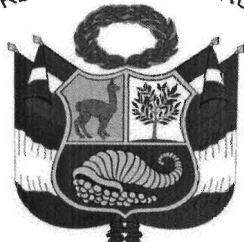


REPÚBLICA DEL PERÚ



# Tribunal de Fiscalización Ambiental

## Resolución N° 075-2012-OEFA /TFA

Lima, 31 MAYO 2012

### VISTO:

El Expediente N° 93-08-MA/E que contiene el recurso de apelación interpuesto por NYRSTAR CORICANCHA S.A. (en adelante, NYRSTAR CORICANCHA) contra la Resolución Directoral N° 051-2012-OEFA/DFSAI de fecha 21 de marzo de 2012 rectificada por Resolución Directoral N° 074-2012-OEFA/DFSAI de fecha 04 de abril de 2012; y el Informe N° 079 -2012-OEFA/TFA/ST de fecha 25 de mayo de 2012;

### CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución Directoral N° 051-2012-OEFA/DFSAI de fecha 21 de marzo de 2012 (Fojas 112 a 114), notificada con fecha 23 de marzo de 2012, y rectificada<sup>1</sup> por la Resolución Directoral N° 074-2012-OEFA/DFSAI de fecha 04 de abril de 2012 (Fojas 121 a 122), notificada con fecha 04 de abril de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos impuso a NYRSTAR CORICANCHA una multa de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por la comisión de una (01) infracción grave; conforme se detalla a continuación:

HECHO IMPUTADO	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
En el punto de monitoreo E-07, (Código MEM P-10N) correspondiente al efluente	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM <sup>3</sup>	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo	50 UIT

<sup>1</sup> Resolución Directoral N° 074-2012-OEFA/DFSAI rectifica el error material incurrido en la Resolución Directoral N° 051-2012-OEFA/DFSAI consignando el nombre de la empresa como consecuencia del cambio de razón social de la misma.

<sup>3</sup> DECRETO SUPREMO N° 011-96-EM. APRUEBAN LOS NIVELES MÁXIMOS PERMISIBLES PARA EFLUENTES LÍQUIDOS MINERO-METALÚRGICOS.

Artículo 4°.- Los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado a partir de la muestra recogida del efluente minero-metalúrgico, no excederán en ninguna oportunidad los niveles establecidos en la columna "Valor en cualquier Momento", del Anexo 1 ó 2 según corresponda.

de descarga de la Planta de Aguas Acidas de la UEA Tamboraque, que descarga al río Rimac se reportó un valor de 1.686mg/L para el parámetro Cu que excede el Límite Máximo Permisible establecido en la columna "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM <sup>2</sup>		de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM <sup>4</sup>	
<b>MULTA TOTAL</b>			<b>50 UIT</b>

#### ANEXO 1

ANEXO 1 NIVELES MAXIMOS PERMISIBLES DE EMISION PARA LAS UNIDADES MINERO-METALURGICAS		
PARAMETRO	VALOR EN CUALQUIER MOMENTO	VALOR PROMEDIO ANUAL
ph	Mayor que 6 y Menor que 9	Mayor que 6 y Menor que 9
Sólidos suspendidos (mg/l)	50	25
Piomio (mg/l)	0.4	0.2
Cobre (mg/l)	1.0	0.3
Zinc (mg/l)	3.0	1.0
Hierro (mg/l)	2.0	1.0
Arsénico (mg/l)	1.0	0.5
Cianuro total (mg/l) *	1.0	1.0

\* CIANURO TOTAL, equivalente a 0.1 mg/l de Cianuro Libre y 0.2 mg/l de Cianuro fácilmente disociable en ácido.

<sup>2</sup> Al respecto, del Cuadro N° III-08: Resultados de la Estación (Punto de Monitoreo) E-7 a fojas 21 se desprende el siguiente resultado:

Punto de Monitoreo	Parámetro	Anexo N°1- Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Fecha de Toma de Muestra	Resultados de Fiscalizadora
E-07	Cu	1,0 mg/L	3er. Turno 03/05/2008	1,686

<sup>4</sup> RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM-VMM. ESCALA DE MULTAS Y PENALIDADES A APLICARSE POR INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL TUO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA Y SUS NORMAS REGLAMENTARIAS.

#### ANEXO

##### 3. MEDIO AMBIENTE

3.1. Infracciones de las disposiciones referidas a medio ambiente contenidas en el TUO, Código del Medio Ambiente o Reglamento de Medio Ambiente, aprobado por D.S. N° 016-93-EM y su modificatoria aprobado por D.S. N° 059-93-EM; D.S. N° 038-98-EM, Reglamento Ambiental para Exploraciones; D. Ley N° 25763 Ley de Fiscalización por Terceros y su Reglamento aprobado por D.S. N° 012-93-EM, Resoluciones Ministeriales N°s. 011-96-EM/VMM, 315-96-EM/VMM y otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT.

En estas infracciones, se comprende también a aquellos titulares que hayan iniciado operaciones sin tener aprobado el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental o que teniéndolo aprobado incumplan los compromisos asumidos en dicho estudio.

El incumplimiento de las recomendaciones formuladas como consecuencia de la fiscalización y de las investigaciones de los casos de daño al medio ambiente y catástrofes ambientales, serán sancionadas adicionalmente con 2 UIT por cada recomendación incumplida, las que se adicionarán a la multa que se imponga por infracciones detectadas en los diferentes procesos de fiscalización. Para el caso de PPM la multa adicional será de 0.5 UIT por cada recomendación incumplida.

3.2. Si las infracciones referidas en el numeral 3.1 de la presente escala, son determinadas en la investigación correspondiente, como causa de un daño al medio ambiente, se considerarán como infracciones graves y el monto de la multa será de 50 UIT por cada infracción hasta un monto máximo de 600 UIT, independientemente de las obras de restauración que está obligada a ejecutar la empresa. (...)

2. Mediante escrito de registro N° 008174 presentado con fecha 13 de abril de 2012, NYRSTAR CORICANCHA interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 051-2012-OEFA/DFSAI de acuerdo a los siguientes fundamentos:
- a) Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad toda vez que la resolución recurrida no ha observado lo establecido en la Ley N° 27444- Ley del Procedimiento Administrativo General, en la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, y en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, pues el solo exceso de los Límites Máximos Permisibles - LMP no puede calificarse como sinónimo de daño ambiental, más aún si en el presente caso la mayor parte de las muestras tomadas durante la fiscalización no excedió dicho límite, correspondiendo en todo caso la sanción prevista en el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.
  - b) Se vulnera el Principio de Presunción de Licitud previsto en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General así como la Presunción de Inocencia previsto en el literal e del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, al atribuir al apelante la comisión de una infracción grave sin que el exceso del LMP haya generado daño, por cuanto la autoridad no puede afirmar que el exceso de LMP genera por sí solo un daño ambiental, presumiéndose la responsabilidad y gravedad en la conducta del administrado.
  - c) En observancia del debido procedimiento y la libertad de empresa, se debe probar que el exceso del LMP ha generado daño. Además, existe un vicio de nulidad al haberse aplicado, indebidamente, un tipo de infracción a la normativa ambiental minera que no corresponde al supuesto de exceso de los LMP sin haberse generado ni demostrado materialmente el daño ambiental imputado.
  - d) Se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad pues al imponer una sanción, la autoridad debe respetar la proporcionalidad entre los medios empleados y los fines públicos que desean protegerse, en este caso, que la actividad minera no genere contaminación, ponderando la existencia de todos y cada uno de los elementos de valoración que estén explícitamente previstos en la normativa.
3. Asimismo, cabe agregar que en el mismo Recurso de Apelación, mediante el Otrosí Decimos, NYSTAR CORICANCHA solicitó el uso de la palabra, el cual fue concedido mediante Decreto N° 015-2012-OEFA/TFA de fecha 09 de mayo de 2012, notificado el 09 de mayo de 2012, llevándose a cabo el 15 de mayo de 2012, conforme se acredita en el acta de asistencia de sesión (Foja 139).

#### **Competencia**

4. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013<sup>5</sup>, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y

<sup>5</sup> DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE.



Funciones del Ministerio del Ambiente, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA).

5. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental<sup>6</sup>, el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental.
6. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la citada Ley N° 29325, dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA<sup>7</sup>.
7. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN) al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada el 20 de julio de 2010, se estableció como fecha efectiva de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA el 22 de julio de 2010.
8. De otro lado, es preciso mencionar que el artículo 10° de la citada Ley N° 29325<sup>8</sup>, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del

#### **1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental**

Créase el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, como organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, constituyéndose en pliego presupuestal, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental que corresponde.

#### **<sup>6</sup> LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.**

##### **Artículo 6°.- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)**

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, que constituye un pliego presupuestal. Se encuentra adscrito al MINAM y se encarga de la fiscalización, supervisión, evaluación, control y sanción en materia ambiental, así como de la aplicación de los incentivos, y ejerce las funciones previstas en el Decreto Legislativo N° 1013 y la presente Ley. El OEFA es el ente rector del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

##### **Artículo 11°.- Funciones Generales**

Son funciones generales del OEFA: (...)

d) **Función Fiscalizadora y Sancionadora:** comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA.

#### **<sup>7</sup> LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.**

##### **PRIMERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL**

Las entidades sectoriales que se encuentren realizando funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental, en un plazo de treinta (30) días útiles, contado a partir de la entrada en vigencia del respectivo Decreto Supremo, deben individualizar el acervo documentario, personal, bienes y recursos que serán transferidos al OEFA, poniéndolo en conocimiento y disposición de éste para su análisis acordar conjuntamente los aspectos objeto de la transferencia.

#### **<sup>8</sup> LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental**

10.1 El OEFA contará con un Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) que ejerce funciones como última instancia administrativa. Lo resuelto por el Tribunal es de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esto se señale en la misma Resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley. El TFA estará conformado por cinco (5) vocales designados mediante Resolución Suprema, por un período de

OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM<sup>9</sup>, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD<sup>10</sup>, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

### **Norma Procedimental Aplicable**

9. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados por NYRSTAR CORICANCHA, este Órgano Colegiado considera pertinente, en aplicación del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establecer la norma procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes<sup>11</sup>.
10. En tal sentido, siendo que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, corresponderá observar el contenido normativo de dicho cuerpo legal.

### **Análisis**

---

cuatro años; el Presidente será designado a propuesta del MINAM y tendrá voto dirimente, los cuatro (4) restantes serán designados previo concurso público efectuado conforme a lo que establezca el Reglamento de Organización y Funciones de la entidad.

#### **<sup>9</sup> DECRETO SUPREMO N° 022-2009-MINAM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL OEFA.**

##### **Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental**

El Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) es el órgano encargado de ejercer funciones como últimas instancias administrativa del OEFA. Las resoluciones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que se señale en la misma Resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley.

##### **Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental**

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

- a) Resolver en segunda y última instancia administrativa, los recursos de apelación interpuesto contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.
- b) Proponer al Presidente del Consejo Directivo del OEFA mejoras a la normatividad ambiental, dentro del ámbito de su competencia.
- c) Ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley.

#### **<sup>10</sup> RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 005 -2011-OEFA/CD. REGLAMENTO INTERNO DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.**

##### **Artículo 4°.- Competencia del Tribunal**

El Tribunal es competente para conocer y resolver en última instancia administrativa, los recursos de apelación contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por órganos del OEFA en materia de supervisión y fiscalización ambiental; así como resolver los recursos impugnativos interpuestos ante aquellas entidades cuyas funciones en materia ambiental hayan sido transferidas al OEFA. Asimismo, es competente para resolver las quejas administrativas de conformidad con lo establecido en el artículo 158° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

#### **<sup>11</sup> LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

##### **Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**

**1.2. Principio del debido procedimiento.-** Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.



### Protección constitucional al ambiente

11. Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera necesario establecer el marco constitucional en el cual se desarrolla el bien jurídico protegido al interior de los procedimientos administrativos sancionadores por incumplimiento de las normas de protección y conservación del ambiente, toda vez que éste debe informar y ordenar los alcances de las obligaciones exigibles a los titulares mineros.

Sobre el particular, cabe indicar que de acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993, constituye derecho fundamental de la persona “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”<sup>12</sup>.

Ahora bien, a efectos de establecer el contenido del indicado derecho constitucional, conviene explicar aquello que se entiende por “ambiente”, por tratarse de un concepto consustancial al mismo. Al respecto, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 0048-2004-AI, en su Fundamento N° 27, señaló lo siguiente<sup>13</sup>:

*“(...) La parte de la naturaleza que rodea o circunda los hábitat de la pluralidad de especies vivas se denomina ambiente o medio ambiente.*

***El medio ambiente es el mundo exterior que rodea a todos los seres vivos y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida y en cuya creación no ha intervenido la acción humana. En puridad, medio ambiente alude al compendio de elementos naturales —vivos e inanimados— sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivos (plantas, animales y microorganismos).***

***El medio ambiente se define como “(...) el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúa en un espacio y tiempo determinado; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos”.***

*El término biótico se refiere a todos los seres vivos de una misma región, que coexisten y se influyen entre sí; en cambio lo abiótico alude a lo no vivo, como el agua, el aire, el subsuelo, etc.*

*El medio ambiente se compone de los denominados elementos naturales, los cuales pueden generar, según sea el caso, algún tipo de utilidad, beneficio o aprovechamiento para la existencia o coexistencia humana (...). (El resaltado en negrita es nuestro).*

<sup>12</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

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

<sup>13</sup> La sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-AI, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica:  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros<sup>14</sup>.

Ahora bien, habiéndose precisado el concepto de ambiente, cabe señalar que de acuerdo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, el derecho fundamental previsto en el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política se encuentra integrado por<sup>15</sup>:

- a) El derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado; y
- b) El derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado

En este contexto, cabe indicar, que el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado impone a los particulares la obligación de adoptar medidas tendientes a prevenir, evitar o reparar los daños que sus actividades productivas causen o puedan causar al medio ambiente. A su vez, dichas medidas provendrán, entre otros, del marco jurídico aplicable al medio ambiente y aquellas asumidas por dichos particulares en sus instrumentos de gestión ambiental.

Lo expuesto se condice además con el concepto de Responsabilidad Social de las empresas, que ha sido desarrollado por el propio Tribunal Constitucional en la referida sentencia, respecto del cual cabe citar lo siguiente:

*“Para el presente caso, **interesa resaltar que la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsor del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar.** La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera*

<sup>14</sup> LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 2°.- Del ámbito

2.3 Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al “ambiente” o a “sus componentes” comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.

A mayor abundamiento, resulta oportuno citar la siguiente definición de FRAUME RETREPO:

*“Ambiente.- Conjunto de elementos abióticos (energía solar, suelo, agua y aire) y bióticos (organismo vivos) que integran la delgada capa de la tierra llamada biósfera, sustento y hogar de los seres vivos. (...)”*

FRAUME RESTREPO, Néstor Julio. Diccionario Ambiental. ECOE ediciones, 2ª edición. Bogotá, 2007.

<sup>15</sup> La sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>



*pasivos ambientales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán.” (El resaltado en negrita es nuestro).*

Habiéndose delimitado el marco constitucional en el que debe entenderse la protección al bien jurídico medio ambiente respecto de las actividades productivas, comprendida en ellas la minera, corresponde establecer que las normas sectoriales de protección y conservación del ambiente deberán interpretarse y aplicarse dentro del citado contexto constitucional.

Respecto a la vulneración del Principio de Tipicidad

12. Con relación al argumento contenido en el literal a) del numeral 2, resulta pertinente realizar un distingo entre norma sustantiva y norma tipificadora, ya que mientras la primera de éstas prevé la obligación cuyo incumplimiento se imputa, la segunda califica dicho incumplimiento como infracción, atribuyéndole la respectiva consecuencia jurídica.

Así las cosas, en el presente caso el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM constituye la norma sustantiva incumplida, mientras que el numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, configura la norma tipificadora.

Así, el numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, señala lo siguiente:

*"3.1. Infracciones de las disposiciones referidas a medio ambiente contenidas en el TUO, Código del Medio Ambiente o Reglamento de Medio Ambiente, aprobado por D.S. N° 016-93-EM y su modificatoria aprobado por D.S. N° 059-93-EM; D.S. N° 038-98-EM, Reglamento Ambiental para Exploraciones; D. Ley N° 25763 Ley de Fiscalización por Terceros y su Reglamento aprobado por D.S. N° 012-93-EM, Resoluciones Ministeriales N°s. 011-96-EM/VMM, 315-96-EM/VMM y otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT. En los casos de pequeño productor minero la multa será de 2 UIT por infracción". (El subrayado es nuestro)*

Adicionalmente, en el numeral 3.2 del punto 3 de la referida norma, se establecen los supuestos específicos que ameritan el incremento de la sanción, como se observa a continuación:

*"3.2. Si las infracciones referidas en el numeral 3.1 de la presente escala, son determinadas en la investigación correspondiente, como causa de un daño al medio ambiente, se considerarán como infracciones graves y el monto de la multa será de 50 UIT por cada infracción hasta un monto máximo de 600 UIT, (...)"*

Como señala el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 0010-2002-AI/TC, en la determinación de las conductas infractoras está





permitido el empleo de los llamados "conceptos jurídicos indeterminados", siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia<sup>16</sup>.

Por su parte, las empresas del sector minero cuentan con capacidad técnica, administrativa y financiera para identificar las obligaciones a las que están sujetas; motivo por el cual resulta razonable considerar que pueden prever, bajo los criterios expuestos en el párrafo precedente qué conductas se consideran infracción en el referido sector.

En consecuencia, el incumplimiento del artículo 4º de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM constituye infracción sancionable conforme al tipo contenido en el citado numeral 3.2 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

De acuerdo a lo expuesto, este Cuerpo Colegiado considera que la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, no contraviene el Principio de Tipicidad.

Por lo demás, si bien es cierto que en la mayor parte de las muestras, los resultados no evidencian excesos de LMP, es suficiente para la Administración con que se haya evidenciado el exceso de LMP en cualquier parámetro para que se configure la infracción por daño ambiental<sup>17</sup> conforme lo señalado en el ya citado artículo 4º del Decreto Supremo N° 038-98-EM, correspondiendo desestimar lo argumentado por la recurrente en este extremo.

#### Sobre el exceso del Límite Máximo Permisible y el daño ambiental

13. En cuanto a los argumentos recogidos en los literales b) y c) del numeral 2, cabe indicar que en el presente caso se cuestiona la presencia del daño ambiental como elemento necesario para configurar una infracción como grave, de acuerdo a la tipificación recogida en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM por el incumplimiento de LMP. En tal sentido, reviste vital importancia determinar los alcances de la categoría "daño ambiental", en este supuesto<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> La sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC, es una de naturaleza normativa; encontrándose disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>.

<sup>17</sup> Resulta oportuno citar la siguiente definición de MOSSET ITURRASPE:

*"Se ha definido al daño ambiental como la degradación del medio ambiente, como toda lesión o menoscabo al derecho individual o colectivo de conservación de la calidad de vida, porque se estimó que esta calidad de vida era el bien jurídico tutelado"*.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por daños. Rubinzal - Culzoni. Buenos Aires, 1999.

<sup>18</sup> ANDALUZ define el concepto y la importancia de los LMP como se indica a continuación:

*"El LMP es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y/o biológicos que caracterizan a un efluente o a una emisión, que al ser expedida causa o puede causar daño a la salud, al bienestar humano y al ambiente."*

Los LMP sirven para el control y fiscalización de los agentes que producen efluentes y emisiones, a efectos de establecer si se encuentran dentro de los parámetros considerados inocuos para la salud, el bienestar humano y el ambiente. *Excederlos acarrea responsabilidad administrativa, civil o penal, según el caso.*" (el subrayado es nuestro)

ANDALUZ WESTREICHER, Walter. Manual de Derecho Ambiental. Editorial Iustitia. Lima, 2011.

Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611<sup>19</sup>, define el daño ambiental como todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, tenga origen o no en la contravención a normas de protección y conservación del ambiente, cuyos efectos negativos pueden ser actuales o potenciales<sup>20</sup>.

De acuerdo a lo indicado, la definición de daño ambiental de la Ley N° 28611 recoge dos elementos de importancia:

- a) El primer elemento está referido a que el daño ambiental debe importar un menoscabo material al ambiente y/o a alguno de sus componentes.
- b) El segundo elemento está referido a que dicho menoscabo material genere efectos negativos, que pueden ser actuales o potenciales.

Respecto al primer elemento sobre el menoscabo material, ello refiere a toda pérdida, disminución, degradación o detrimento significativo que impacta negativamente en el ambiente o en uno de los elementos que lo conforman, y que menoscaban su calidad ambiental que se produce al emitir sustancias contaminantes al ambiente o a alguno de los elementos que lo conforman, y que menoscaban su calidad física o química, alterando su estado natural en mayor o menor medida.

Respecto al segundo elemento, éste se refiere a que en la configuración del daño ambiental no es indispensable que los efectos negativos del menoscabo material producido por las emisiones contaminantes al ambiente sean actuales, sino que resulta suficiente que dichos efectos negativos sean potenciales<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 142°.- De la responsabilidad por daños ambientales

(...)

142.2 Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.

<sup>20</sup> Sobre el concepto de daño ambiental se pronuncian BIBILONI y LANEGRA:

Bibiloni señala que:

*"(...) un daño ambiental es una lesión física no limitada a un espacio o a un tiempo determinados, por eso sus consecuencias se expanden rápidamente irradiando en todas sus direcciones, tanto en el espacio como en el tiempo. Un hecho generador de daño ambiental hoy constituye siempre la posibilidad de otro daño mañana".*

BIBILONI, Héctor Jorge. El Proceso Ambiental. LexisNexis. Buenos Aires, 2005.

Lanegra sostiene sobre el daño ambiental, en el marco de la Ley General del Ambiente Ley N° 28611 que:

*"El daño ambiental lo sufre el ambiente o sus componentes, y representa por lo tanto un "menoscabo material". Sus efectos pueden incluir daños "no materiales", pero, nuevamente, ellos no forman parte de aquel. ¿Qué es el ambiente y sus componentes? La Ley General del Ambiente señala que lo comprenden "...los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida" Pero son muchos los elementos que conforman el medio. Por ello la Ley precisa que son "...los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros." (Artículo 2.3). Así, cuando uno introduce un contaminante al ambiente que tuviera la posibilidad de modificar el medio humano y dañar su salud, está generando un daño ambiental"* (el subrayado es nuestro).

LANEGRA, IVAN. El daño ambiental. En: Derecho Ambiental. Diálogo y Debate sobre Derecho y Política Ambiental e Indígena. Ver: <http://blog.pucp.edu.pe/item/77336/el-dano-ambiental>

<sup>21</sup> En esa línea, es importante citar a Mario Peña cuando sostiene:

*"De esta forma, se rompe con uno de los elementos característicos del derecho de daños, por el cual, éste debe ser siempre cierto, efectivo, determinable, evaluable, individualizable y no puramente eventual o hipotético, pues, tratándose del daño ambiental, es necesario únicamente su probabilidad futura para determinar su existencia y tomar las medidas necesarias con el fin de impedir sus efectos nocivos"*

Peña, Mario. Daño Ambiental y Prescripción.

Ver: [http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/19/06\\_mario\\_penia\\_chacon.html](http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/19/06_mario_penia_chacon.html)



Precisamente, los LMP se han establecido explícitamente señalándose que su exceso causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano o al ambiente (numeral 1 del artículo 32 de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente).

En tal sentido, los efectos potenciales del daño ambiental se configuran cuando el menoscabo material de los elementos que constituyen el medio ambiente o el entorno ecológico, excede los niveles, estándares o parámetros de calidad establecidos por la autoridad pública. Por lo que, tratándose del daño ambiental, es necesaria únicamente la probabilidad futura en grado de verosimilitud para determinar su existencia y tomar las medidas necesarias con el fin de impedir sus efectos nocivos<sup>22</sup>.

En consecuencia, en atención a que el numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611, prevé que el exceso del LMP causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente, se colige que el incumplimiento de los LMP regulados en el Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMMM, configura el supuesto de daño ambiental cuyos efectos negativos no requieren ser inmediatos o actuales, bastando la potencialidad de los mismos. De esta manera, la alusión al daño ambiental incluye la potencialidad de dicho daño, aspecto que sin duda conlleva el exceso de los LMP<sup>23</sup>.

Por lo expuesto, el exceso del LMP aplicable al parámetro Cu reportado en el punto de monitoreo E-07 configura la situación de daño ambiental definida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, exceso del LMP que se encuentra acreditado con el resultado contenido en el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° 56359L/08-MA contenido en la Supervisión Especial de Monitoreo Ambiental de Efluentes Minero Metalúrgicos en el ámbito geográfico de Lima (Foja 41) elaborado por el laboratorio acreditado INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C., y cuyo resultado se presenta en el cuadro detalle del

---

<sup>22</sup> Así lo ha entendido la jurisprudencia argentina la cual mediante el fallo de 1995 Almada contra Copco S.A. consideró suficiente la certeza y actualidad de los riesgos que se ciernen sobre la salud de los vecinos, aunque no estén probadas lesiones actuales a su integridad psicofísica, para que la tutela de la salud se haga efectiva, sin juzgar la producción de lesiones, tratándose de esta forma de evitar, que el daño temido se transforme en daño cierto, efectivo o irreparable.

<sup>23</sup> Es pertinente indicar al respecto que el Reglamento de Protección Ambiental de la Actividad Minero-Metalúrgica, aprobado por el Decreto Supremo N° 016-93-EM, en su artículo 6° incide en el hecho de que el exceso de LMP puede generar efectos negativos sobre el ambiente, actuales o potenciales. Estas son características propias de los procesos de contaminación y degradación ambiental, los cuales no se producen en un único momento sino de manera gradual, paulatina, producto de la introducción de contaminantes en cantidades mayores a los parámetros físico-químicos previamente determinados por la autoridad competente:

**DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO DEL TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY GENERAL DE MINERIA.**

**Artículo 6°.-** Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 225° de la Ley, es obligación del titular poner en marcha y mantener programas de previsión y control contenidos en el Estudio de Impacto Ambiental y/o Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, basados en sistemas adecuados de muestreo, análisis químicos, físicos y mecánicos, que permitan evaluar y controlar en forma representativa los efluentes o residuos líquidos y sólidos, las emisiones gaseosas, los ruidos y otros que puedan generar su actividad, por cualquiera de sus procesos cuando éstos pudieran tener un efecto negativo sobre el medio ambiente. Dichos programas de control deberán mantenerse actualizados, consignándose en ellos la información referida al tipo y volumen de los efluentes o residuos y las concentraciones de las sustancias contenidas en éstos. El tipo, número y ubicación de los puntos de control estarán de acuerdo a las características geográficas de cada región donde se encuentra ubicado el centro productivo. Estos registros estarán a disposición de la autoridad competente cuando lo solicite, bajo responsabilidad. (el subrayado es nuestro)

considerando 1 de la presente resolución.

En adición a lo señalado, cabe destacar que la pretensión de la recurrente de no ser sancionada por la infracción materia de análisis, implicaría la inutilidad de establecer los mencionados LMP. En efecto, no debe olvidarse que el establecimiento de los LMP tiene precisamente por finalidad evitar que se cause o se pueda causar daños a la salud y al ambiente, por lo cual el excederlos se considera una infracción grave. Más aún, si se pretendiera que el Estado demostrara la existencia actual de efectos negativos en el ambiente o alguno de sus componentes, y no solamente efectos potencialmente negativos, en cada infracción cometida por los titulares de las actividades económicas, se estaría imponiendo costos excesivos a la sociedad para demostrar la ocurrencia de una infracción demostrada suficientemente con el exceso de los LMP.

En consecuencia, es pertinente precisar que se ha configurado la responsabilidad de la recurrente al haberse acreditado la afectación del ambiente como consecuencia del exceso del LMP en el parámetro Cu en el punto de monitoreo E-07. Asimismo, la gravedad de la infracción se encuentra regulada expresamente en el artículo 3.2 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, el cual señala que las infracciones que causan daño al medio ambiente serán consideradas como infracciones graves y su consecuencia es la sanción de multa por un monto equivalente a cincuenta (50) UIT, por lo cual no se ha vulnerado el Debido Procedimiento.

Cabe indicar que de acuerdo a lo establecido por el numeral 21.4 del artículo 21° del Reglamento aprobado por la Resolución N° 640-2007-OS/CD, los informes de supervisión constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario<sup>24</sup>. De esta manera, no se ha vulnerado -como indica la recurrente- el Principio de Presunción de Licitud recogido en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444<sup>25</sup> toda vez que se ha evidenciado que el titular minero no ha actuado de acuerdo a sus obligaciones, acreditándose la conducta infractora de la recurrente por lo que no se afecta al derecho constitucional de Presunción de Inocencia establecido en el literal e del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> RESOLUCION N° 640-2007-OS/CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL OSINERGMIN.

**Artículo 21°.- Inicio del Procedimiento**

21.4. Los Informe Legales, Informes Técnicos, Actas Probatorias, Cartas de Visitas de Fiscalización, Actas de Supervisión, constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario.

<sup>25</sup> LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

**Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

**9. Presunción de licitud.-** Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

<sup>26</sup> CONSTITUCION POLITICA DEL PERU DE 1993.

**Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:**

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.



Con relación al derecho constitucional de Libertad de Empresa establecido en el artículo 59° de la Constitución Política del Perú<sup>27</sup>, tal derecho no tiene relación ni está siendo vulnerado con la sanción impuesta, la misma que es la consecuencia jurídica de la infracción imputada referida al incumplimiento de obligaciones de los titulares mineros en operación. En ese sentido el artículo 10° del Reglamento del Procedimiento Sancionador aprobado por Resolución N° 640-2007-OEFA/CD<sup>28</sup> establece la naturaleza de las sanciones administrativas que son materia de revisión en segunda instancia por parte de este Colegiado. Conforme a lo indicado, en el presente procedimiento este Tribunal se encuentra ejerciendo la potestad sancionadora en materia ambiental dentro de los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico mencionado a lo largo de la presente resolución.

En consecuencia, corresponde desestimar lo argumentado por la apelante en estos extremos.

Respecto a la vulneración del Principio de Razonabilidad

13. Con relación al argumento indicado en el literal d) del numeral 2, este Tribunal considera oportuno indicar que de acuerdo al numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, que tipifica el ilícito administrativo imputado a la apelante, éste se encuentra sancionado con una multa de cincuenta (50) UIT.

Sobre el particular, habiéndose acreditado al interior del presente procedimiento administrativo sancionador que la recurrente incumplió el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, toda vez que del análisis de la muestra tomada en el efluente correspondiente al punto de control E-7, se reportó un valor de 1.686 mg/L para el parámetro Cu que excede el LMP previsto para dicho parámetro en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, conforme a lo indicado en el primer considerando.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el incumplimiento del artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM se encuentra tipificado en el numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, correspondía imponer a NYRSTAR CORICANCHA una multa de cincuenta (50) UIT.

Conforme a lo expuesto en el presente considerando, y a lo indicado en el considerando 13 de la presente resolución, se ha constatado que la multa total

<sup>27</sup> CONSTITUCION POLITICA DEL PERU DE 1993.

**Artículo 59°.-** El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

<sup>28</sup> RESOLUCION N° 640-2007-OS/CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL OSINERGMIN.

**Artículo 10°.- Naturaleza de la Sanción**

La sanción es la consecuencia jurídica punitiva de carácter administrativo, que se deriva de la verificación de una infracción cometida por las personas naturales, personas jurídicas, y/o por cualquier forma de patrimonio autónomo, así como por contratos de colaboración empresarial, tales como consorcio, joint venture, asociación en participación y similares, en el caso que corresponda atribuirles responsabilidad administrativa.

impuesta se determinó de acuerdo a lo establecido en la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM y que, asimismo, se ha mantenido la proporcionalidad entre los medios empleados y los fines públicos que desean protegerse, por lo que no se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad, correspondiendo desestimar el argumento planteado por la apelante en este extremo.

Estando a los considerandos expuestos, y de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325, Ley del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental; Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental y Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

**SE RESUELVE:**

**Artículo Primero.- DECLARAR INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la empresa NYRSTAR CORICANCHA S.A. contra la Resolución Directoral N° 051-2012-OEFA/DFSAI de fecha 21 de marzo de 2012, rectificada por la Resolución Directoral N° 074-2012-OEFA/DFSAI de fecha 04 de abril de 2012, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución; quedando agotada la vía administrativa.

**Artículo Segundo.- NOTIFICAR** la presente resolución a la empresa NYRSTAR CORICANCHA S.A. y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA para los fines correspondientes.

Regístrese y comuníquese



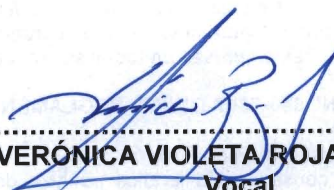
.....  
**LENIN WILLIAM POSTIGO DE LA MOTTA**  
Presidente  
Tribunal de Fiscalización Ambiental



.....  
**JOSÉ AUGUSTO CHIRINOS CUBAS**  
Vocal  
Tribunal de Fiscalización Ambiental



.....  
**FRANCISCO JOSÉ OLANO MARTINEZ**  
Vocal  
Tribunal de Fiscalización Ambiental



.....  
**VERÓNICA VIOLETA ROJAS MONTES**  
Vocal  
Tribunal de Fiscalización Ambiental