción de cumplimiento deben basarse en la proporcionalidad de los riesgos. La evaluación de un establecimiento debe considerar cualquier violación y sus características. El fiscalizador debe considerar si estas violaciones son parte de un patrón, si reflejan un comportamiento imprudente deliberado o si estas son errores que el operador está listo para corregir lo más pronto posible. El fiscalizador también debe evaluar si esas violaciones crean realmente daños o riesgos graves para el bienestar público (por ejemplo, el medio ambiente) y la magnitud de los riesgos. En la medida de lo posible, debe haber lineamientos oficiales que aclaren cómo funciona la proporcionalidad de los riesgos y cómo deben adoptarse las decisiones de aplicación.

La comunicación de riesgos es esencial y uno de sus elementos clave es aclarar que el control de riesgos no puede llevarse a cabo solo por los fiscalizadores. Por tanto, este enfoque debe comunicarse de manera clara y activa a todos los actores interesados, con una visión a controlar las expectativas y mejorar los resultados. En el caso de las fiscalizaciones y de las actividades de ejecución, esto significa transparencia sobre los criterios de riesgo para legitimar la discreción, claridad sobre las limitaciones en materia de prevención de riesgos para garantizar que las expectativas se gestionen correctamente y mejor información sobre los principales riesgos para mejorar el cumplimiento de los requisitos fundamentales y mejorar los resultados. Dicha información debe dirigirse a todos los actores interesados clave: operadores de negocios, consumidores, trabajadores, ciudadanos.

Acercamiento al riesgo: principios rectores y entendimiento común

La legislación aplicable y las regulaciones (y directrices) internas del OEFA permiten (y en algunos casos requieren) el enfoque de riesgo y proporcionalidad.

- La LGA prevé que el diseño y la aplicación de las políticas públicas consideren la prevención de los riesgos y daños ambientales (Art. 11.d). También prevé la proporcionalidad de las intervenciones relacionadas al cumplimiento (Art. 11.h).
- El Reglamento de Supervisión del OEFA anticipa un enfoque basado en riesgos entre sus principios rectores: “En el ejercicio de la supervisión se toma en consideración el riesgo ambiental que pueda generar el desarrollo de la actividad del administrado, teniendo en cuenta el nivel de sus consecuencias, así como la probabilidad de su ocurrencia” (Art. 4.d).
- El riesgo también es un principio subyacente en la ley del SINEFA (Art. 11 y 22.A.).
- La gran mayoría de las disposiciones relacionadas con la imposición de sanciones y medidas se refiere a los riesgos como el factor fundamental sobre el cual esas se aplicarán y calcularán.

La directiva del OEFA muestra un fuerte apoyo para un enfoque basado en riesgos. El Art. 4 del Reglamento de Supervisión del OEFA estipula una definición de riesgo que se alinea con las buenas prácticas internacionales. Existen varios ejemplos de herramientas y métodos adoptados para asegurar un entendimiento común y armonizado de los riesgos. Se han introducido los criterios de riesgo para los diferentes sectores de competencia del OEFA (OEFA, 2018, pp. 41, 45, 49, 53, 57, 61, 65, 69 and 73^[3]).

Cabe destacar que en el PLANEFA de 2019 del OEFA, se hizo un esfuerzo para utilizar criterios estrictamente empíricos y basados en hechos para planear las actividades relacionadas a la fiscalización. Estas fiscalizaciones se relacionan con sectores económicos específicos bajo la cobertura del OEFA y contrastan con la experiencia de años previos en los cuales la planeación dependía en gran medida de los conflictos socio-ambientales. Por ejemplo, planear las fiscalizaciones de establecimientos de pesca industrial y acuicultura depende de lo siguiente: a) el riesgo de impacto en el agua debido a las aguas residuales; b) el riesgo de impacto en el aire por las emisiones; c) los registros con las presuntas infracciones implicando un riesgo moderado y significativo (OEFA, 2018, p. 53^[3]). Este ejemplo muestra el uso de criterios que se basan en la evidencia irrefutable y que reflejan los riesgos que son inherentes a esta área económica particular. Este también es el caso para otros sectores como electricidad, hidrocarburos, manufactura y comercio interno (OEFA, 2018, pp. 49, 45 and 57^[3]).

La mayoría de los criterios reflejan los riesgos inherentes para cada sector. Algunos de los elementos incluyen puntos de vertido en los efluentes por las actividades mineras,¹ suelos con presencia de hidrocarburos, instalaciones abandonadas y criterios generalmente considerados en las buenas prácticas internacionales, como la historia del cumplimiento de los operadores económicos. No obstante, algunos podrían revisarse y mejorarse (véase Capítulo 2 sobre el Cumplimiento basado en la evidencia).

También se han preparado en un breve período directrices para la herramienta de planificación de las inspecciones (es decir, las directrices de PLANEFA y el manual pertinente) basadas en la priorización de los riesgos. Otras herramientas que se han adoptado incluyen metodologías para: a) evaluar la gravedad del incumplimiento basándose en los criterios de riesgo predefinidos y b) calcular las multas que reflejen la proporcionalidad de riesgos (para obtener detalles véase el Capítulo 5 sobre Regulación responsiva). La Metodología para la estimación del riesgo ambiental es una herramienta en línea que considera la gravedad de las consecuencias y la probabilidad de que ocurran impactos negativos para calcular automáticamente el nivel de riesgo (alto, medio o bajo) (OEFA, n.d.^[4]). Para determinar la gravedad de las consecuencias, el OEFA considera factores como la cantidad, la amplitud, el nivel de peligro y el tipo de daño ambiental en cuestión, mientras que la probabilidad de un impacto negativo se divide en cinco categorías.

Con base en el resultado de esta evaluación, el incumplimiento se considerará grave (para el riesgo alto y medio) o no grave (cuando el riesgo se evalúe como bajo). Si bien se trata de un instrumento muy útil, sería conveniente perfeccionarlo, permitiendo una mayor gradación entre los niveles de riesgo. Lo que es más importante, la forma en que se hace el cálculo da lugar a que la mayoría de las situaciones correspondan a “infracciones graves”.

Tabla 4.1. Asistentes a los talleres de diseminación y capacitación en la metodología de riesgos del OEFA

Año y tema	Regulados	Colaboradores del OEFA	Asistentes totales	Horas totales
2017	30	56	86	11
Metodología de medición de riesgos	30	56	86	11
2018	305	138	443	56
Metodología de medición de riesgos	155	0	155	24
Metodología de medición de riesgos y cálculo de multas	150	138	288	32
Total	335	194	529	67

Fuente: OEFA (n.d.[5]), Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, <https://www.gob.pe/minam/oeffa> (acceso el 14 de octubre de 2019).

El OEFA está haciendo un esfuerzo para informar al sector privado y a otros actores interesados sobre la estrategia y los métodos que sigue. La estrategia de difusión incluye la publicación de documentos relevantes así como talleres y conferencias para comunicar sobre la metodología de medición de riesgos y el cálculo de multas (véase la Tabla 4.1).

Proactivas dirigidas a prevenir riesgos

Por lo que se pudo observar, las fiscalizaciones en el sitio realizadas por los fiscalizadores del OEFA también se centran en los riesgos, al menos en gran medida. Antes de la fiscalización, se estudian las características y la información disponible sobre el establecimiento regulado (incluyendo los IGA) para identificar los elementos que merecen una atención especial. Características como la gestión de riesgos en los puntos de producción más sensibles, los procesos y los IGA son los puntos centrales de la fiscalización. El resultado de este proceso de preparación es un plan de fiscalización (plan de supervisión), que es una lista de los elementos que requieren una atención especial durante una fiscalización específica. Sin embargo, algunos aspectos de la fiscalización continúan con una tendencia a ser más formales. Por ejemplo, la verificación del requisito formal consume una gran cantidad de tiempo, por lo que necesita evaluarse la relevancia de las cargas que crea el control de riesgos presencial. También queda por determinarse a qué grado otras EFA, en especial las locales, utilizan un enfoque y proceso similar.

En la actualidad, el OEFA considera los conflictos socio-ambientales, las quejas, los registros de cumplimiento y las sanciones como factores de riesgo y criterios de priorización para planear las fiscalizaciones. Es probable que los conflictos socio-ambientales y las quejas resulten de una mezcla de hechos y percepciones, lo que puede introducir factores de confusión durante el ejercicio de priorización. Además, parece haber una diferenciación insuficiente en cuanto al tipo de incumplimiento y las sanciones y, por consiguiente, sobre el nivel de los riesgos implicados.

En la práctica, el PLANEFA del OEFA para el 2019 se basa en cuatro criterios de priorización general: a) las oportunidades de diálogo² relacionadas a conflictos socio-económicos; b) los resultados de acciones pasadas del OEFA; c) las solicitudes de otras entidades públicas; y d) la percepción pública de la calidad ambiental, medida por el número y contenido de quejas. Los criterios de priorización siguen requiriendo incluir elementos que pertenezcan a los riesgos y al alcance intrínseco de las operaciones entre otros. La planeación se basa más en los riesgos cuando utiliza criterios para sectores específicos, debido a que se considera un número de riesgos intrínsecos (tipología de actividades). Sin embargo, la evaluación de la competencia gerencial de los operadores permanece en su mayoría ausente, así como si la operación se encuentra en un lugar crítico o no.

La mayoría de las fiscalizaciones que realiza el OEFA son regulares, proactivas y planificadas. Durante el primer trimestre de 2019, aproximadamente el 40% de las fiscalizaciones realizadas por el OEFA fueron especiales (OEFA, 2019^[6]). La proporción de fiscalizaciones especiales varía mucho de un sector específico a otro. Por ejemplo, la proporción de fiscalizaciones reactivas en el sector minero, durante el primer trimestre 2019 fue del 77%, mientras que las especiales solo representaron 9% de aquellas realizadas en el sector de desechos sólidos durante el mismo periodo. La información compartida por el OEFA en julio de 2019 muestra que aproximadamente el 30% de las fiscalizaciones especiales realizadas se basan en las quejas, 30% en emergencias ambientales y 20% en solicitudes de intervención de otras autoridades públicas, que no se evalúan más a fondo.

Se ha desarrollado un sistema de control para quejas.³ A nivel central, los funcionarios evalúan las quejas recibidas a través del SINADA, el procedimiento se enfoca principalmente en redirigir las quejas a las autoridades competentes y en asegurarse de que se completen formalmente. Posteriormente, se consideran varios criterios para una evaluación más profunda de la queja.

1. Riesgo de impacto sobre el ambiente, o sus componentes, la salud humana de vidas dentro del alcance relevante de las competencias
2. Existencia de inspecciones previas
3. Existencia de quejas previas
4. Presencia de conflictos socio-ambientales
5. Vulnerabilidad del área (área natural protegida o área urbana natural)
6. Credibilidad de la queja
7. Impacto en los medios

Se ha asignado una puntuación a cada criterio dependiendo de su “peso” en la evaluación general. El resultado de esta evaluación determinará si es necesaria una inspección y la clase de inspección dependiendo del nivel de riesgo general obtenido.⁴ Véase el Recuadro 4.1 para un ejemplo internacional de un sistema de gestión de quejas.

Recuadro 4.1. Gestión de quejas en la Ley de Supervisión de 2018 de Grecia

Las quejas relacionadas con la actividad de un operador económico o establecimiento pueden ser presentadas por cualquier persona física o jurídica a la autoridad supervisora competente por cualquier medio de comunicación disponible (por ejemplo, correo electrónico, por escrito o vía telefónica).

Las quejas se evalúan de acuerdo con los siguientes criterios:

1. Compatibilidad con el alcance de la competencia de la autoridad supervisora.
2. Su contenido presumiblemente no fundamentado o no sustanciado
3. Presentación de los datos necesarios para permitir que se realice una inspección o estudio en el sitio
4. La evaluación principal de que le informe constituye una violación de la legislación
5. El grado al cual se repite el incidente
6. El tiempo que ha transcurrido desde el descubrimiento del problema
7. La evaluación del grado de riesgo con respecto a los efectos directos o indirectos sobre el público, u otro aspecto del interés público
8. El grupo de consumidores que están expuestos al peligro y el posible uso por parte de grupos vulnerables

9. Los resultados de las pruebas de una muestra suministrada
10. Su credibilidad cuando se presentan de un sometimiento repetido por medio de la misma queja sin haber demostrado su exactitud durante las inspecciones previas

Tras la evaluación señalada en el párrafo anterior y en función de la gravedad de la denuncia, la autoridad supervisora procederá a una o más de las siguientes acciones:

- a. Archivo de la queja
- b. Registro de la queja para la actividad en cuestión, que puede examinarse dentro del contexto del programa de fiscalización más amplio
- c. Investigación con prioridad inmediata que puede incluir una inspección en el sitio
- d. Informar a la autoridad competente si esto pertenece a una queja presentada *ultra vires*

No se requiere que las autoridades supervisoras respondan individualmente o realicen una fiscalización en el sitio tras cada queja, ni tampoco que envíen una respuesta al demandante, a menos que la legislación pertinente estipule lo contrario para una zona de supervisión concreta.

La autoridad supervisora proporcionará los recursos humanos y materiales necesarios para el control y la evaluación de las quejas relacionadas a la actividad de los operadores económicos. La autoridad supervisora proporcionará la capacitación apropiada al personal que realice la evaluación de las quejas.

La autoridad supervisora también puede evaluar otra información de la que tenga conocimiento por iniciativa propia, como publicaciones en los medios masivos, los medios de redes sociales u otros medios que se manejarán de acuerdo con la forma en la que la autoridad supervisora evalúe las quejas.

Fuente: investigación propia de la OCDE, basada en las prácticas de Grecia y el Art. 140 de la Ley de Supervisión, Parte D de la Ley Ómnibus 4512/2018.

Como lo reconoce la gerencia del OEFA durante las misiones de investigación, las actividades relacionadas con la fiscalización aún están por volverse más proactivas y preventivas, y siguen siendo en gran medida reactivas. Para una agencia tan nueva como el OEFA, esto resulta comprensible. El OEFA ha comenzado recientemente a trabajar hacia la implementación de los principios de buenas prácticas, ha hecho esfuerzos para recolectar los datos relevantes y se mueve en un país donde las operaciones económicas pueden tener un impacto negativo en el medio ambiente y en las comunidades aledañas. Sin embargo, los esfuerzos deben perseguirse activamente para garantizar que el enfoque y las operaciones subsiguientes avancen de medidas reactivas a preventivas para evitar daños de una manera más efectiva.

Evaluación

La legislación aplicable y la regulación interna y las guías del OEFA permiten centrarse en los riesgos y la proporcionalidad. Estos son algunos de los principios rectores de las actividades de fiscalización y cumplimiento. El riesgo se define de acuerdo con las buenas prácticas.

El OEFA ha desarrollado una serie de herramientas (por ej., metodología para imponer sanciones basándose en los riesgos existentes, los criterios de priorización para planear las fiscalizaciones) para promover un enfoque común hacia la proporcionalidad y el enfoque en los riesgos. No obstante, algunos de los criterios empleados (conflictos socio-ambientales, quejas y solicitudes de otras autoridades) deben

revisarse para garantizar que los elementos que se considerarán pertenezcan a la evidencia irrefutable donde se dejan atrás los componentes de las percepciones.

La mayoría de las fiscalizaciones son regulares (planeadas). La focalización de las fiscalizaciones se basa en gran medida en el riesgo para sectores específicos, como los hidrocarburos o la electricidad. Un sistema de gestión de quejas se encuentra instaurado y se está mejorando en la actualidad. Sin embargo, es preciso seguir esforzándose por asegurar que en la planificación de las fiscalizaciones periódicas se tengan más en cuenta los factores de riesgo intrínsecos y los datos cuantitativos. Además, la prominencia de las quejas debería ser un motor menos dominante de la planificación de las fiscalizaciones.

El OEFA ha desarrollado herramientas y metodologías para evaluar los riesgos y los efectos potenciales del incumplimiento para garantizar que las decisiones de cumplimiento se basen en la proporcionalidad de los riesgos. Aún se deben desarrollar más estas metodologías para permitir más diferenciación de riesgos y evitar que la mayoría de las evaluaciones se clasifiquen como incumplimiento serio.

Los riesgos en sí mismos, la estrategia de control de riesgos y el enfoque de cumplimiento basado en riesgos se comunican a los actores interesados de una manera clara y activa. Aunque el OEFA considere las reacciones de los actores interesados, la agencia se beneficiaría de hacerlo, no solo a través de consultas *ex ante*.

Recomendaciones

- Es necesario que el sistema SINEFA confíe más en criterios de priorización empíricos y basados en hechos a medida que se recopilan los datos. Además, el riesgo que representa debe considerarse sistemáticamente; por ejemplo, al utilizar el número de sanciones como un criterio de priorización, debe considerarse la gravedad de violaciones.
- Asegurarse de que la planeación de las fiscalizaciones se base siempre en los riesgos, haciendo uso de evidencia irrefutable y medible, la vulnerabilidad del lugar y el control de riesgos del operador deben ser tomados en cuenta. Esto aplica no solamente para los criterios de priorización para sectores específicos bajo el alcance de responsabilidad del OEFA, sino también a los “criterios genéricos”.
- Apuntar a aumentar la proporción de fiscalizaciones basadas en el riesgo utilizando evidencia irrefutable y medible. Esto debería conducir a una reducción de la proporción de fiscalizaciones reactivas. El perfeccionamiento de la evaluación de las denuncias y del proceso de gestión es un paso hacia la mejora del sistema. Estas mejoras deben tener en cuenta criterios predefinidos adecuados, las solicitudes de intervención de otras autoridades y las emergencias.
- La metodología utilizada para evaluar los riesgos y la seriedad resultante del incumplimiento podría desarrollarse y refinarse más para establecer una mayor diferencia entre los niveles de riesgo y los niveles de incumplimiento.

Referencias

- OECD (2018), *OECD Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit*, OECD Publishing, Paris, [2]
<https://dx.doi.org/10.1787/9789264303959-en>.
- OECD (2014), *Regulatory Enforcement and Inspections*, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, OECD Publishing, Paris, [1]
<https://dx.doi.org/10.1787/9789264208117-en>.
- OEFA (2019), *OEFA en Cifras, 1 Trimestre 2019. Reporte Estadístico*, [6]
http://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=34939 (accessed on 14 October 2019).
- OEFA (2018), *Plan Anual de Evaluación y Fiscalización Ambiental del OEFA - PLANEFA 2019*, [3]
<https://www.oefa.gob.pe/planeфа/planeфа-2019> (accessed on 14 October 2019).
- OEFA (n.d.), *Metodología para la estimación del riesgo ambiental*, [4]
<https://www.oefa.gob.pe/metodologia-para-la-estimacion-del-riesgo-ambiental> (accessed on 14 October 2019).
- OEFA (n.d.), *Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental*, [5]
<https://www.gob.pe/minam/oefa> (accessed on 14 October 2019).

Notas

¹ N.B. en cualquier caso, no se trata de un criterio totalmente claro, se refiere a los puntos de vertido que son inadecuados o que carecen de tratamiento de aguas o a los puntos de vertido que son un punto de control clave (en cuyo caso esto sería más bien un punto de una lista de verificación). Los criterios de riesgo ganarían si se hicieran más precisos.

² Esto se refiere a los esfuerzos de comunicación, compromiso e información llevados a cabo y/o planificados para resolver conflictos socio-ambientales, y que involucran a los diferentes actores, en particular

³ OEFA, *Lineamiento de Atención a Denuncias*, que se va a incorporar en el Manual de Procedimiento de Inspecciones, que se está elaborando actualmente.

⁴ Cabe destacarse que existen inconsistencias en la información obtenida sobre el sistema de gestión de quejas respecto a algunos de los criterios utilizados para la evaluación y respecto a la forma en la que se programan las inspecciones basándose en la evaluación.



From:
Regulatory Enforcement and Inspections in the Environmental Sector of Peru

Access the complete publication at:

<https://doi.org/10.1787/54253639-en>

Please cite this chapter as:

OECD (2020), “Enfoque de riesgo y proporcionalidad”, in *Regulatory Enforcement and Inspections in the Environmental Sector of Peru*, OECD Publishing, Paris.

DOI: <https://doi.org/10.1787/a0f98970-es>

El presente trabajo se publica bajo la responsabilidad del Secretario General de la OCDE. Las opiniones expresadas y los argumentos utilizados en el mismo no reflejan necesariamente el punto de vista oficial de los países miembros de la OCDE.

This document, as well as any data and map included herein, are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area. Extracts from publications may be subject to additional disclaimers, which are set out in the complete version of the publication, available at the link provided.

The use of this work, whether digital or print, is governed by the Terms and Conditions to be found at <http://www.oecd.org/termsandconditions>.