



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 126-2012-OEFA /TFA

Lima, 01 AGO. 2012

VISTO:

El Expediente N° 126-08-MA/E que contiene el recurso de apelación interpuesto por **COMPAÑÍA MINERA CAUDALOSA.**, (en adelante, **CAUDALOSA**) contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007975 de fecha 20 de julio de 2010 y el Informe N° 132-2012-OEFA-TFA de fecha 16 de julio de 2012;

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007975 de fecha 20 de julio de 2010 (Fojas 76 a 79), notificada el 21 de julio de 2010, la Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN impuso a **CAUDALOSA** una multa de cincuenta (150) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por la comisión de tres (03) infracciones; conforme el siguiente detalle:

HECHO IMPUTADO	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
En el punto de control V-4 (E-19), correspondiente a la confluencia de los efluentes provenientes de la bocamina Cucho Nivel 4450, bocamina Rublo Nivel 4132 y bocamina Victoria Nivel 4498, que descargan al río Escalera, se reportaron valores para los parámetros pH y STS que superan los Límites Máximos Permisibles establecidos en la columna "valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ¹	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ²	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ³	50 UIT

¹ Al respecto, de acuerdo a lo señalado en el numeral 3.1 del Rubro 3 de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 007975 de fecha 20 de julio de 2010, se consigna que el detalle de los resultados obtenidos en el punto de monitoreo V-4 (E-19), es el que sigue:

En el punto de control V-5 (E-15), correspondiente a la	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución	50 UIT
---	---	--	--------

Punto de monitoreo	Parámetro	Anexo 1 Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Día	Turno	Resultado de Fiscalización	Exceso	Receptor
V-4 (E-19)	SST	50mg/L	18.11.08	2° Turno	50.6	0.6	Río Escalera
			18.11.08	3° Turno	96.6	46.6	
			19.11.08	1° Turno	58.2	8.2	
			19.11.08	2° Turno	62.4	12.4	
			19.11.08	3° Turno	58.4	8.4	
			20.11.08	1° Turno	51.0	1.0	
	pH	6 a 9	18.11.08	1° Turno	11.51	2.51	
			18.11.08	2° Turno	11.62	2.62	
			18.11.08	3° Turno	11.71	2.71	
			19.11.08	1° Turno	12.50	3.50	
			19.11.08	2° Turno	12.55	3.55	
			19.11.08	3° Turno	12.82	3.82	
			20.11.08	1° Turno	11.54	2.54	
			20.11.08	2° Turno	11.68	2.68	
20.11.08	3° Turno	11.80	2.80				

²RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 011-96-EM/VMM. APRUEBA LOS NIVELES MÁXIMOS PERMISIBLES PARA EFLUENTES LIQUIDOS PARA LAS ACTIVIDADES MINERO – METALURGICAS.

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.

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
Piomo (mg/l)	0.4	0.2
Cobre (mg/l)	1.0	0.3
Zinc (mg/l)	3.0	1.0
Fierro (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.

³RESOLUCIÓN 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. (...)

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. (...)

confluencia de los efluentes provenientes de la bocamina San Inocente Nivel 4132 y depósito de relave Rublo (parte superior), que descargan al río Escalera, se reportaron valores para el parámetro pH que superan el Límite Máximo Permisible establecido en la columna "valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ⁴	EM/VMM	Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	
En el punto de control V-7 (E-16), correspondiente al efluente de la bocamina Fátima Nivel 4068, que descarga al río Escalera, se reportó valores para los parámetros pH, SST y Zn que superan los Límites Máximos Permisibles establecidos en la columna "valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ⁵	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	50 UIT

⁴ Al respecto, de acuerdo a lo señalado en el numeral 3.2 del Rubro 3 de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 007975 de fecha 20 de julio de 2010, se consigna que el detalle de los resultados obtenidos en el punto de monitoreo V-5 (E-15), es el que sigue:

Punto de monitoreo	Parámetro	Anexo 1 Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Día	Turno	Resultado de Fiscalización	Exceso	Receptor
V-5 (E-15)	pH	6 a 9	18.11.08	1° Turno	11.54	2.54	Río Escalera
			18.11.08	2° Turno	11.41	2.41	
			18.11.08	3° Turno	11.49	2.49	
			19.11.08	1° Turno	10.84	1.84	
			19.11.08	2° Turno	11.44	2.44	
			19.11.08	3° Turno	11.30	2.30	
			20.11.08	2° Turno	10.54	1.54	
20.11.08	3° Turno	9.63	0.63				

⁵ Al respecto, de acuerdo a lo señalado en el numeral 3.3 del Rubro 3 de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 007975 de fecha 20 de julio de 2010, se consigna que el detalle de los resultados obtenidos en el punto de monitoreo V-7 (E-16), es el que sigue:

Punto de monitoreo	Parámetro	Anexo 1 Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Día	Turno	Resultado de Fiscalización	Exceso	Receptor
V-7 (E-16)	SST	50 mg/L	18.11.08	1° Turno	64.0	14.0	Río Escalera
			18.11.08	3° Turno	61.5	11.5	
	pH	6 a 9	18.11.08	1° Turno	9.06	0.06	
			18.11.08	2° Turno	9.16	0.16	
			18.11.08	3° Turno	11.18	2.18	
			20.11.08	2° Turno	9.18	0.18	
			17.11.08	1° Turno	19.690	13.690	

MULTA TOTAL			150 UIT

2. Mediante escrito de registro N° 1395082 presentado con fecha 16 de agosto de 2010, CAUDALOSA interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007975, de acuerdo a los siguientes fundamentos:
- Resulta irregular que OSINERGMIN imponga a CAUDALOSA una multa por infracción grave, toda vez que para su configuración se exige la verificación de un daño al ambiente, lo que no ha ocurrido en el presente caso en tanto el incumplimiento de un Límite Máximo Permisible – LMP no determina 'per se' el daño ambiental.
 - Se han vulnerado los Principios de Presunción de Licitud, Verdad Material y Tipicidad contemplados en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, al haberse sancionado a CAUDALOSA partiendo de la premisa que "no se requiere acreditar daño" para imponer la sanción prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.
 - De acuerdo a lo concluido por OSINERGMIN en la Resolución N° 646-2008-OS/CD, no corresponde equiparar el daño ambiental al exceso de LMP.
 - Se han vulnerado los Principios de Tipicidad y Causalidad previstos en los numerales 4 y 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444, ya que no se realizó un análisis de la calidad ambiental de los cuerpos receptores de los efluentes cuyos LMP fueron excedidos.

Competencia

- Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013⁶, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA).
- En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental⁷, el OEFA es un

	Zn (Disuelto)	3.0mg/L	17.11.08	2° Turno	32.040	29.040
			17.11.08	3° Turno	28.300	25.300
			20.11.08	1° Turno	20.700	17.700

⁶ DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE.

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.

⁷ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

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.

5. 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 OEFA⁸.
6. 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 OSINERGMIN al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada el 20 de julio de 2010, se estableció el 22 de julio de 2010 como fecha efectiva de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA.
7. De otro lado, es preciso mencionar que el artículo 10° de la citada Ley N° 29325⁹, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM¹⁰, y el artículo

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.

⁸ **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.

⁹ **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 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.

¹⁰ **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:

4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD¹¹, 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

8. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados por la recurrente, resulta 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 intervinientes¹².
9. 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

Protección constitucional al ambiente

10. 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

-
- 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.

¹¹ 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.

¹² 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.

persona "gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida"¹³.

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 siguiente¹⁴:

"(...) 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 vivientes 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 —vivientes 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 vivientes (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 viviente, 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).

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 otros¹⁵.

¹³ 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.

¹⁴ 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>

¹⁵ 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

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 por¹⁶:

- 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 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.

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, 2° edición. Bogotá, 2007.

¹⁶ 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>

Con relación a la configuración del daño ambiental por exceso de LMP

11. Respecto al argumento contenido en los literales a) y b) del numeral 2, cabe indicar que en el presente caso se cuestiona la presencia de 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 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 supuesto¹⁷.

Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611¹⁸, 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 potenciales¹⁹.

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

¹⁷ 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 effluente 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 effluentes 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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, Iván. 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>

- 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.

Ahora bien, con relación al primer elemento sobre el menoscabo material, ello refiere a toda afectación material de la calidad ambiental que se produce al emitir sustancias contaminantes al ambiente o a alguno de los elementos que lo conforman, y que perjudican su calidad física o química, alterando su estado natural en mayor o menor medida.

A su vez, en cuanto 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 potenciales²⁰. 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 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611).

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 nocivos²¹.

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 -debe repetirse- 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

²⁰ 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

²¹ 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.

LMP²².

Por lo expuesto, los excesos de los LMP aplicables a los parámetros pH, STS y Zn reportados en la estaciones de monitoreo V-4 (E-19), V-5 (E-15) y V-7 (E-16)²³, configuran la situación de daño ambiental definida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, excesos que se encuentran acreditados con el resultado contenido en los Informes de Ensayo N° 1117260L/08-MA (fojas 18-19), 1117284L/08-MA (fojas 21-22), 1117268L/08-MA (fojas 24-25), y 1117270L/08-MA (fojas 27-28), así como en los Informes de Campo N° 11-08-0248 (foja 32), N° 11-08-0245 (foja 33), y N° 11-08-0244 (foja 34), emitidos por el Laboratorio INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C., cuyos resultados se expresan en el cuadro detalle del primer considerando de la presente resolución. Asimismo, el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM señala que las infracciones que causan daño al medio ambiente serán consideradas como infracciones graves.

En consecuencia, habiéndose acreditado el exceso del LMP aplicable a los parámetros pH, STS y Zn; y, por tanto, configurado la situación de daño ambiental, se ha producido el supuesto recogido en la infracción tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, la que es de naturaleza grave, por lo que correspondía aplicar la sanción prevista en dicho tipo legal, careciendo de sustento lo alegado por la impugnante en el sentido que se haya producido vulneración alguna de los Principios de Presunción de Licitud, Verdad Material y Tipicidad contemplados en la Ley N° 27444.

²² 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)

²³ Cabe precisar que acorde con el artículo 13° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM los flujos descargados al ambiente provenientes de cualquier labor, excavación o trabajo efectuado dentro de los linderos de la Unidad Minera, son considerados efluentes minero-metalúrgicos; en tal sentido, toda vez que los efluentes provenientes de los puntos de monitoreo V-4 (E-19), V-5 (E-15) y V-7 (E-16), son descargas efectuadas al ambiente que finalmente llegan al Río Escalera, correspondía calificar los mismos como efluentes minero-metalúrgicos, por lo que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado a partir de la muestra recogida del efluente minero-metalúrgico, no deben exceder – en ningún momento- los niveles establecidos en la columna "Valor en cualquier Momento" del Anexo 1.

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.

Por lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por CAUDALOSA.

Con relación lo señalado por el OSINERGMIN en la Resolución N° 646-2008-OS/CD

12. En cuanto a lo señalado en el literal c) del numeral 2, respecto de la obligatoriedad y alcances de los denominados precedentes administrativos, el artículo VI del Título Preliminar de la Ley N° 27444 prescribe que éstos sólo son obligatorios en el ámbito de la entidad emisora del pronunciamiento²⁴:

“Efecto vinculante de los precedentes

(...) El efecto del precedente será la vinculación unilateral de la institución a lo decidido, y podrá ser invocada por terceros en casos análogos. (...)

Alance de la obligatoriedad

*En principio, la doctrina favorece la fuerza vinculante de los precedentes para la propia entidad (...)*²⁵

Siendo así, la obligatoriedad del análisis contenido en la Resolución N° 646-2008-OS/CD de fecha 28 de octubre de 2008, se circunscribió al ámbito orgánico del OSINERGMIN, cuando éste detentaba las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en asuntos ambientales mineros, las que conforme a lo expuesto en los numerales 3 al 7 de la presente resolución han sido materia de transferencia a este Organismo; razón por la cual no resulta aplicable al interior del presente procedimiento administrativo sancionador.

Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos precedentes, corresponde precisar que de la revisión del numeral 3.3 de la Resolución N° 646-2008-OS/CD de

²⁴ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Título Preliminar

Artículo VI.- Precedentes administrativos

1. Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma. (...)

²⁵ MORON URBINA, Juan Carlos. COMENTARIOS A LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Octava Edición. Gaceta Jurídica, 2009.

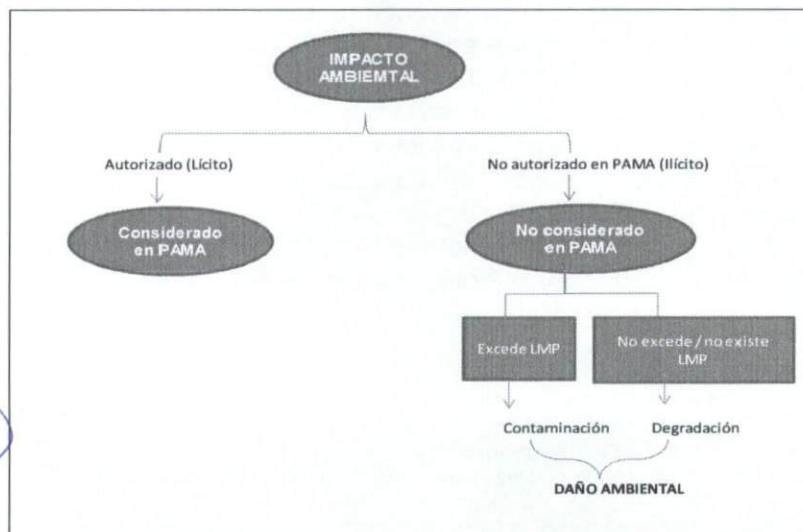
fecha 28 de octubre de 2008, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 08 de noviembre de 2008, se desprende que en dicha oportunidad el OSINERGMIN concluyó, contrariamente a lo manifestado por la recurrente, que el exceso de los LMP constituye un supuesto de contaminación ambiental y, por tanto, configura la situación de daño a que se refiere el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 2861126.

Finalmente, corresponde señalar que de conformidad con el numeral 3.2 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, para la configuración de la infracción imputada basta verificar que el incumplimiento a la normativa ambiental, en el presente caso del artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, sea la causa de un daño ambiental, hecho que ha sido corroborado conforme a lo expuesto en el numeral 11 de la presente resolución; no resultando exigible la especificación o descripción del daño así considerado, como sostiene CAUDALOSA.

Por lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por la apelante en este extremo.

²⁶ Resulta oportuno indicar que mediante la Resolución N° 646-2008-OS/CD de fecha 28 de noviembre de 2008, el Consejo Directivo del OSINERGMIN declaró fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por la empresa DOE RUN PERÚ S.R.L. contra la Resolución N° 2227-2007-OS/GG, mediante la cual se le impuso una multa de doscientas diez (210) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), entre otros, por infracción al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

A su vez, en el numeral 3.3 de la Resolución N° 646-2008-OS/CD, a efectos de explicar los conceptos expuestos, el OSINERGMIN propone el siguiente gráfico:



En relación a la vulneración de los Principios de Tipicidad y Causalidad por la falta de toma de muestras en el cuerpo receptor

13. Respecto a lo alegado en el literal d) del numeral 2, cabe indicar que según el Principio de Causalidad, regulado en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444²⁷, la responsabilidad administrativa debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

En tal sentido, no debe entenderse que dicho Principio establezca la obligación de la administración, de acreditar la relación causa-efecto entre la actuación de la recurrente y la configuración del daño al ambiente, sino más bien el deber de imponer la sanción correspondiente a quien ha ejecutado los hechos materia de imputación, que en este extremo consiste en descargar al ambiente un efluente líquido que incumple el LMP aplicable al parámetro STS previsto en el Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

A su vez, el Principio de Tipicidad, previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, comporta la exigencia, entre otros, de que los hechos imputados se adecúen a la descripción típica de la infracción materia de sanción.

Al respecto, corresponde precisar que la relación de causalidad así como la adecuación de los hechos imputados a la descripción típica contenida en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, se encuentran debidamente acreditadas toda vez que de acuerdo al Cuadro N° 1: Ubicación geográfica y descripción de estaciones monitoreadas (Foja 7), así como el Cuadro s/n del punto 5 relativo a las Recomendaciones, detalladas en el Informe de Supervisión N° 39-2008-SEMA – Supervisión Especial de Monitoreo Ambiental de efluentes minero metalúrgicos en el ámbito geográfico de Huancavelica y Junín, los efluentes correspondientes a los puntos de control V-4 (E-19), V-5 (E-15), V-7 (E-16), en los cuales se verificaron los excesos del LMP aplicable a los parámetros pH, STS y Zn, son producidos dentro de las instalaciones de la recurrente y vertidos finalmente en el Río Escalera, razón por la cual devino válida la imposición de la sanción dispuesta en este extremo.

Finalmente, conviene señalar que no deben confundirse las normas de los LMP como nivel de protección ambiental, cuya medición se realiza en la fuente del vertimiento con el propósito de controlar los efluentes provenientes de la actividad minera, con las normas de calidad referidas a los cuerpos receptores. En el presente caso no resulta relevante si, como señala la recurrente, no se han realizado –al interior del presente procedimiento sancionador– los análisis de calidad de los cuerpos receptores donde descargan los efluentes que excedieron los LMP materia de sanción, dado que el incumplimiento de los LMP en los efluentes configura la situación de daño ambiental mencionada en párrafos anteriores.

²⁷ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

De la Potestad Sancionadora

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

En consecuencia, no se han vulnerado los Principios de Tipicidad y Causalidad establecidos en los numerales 4 y 8 del artículo 230° contemplado en la Ley N° 27444, correspondiendo desestimar lo alegado 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 OEFA 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 COMPAÑÍA MINERA CAUDALOSA S.A. contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007975 de fecha 20 de julio de 2010, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución; quedando agotada la vía administrativa.

Artículo Segundo.- DISPONER que el monto de la multa sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

Artículo Tercero.- NOTIFICAR la presente resolución a COMPAÑÍA MINERA CAUDALOSA S.A. y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

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