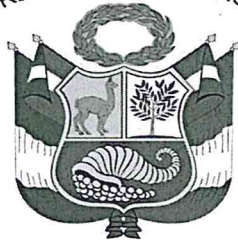


REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 254 -2012-OEFA/TFA

Lima, 27 NOV. 2012

VISTO:

El Expediente N° 177-08-MA/E que contiene el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA SAN SIMÓN S.A.¹ (en adelante, SAN SIMÓN) contra la Resolución Directoral N° 226-2012-OEFA/DFSAI de fecha 08 de agosto de 2012 y el Informe N° 246-2012-OEFA/TFA/ST de fecha 24 de octubre de 2012;

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución Directoral N° 226-2012-OEFA/DFSAI de fecha 08 de agosto de 2012 (Fojas 123 a 128), notificada con fecha 08 de agosto de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA impuso a SAN SIMÓN una multa de cien (100) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de dos (02) infracciones; conforme al siguiente detalle:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
En el punto de control E-01 (SD-SN1) ² , correspondiente al efluente del Sub	Artículo 4° de la Resolución	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo	50 UIT

¹ COMPAÑÍA MINERA SAN SIMÓN S.A. identificada con Registro Único de Contribuyente (R.U.C.) N° 20474053351.

² Cabe precisar que, de acuerdo a lo señalado en el literal c) del sub numeral 3.1.2. del numeral 3.1. del Rubro III de la parte considerativa de la Resolución Directoral N° 191-2012-OEFA/DFSAI, el detalle de los resultados obtenidos en el punto de control E-01 (SD-SN1), es el que sigue:

Punto de Monitoreo	Parámetro	LMP según Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Día	Turnos	Resultado de la Supervisión
E-01 (SD-SN1)	pH	6-9	05/12/08	Mañana (06:48)	2.70
				Tarde (15:45)	2.61
				Noche (22:45)	2.34
			07/12/08	Mañana (05:41)	2.28
				Tarde (13:35)	10.61
			08/12/08	Mañana (04:20)	11.55
	Noche (20:45)	3.25			
STS	50 mg/l	05/12/08	Mañana (06:48)	140.4	

drenaje N°1, Botadero Suro Norte, se reportaron valores para los parámetros pH, STS, Zn, As, Cu y Fe que exceden los Límites Máximos Permisibles establecidos en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Ministerial N° 011-96-EM/VMM ³	de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ⁴	
			50 UIT

Elemento	Límite Máximo Permissible	Fecha	Hora	Valor
Zn	3.0	07/12/08	Tarde (15:45)	725.4
			Noche (22:45)	78.3
		08/12/08	Tarde (13:35)	3589.4
			Noche (21:14)	2469.4
			Mañana (04:20)	3838.4
			Tarde (12:26)	1621.0
As	1.0	05/12/08	Noche (20:45)	477.4
			Noche (22:45)	3.091
Cu	1.0	05/12/08	Noche (22:45)	1.900
			Mañana (05:41)	1.800
		07/12/08	Mañana (06:48)	86.000
			Tarde (15:45)	73.300
			Noche (22:45)	87.100
			Mañana (05:41)	79.600
Fe	2.0	08/12/08	Noche (20:45)	83.090
			Mañana (06:48)	257.100
		05/12/08	Tarde (15:45)	239.700
			Noche (22:45)	317.800
			Mañana (05:41)	310.700
			Noche (20:45)	75.850

3 RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 011-96-EM/VMM. APRUEBA LOS NIVELES MAXIMOS 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
Plomo (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.

4 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. (...)

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. Para el caso de PPM, la multa será de 10 UIT por cada infracción. (...)

En el punto de control E-02 (SD-03) ⁵ correspondiente al efluente del Sub drenaje poza Grandes Eventos N° 3, al costado del puesto de vigilancia este, se reportó un valor de 1.049 mg/L para el parámetro Cianuro Total, que excede el Límite Máximo Permisible establecido en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM			
MULTA TOTAL			100 UIT

2. Con escrito de registro N° 18044 presentado con fecha 21 de agosto de 2012 (Fojas 131 al 146), SAN SIMÓN interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 226-2012-OEFA/DFSAI, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

a) Se han vulnerado los Principios de Legalidad, Debido Procedimiento, Tipicidad e Irretroactividad, regulados en los numerales 1, 2, 4 y 5 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, ya que se aplicó como norma sustantiva el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, la misma que a la fecha de emisión de la resolución impugnada se encontraba derogada por el Decreto Supremo N° 010-2010-MINAM.

Asimismo, SAN SIMÓN precisa que en virtud de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del referido Decreto Supremo sólo se mantuvieron vigentes los artículos 7°, 9°, 10°, 11° y 12°, así como los Anexos 03, 04 y 05 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM hasta el 06 de abril de 2011, con la emisión de la Resolución Jefatural N° 182-2011-ANA, que aprobó el Protocolo de Monitoreo de Aguas y Efluentes Líquidos.

b) Solicita la aplicación del Principio de Irretroactividad, toda vez que el Decreto Supremo N° 010-2010-MINAM estableció plazos de adecuación a los nuevos Límites Máximos Permisibles aprobados por dicho dispositivo normativo, los mismos que a la fecha no se encuentran vencidos, por lo que no corresponde imponer sanción alguna a SAN SIMÓN.

c) Se invoca la aplicación del Principio de Non Bis in Idem previsto en el numeral 1.10 del artículo 230° de la Ley N° 27444, pues la apelante ha sido sancionada por los mismos hechos a través de la Resolución Directoral N° 167-2010-OEFA/DFSAI.

En efecto, en dicha oportunidad se sancionó a SAN SIMÓN por incumplimiento de los LMP aplicables a los parámetros pH, STS, Zn, As, Cu y Fe en el punto

⁵ Cabe precisar que, de acuerdo a lo señalado en el literal c) del sub numeral 3.2.2. del numeral 3.2. del Rubro III de la parte considerativa de la Resolución Directoral N° 191-2012-OEFA/DFSAI, el detalle de los resultados obtenidos en el punto de control E-02 (SD-03), es el que sigue:

Punto de Monitoreo	Parámetro	LMP según Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Día	Turnos	Resultado de la Supervisión
E-02 (SD-03)	Cn	1.0	05/12/08	Mañana (05:30)	1.049

de control SD-SN1, en virtud de resultados obtenidos por el mismo laboratorio de ensayo y empleando los mismos equipos de calibración.

- d) El informe sustentatorio de la resolución recurrida no indica la metodología, criterios, tipo de instrumento, forma de muestreo y preservación de las muestras, de acuerdo a lo estipulado en el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Aguas aprobado por Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA.
- e) Conforme se desprende de las fotografías remitidas por la recurrente se advierte que la toma de muestras se realizó en forma deficiente, lo que se comprueba con los resultados obtenidos para los parámetros Cu y Fe, cuyos valores son exagerados, y que en comparación con los resultados obtenidos para los parámetros As y Zn, resultan contradictorios, pues se trata de un mismo punto de control.
- f) No se ha emitido pronunciamiento sobre la forma en que se realizó la toma de muestras, así como la obtención de contramuestras o testigos para casos de discrepancias de valores, siendo que esto último no se cumplió.

Por tal motivo, no resulta suficiente que las vistas fotográficas ofrecidas por SAN SIMÓN no indiquen su fecha o sean poco visibles, como indicó el órgano de primera instancia, cuando se ha verificado que no se siguieron las pautas del Protocolo de Monitoreo, más aún cuando no se ha indicado los datos de calibración de los equipos utilizados.

- g) Se ha transgredido el Principio de Tipicidad ya que se ha considerado que el sólo exceso de los LMP ocasiona un daño al ambiente, esto de manera objetiva, sin tomarse en cuenta que el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM se encontraba derogado y que el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no contempla el tipo de daño objetivo.

Competencia

- 3. 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).
- 4. 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

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.

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

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 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 funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA, el 22 de julio de 2010.
7. En adición, 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 4° del Reglamento Interno del

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:

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 SAN SIMÓN, 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 intervinientes¹².
9. 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

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

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.

11 RESOLUCIÓN 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.

13 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

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.

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 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.

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 mencionada 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 previsora 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.

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

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

Sobre la aplicación de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM y la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 010-2010-MINAM

11. En cuanto a los argumentos recogidos en los literales a) y b) del numeral 2, cabe indicar que el artículo III del Título Preliminar del Código Civil en concordancia con el artículo 103° de la Constitución Política de 1993, recoge la regla de la aplicación inmediata de la ley, lo que implica que desde su entrada en vigencia ésta se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. De este modo, los hechos cumplidos bajo la antigua ley se rigen por aquélla, mientras que los efectos o hechos producidos luego de la entrada en vigencia de la nueva ley se rigen por ésta¹⁷.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha explicado pedagógicamente la aplicación de la citada regla de derecho, con énfasis en el ámbito penal, así como la retroactividad de las normas, entre otros, a través de los Fundamentos N° 7 y 8 de la Sentencia recaída en el expediente N° 1300-2002-HC/TC, cuyo texto es el siguiente¹⁸:

“7. En cuanto a la aplicación de normas en el tiempo, la regla general es su aplicación inmediata. Determinados hechos, relaciones o situaciones jurídicas existentes, se regulan por la norma vigente durante su verificación. En el derecho penal material, la aplicación inmediata de las normas determina que a un hecho punible se le aplique la pena vigente al momento de su comisión. En el derecho procesal, el acto procesal está regulado por la norma vigente al momento en que éste se realiza.

8. La aplicación retroactiva de las normas se produce cuando a un hecho, relación o situación jurídica se les aplica una norma que entró en vigencia después que éstos se produjeron. Nuestro ordenamiento prohíbe la aplicación retroactiva de las normas. Como excepción a la regla se permite la aplicación retroactiva en materia penal, cuando favorece al reo. (...) (El resaltado en negrita es nuestro)

De lo señalado, se advierte que la regla de la aplicación inmediata viene matizada por la aplicación retroactiva de la ley penal cuando resulta más favorable al procesado, esto es, en caso que la nueva disposición punitiva posterior a la comisión del hecho delictivo sea más favorable; excepción que ha sido reconocida expresamente en el ámbito sancionador administrativo.


¹⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993.

Artículo 103°.- (...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. (...)

DECRETO LEGISLATIVO N° 295. CODIGO CIVIL.
TÍTULO PRELIMINAR

Artículo III.- Aplicación de la ley en el tiempo

La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.

¹⁸ La Sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el expediente N° 1300-2002-HC/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01300-2002-HC.html>

En efecto, el Principio de Irretroactividad, previsto en el numeral 5 del artículo 230° de la Ley N° 27444, prevé que son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes a la fecha de comisión del ilícito administrativo, salvo que las posteriores resulten más favorables.

Sin embargo, el máximo intérprete constitucional se ha encargado de precisar que la aplicación retroactiva favorable no resulta irrestricta, habiendo precisado lo siguiente en el Fundamento N° 52 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 0019-2005-PI/TC¹⁹:

“52. No obstante, el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no puede ser interpretado desde la perspectiva exclusiva de los intereses del penado. Si tal fuera el caso, toda ley más favorable, incluso aquellas inconstitucionales, inexorablemente deberían desplegar sus efectos retroactivos concediendo la libertad al delincuente.

La interpretación de aquello que resulte más favorable al penado debe ser interpretado a partir de una comprensión institucional integral, es decir, a partir de una aproximación conjunta de todos los valores constitucionalmente protegidos que resulten relevantes en el asunto que es materia de evaluación (...)” (El resaltado en negrita es nuestro)

En tal contexto, este Órgano Colegiado considera oportuno precisar que la norma sancionadora aplicable al presente caso viene dada exclusivamente por el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, la cual prevé el ilícito imputado así como la consecuencia jurídica aplicable a título de sanción, la misma que no ha sido modificada y se mantiene vigente, razón por la cual no opera el Principio de Irretroactividad.

Sin perjuicio de lo concluido, en cuanto a la norma sustantiva (incumplida), que en el presente caso viene dada por el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, cuya vigencia se cuestiona, así como de los LMP previstos en su Anexo 1 a la fecha de emisión de la resolución sancionadora, cabe indicar que:

a) Mediante Decreto Supremo N° 010-2010-MINAM, publicado el 21 de agosto de 2010, se aprobó los nuevos LMP para las descargas de efluentes líquidos de Actividades Minero-Metalúrgicas.

b) A través del numeral 4.2 del artículo 4° del decreto Supremo N° 010-2010-MINAM, en concordancia con los artículos 1° y 4° del Decreto Supremo N° 010-2011-MINAM, se establecieron plazos diferenciados para la adecuación y cumplimiento de los nuevos LMP aplicables, entre otros, a todos aquellos que venían desarrollando actividades mineras al 22 de agosto de 2010:

¹⁹ La Sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el expediente N° 0019-2005-PI/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00019-2005-AI.html>

SUPUESTOS	APLICACIÓN
<ul style="list-style-type: none"> - Titulares que cuentan con Estudio Ambiental aprobado - Aquellos que vienen desarrollando actividades mineras - Aquellos que cuentan con Estudios Ambientales en trámite de aprobación 	A partir del 22 de abril de 2012
En caso de requerir diseño y puesta en operación nueva infraestructura, previa presentación de Plan de Implementación al Ministerio de Energía y Minas	A partir del 15 de octubre de 2014

- c) Por su parte, el numeral 33.4 del artículo 33° de la Ley N° 28611²⁰, prevé que en el proceso de revisión de parámetros de contaminación ambiental, con la finalidad de determinar nuevos niveles de calidad, será aplicable el Principio de Gradualidad, de modo tal que se permita un ajuste progresivo a los nuevos niveles para las actividades en curso.
- d) En tal sentido, a través del artículo 1° de la Resolución Ministerial N° 141-2011-MINAM²¹, publicada el 30 de junio de 2011, se ratificó la aplicación del citado Principio de Gradualidad, estableciendo con carácter declarativo que “la entrada en vigencia de los nuevos valores de los LMP para actividades en curso que deban adecuarse a las nuevas exigencias, deben cumplir como mínimo con los valores anteriormente aprobados, hasta la conclusión del plazo de adecuación.
- e) En tal sentido, si bien la Disposición Complementaria Derogatoria Única del Decreto Supremo N° 010-2010-MINAM, derogó, entre otros, el artículo 4° y Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM; los nuevos LMP aprobados por el Decreto Supremo N° 010-2010-MINAM no entraron en vigencia inmediatamente, ya que se estableció un periodo de adecuación, motivo por el cual en el marco del numeral 33.4 del artículo 33° de la Ley N° 28611, los LMP contenidos en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM son aplicables hasta el vencimiento de los plazos descritos en el cuadro contenido en el literal b) precedente.

Por lo tanto, considerando que SAN SIMÓN señala que se encuentra dentro del segundo supuesto descrito en el cuadro arriba citado, toda vez que indica que no se encuentra vencido el plazo de adecuación a los nuevos LMP, corresponde señalar que de acuerdo a lo expuesto precedentemente le resulta exigible a ésta el cumplimiento de los LMP previstos en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, hasta el vencimiento del plazo consignado en el rubro “aplicación” del cuadro mencionado, es decir, hasta el 14 de octubre de 2014.

²⁰ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 33°.- De la elaboración de ECA y LMP

(...)

33.4 En el proceso de revisión de los parámetros de contaminación ambiental, con la finalidad de determinar nuevos niveles de calidad, se aplica el principio de la gradualidad, permitiendo ajustes progresivos a dichos niveles para las actividades en curso.

²¹ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 141-2011-MINAM. RATIFICAN LINEAMIENTOS PARA LA APLICACIÓN DE LOS LÍMITES MÁXIMOS PERMISIBLES.

Artículo 1°.- Ratificación de lineamiento para la aplicación de LMP

Ratifíquese, que en aplicación del numeral 33.4 del artículo 33° de la Ley N° 28611, la entrada en vigencia de los nuevos valores de Límites Máximos Permisibles para actividades en curso que deban adecuarse a las nuevas exigencias, deben cumplir como mínimo con los valores anteriormente aprobados, hasta la conclusión del plazo de adecuación establecido en el instrumento de gestión ambiental o la norma respectiva.

De este modo, se constata que la aplicación del artículo 4° y el Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM por parte de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos se realizó correctamente, toda vez que ambos resultaron exigibles a la fecha de emisión de la resolución apelada.

Asimismo, se tiene que el pronunciamiento emitido por dicho Órgano de Línea se ajusta a lo dispuesto por el artículo 103° de la Constitución Política de 1993 y el Principio de Irretroactividad, previsto en el numeral 5 del artículo 230° de la Ley N° 27444²², en tanto las disposiciones de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM se encontraban plenamente vigentes a la fecha de la supervisión, llevada a cabo el 5, 7 y 8 de diciembre de 2008, esto es, a la fecha en que se produjeron y verificaron las infracciones sancionadas; cumpliéndose así con la regla de aplicación inmediata de las normas.

Por lo expuesto, la aplicación del artículo 4° y del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM por parte del Órgano de primera instancia se realizó conforme a las reglas de aplicación de las normas que rigen nuestro ordenamiento jurídico, por lo que no se ha producido vulneración alguna de los Principios de Legalidad, Debido Procedimiento, Tipicidad e Irretroactividad regulados en los numerales 1, 2, 4 y 5 del artículo 230° de la Ley N° 27444²³, por las razones expuestas en este numeral y por cuanto a la fecha de inicio del presente procedimiento sancionador mediante Oficio N° 746-2009-OS-GFM del 11 de mayo de 2009, se encontraban vigentes y, por lo tanto exigibles, los LMP aprobados por la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, correspondiendo desestimar lo alegado en estos extremos.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que la Resolución Jefatural N° 121-2011-ANA que alega la recurrente es la que aprueba el Protocolo Nacional de Monitoreo de la Calidad de los Cuerpos Naturales de Agua Superficial, la misma que no tiene relación con la infracción imputada que se refiere al exceso de los LMP de efluentes líquidos minero metalúrgicos.

²² 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:

(...)

5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

²³ 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:

(...)

1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

2. Debido procedimiento.- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.

(...)

4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

De igual modo, se encontraba vigente la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, en cuyo numeral 3.2 del punto 3, se tipifica el ilícito administrativo materia de sanción.

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

En cuanto a la aplicación del Principio Non Bis in Idem

12. Respecto a lo alegado en el literal c) del numeral 2, cabe indicar que el Principio *Non Bis in Idem*, regulado en el numeral 10 del artículo 230° de la Ley N° 27444²⁴, expresa en su vertiente material la imposibilidad de que una persona sea sancionada o castigada dos o más veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento; elementos que deben configurarse de manera concurrente.

Considerando que la recurrente señala que los hechos que sustentan la infracción descrita en el numeral 3.1 del Rubro III de la Resolución Directoral N° 167-2012-OEFA/DFSAI, guardan identidad con aquellos a que se refieren las infracciones contenidas en los numerales 1, 2 y 3 del cuadro detalle contenido en el primer numeral de la presente resolución, corresponde a este Tribunal Administrativo determinar si se cumple la triple identidad exigida por el Principio *Non Bis in Idem*.

Sobre el particular, cabe indicar que de acuerdo al numeral 3.1 del Rubro III de la Resolución Directoral N° 167-2012-OEFA/DFSAI de fecha 05 de julio de 2012, expedida en el marco del procedimiento administrativo sancionador tramitado en el Expediente N° 173-08-MA/E, en dicha oportunidad se sancionó a SAN SIMÓN por incumplimiento de los LMP aplicables a los parámetros pH, As, Cu, Fe y Zn en el punto de control SD-SN1.

Contrariamente a lo indicado por la apelante, la infracción sancionada mediante la Resolución Directoral N° 167-2012-OEFA/DFSAI sólo coincide, en el extremo referido al punto de control SD-SN1, con la infracción descrita en el primer numeral de la presente resolución; por lo que debe entenderse que el argumento de SAN SIMÓN sobre la posible aplicación del Principio Non Bis In Idem sólo está referido a dicho punto de control y no al otro que es objeto del presente procedimiento, vale decir, al punto de control E-02 (SD-03).

Con relación al punto de control SD-SN1, debe señalarse que la referencia al mismo punto de control no implica que ambas infracciones, consistentes en el incumplimiento de los LMP aplicables a los parámetros pH, As, Cu, Fe y Zn en el punto de control SD-SN1, se sustenten en los mismos hechos, ya que de acuerdo al texto normativo del artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM,

²⁴ 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: (...)

10. **Non bis in idem.**- No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.

los resultados obtenidos del análisis de las muestras provenientes de los efluentes objeto de monitoreo se obtienen para cada uno de los parámetros regulados por separado; y, además, en cualquier momento. Esto significa que los resultados provenientes de una muestra tomada en un lapso, serán válidos sólo para ese espacio de tiempo, en el que deben observar los valores contenidos en la columna "Valor en cualquier Momento" del Anexo 1 de la citada Resolución Ministerial.

Siendo así, corresponde precisar que el incumplimiento de los parámetros pH, As, Cu, Fe y Zn, sancionado mediante la Resolución Directoral N° 167-2012-OEFA/DFSAI, se sustenta en muestreos realizados con fechas **25, 29 y 30 de octubre de 2008**²⁵, mientras que la infracción materia de sanción al interior del presente procedimiento se fundamenta en muestreos realizados con fechas **05, 07 y 08 de diciembre de 2008**²⁶.

Por lo tanto, habiéndose constatado que las infracciones invocadas por la recurrente no se sustentan en los mismos hechos, toda vez que los resultados obtenidos en el punto de control SD-SN1 corresponden a momentos distintos, cada incumplimiento deviene en sancionable por separado, conforme a lo especificado en el citado artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM. En consecuencia, no se ha producido vulneración alguna del Principio *Non Bis In Idem*, por lo que corresponde desestimar lo alegado por SAN SIMÓN en este extremo.

Sobre el cumplimiento del Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua, aprobado por Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA

13. Con relación a lo alegado en los literales g), h) e i) del numeral 2, cabe indicar que el numeral 24.5 del artículo 24° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, en concordancia con el numeral 171.2 del artículo 171° de la Ley N° 27444, establece que durante la tramitación del procedimiento sancionador corresponde al órgano instructor emitir un informe proponiendo al órgano sancionador la imposición de una sanción o el archivo del procedimiento ante la no existencia de infracción sancionable; documento que constituye la propuesta de resolución del caso y que tiene carácter no vinculante²⁷.

²⁵ Conforme se desprende del Informe de Campo N°11-08-0166 (folio 49 del expediente N° 173-08-MA/E) y de los Informes de Ensayo N°1016178L/08-MA (folio 60 del expediente N° 173-08-MA/E); N° 1016151L/08-MA (folio 113 y 114 del expediente N° 173-08-MA/E); N°1016176L/08-MA (folios 56 y 57 del expediente N° 173-08-MA/E) y N°1016178L/08-MA (folios 62 y 63 del expediente N° 173-08-MA/E) expedidos por el Laboratorio INSPECTORATE SERVICES PERU S.A.C.

²⁶ conforme se verifica del Informe de Campo N° 12-08-0315 (folio 42 del expediente N° 177-08-MA/E), y los Informes de Ensayo N° 1218186L/08-MA (folios 45 al 47 del expediente N° 177-08-MA/E), N° 1218188L/08-MA (folios 51 al 54 del expediente N° 177-08-MA/E), N° 1218325L/08-MA (folios 57 del expediente N° 177-08-MA/E) y N° 1218327L/08-MA (folios 60 al 62 del expediente N° 177-08-MA/E) emitido por el Laboratorio INSPECTORATE SERVICES PERU S.A.C.

²⁷ RESOLUCIÓN N° 640-2007-OS/CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE OSINERGMIN.

Artículo 24°.- Órgano Instructor

En la Escala de Multas y Sanciones se establecerán los órganos que actuarán como instructores en cada actividad supervisada, los mismos que serán competentes para realizar las siguientes funciones.

(...)

24.5. Emitir el informe que proponga al Órgano Sancionador la imposición de una sanción o el archivo del procedimiento ante la no existencia de infracción sancionable, así como el proyecto de resolución respectivo.

Por su parte, el numeral 5 del artículo 235° de la Ley N° 27444²⁸, establece claramente que el referido informe deberá determinar, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas y constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción para dicha conducta y la sanción que se propone imponer; o bien se propondrá la declaración de no existencia de infracción.

En tal sentido, si bien la apelante señala que el Informe N° 311-2012-OEFA/DFSAI/SDI de fecha 06 de agosto de 2012, que sirve de sustento a la resolución recurrida, no especifica la metodología empleada durante la toma de muestras, los instrumentos utilizados y la preservación que se realizó de las muestras obtenidas, ello no constituye una vulneración o incumplimiento de la normativa arriba citada, toda vez que no resulta exigible que esta información forme parte del referido instrumento.

En efecto, la información a que hace referencia SAN SIMÓN corresponde a la etapa de supervisión, cuyos resultados obran en el Informe de Supervisión elaborado al efecto, razón por la cual para verificar el cumplimiento de los procedimientos aplicables durante el monitoreo de los efluentes minero-metalúrgicos derivados de las actividades de la impugnante, es necesario remitirse a dicho instrumento probatorio y no al Informe N° 311-2012-OEFA/DFSAI/SDI.

Sobre el particular, cabe indicar que en el numeral 5.2 del Rubro 5 del Informe N° 2b, "Monitoreo de las Aguas Superficiales y Efluentes Minero-Metalúrgicos en el ámbito de La Libertad – Sector 10", sobre la metodología empleada durante la toma de muestras, los instrumentos utilizados y la preservación que se realizó de las muestras obtenidas, se indica lo siguiente:

"Los procedimientos para el monitoreo de cuerpos receptores (aguas superficiales) y efluentes minero metalúrgicos se ciñeron a los criterios definidos en el Protocolo de Monitoreo de la calidad del agua del MEM y los contemplados en otros protocolos nacionales e internacionales que complementan los precisados por el MEM. A su vez, el monitoreo contempló los procedimientos básicos y específicos en la preparación de recipientes, materiales, reactivos y equipo de muestreo, preservación, rotulación, traslado

LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 171°.- Presunción de la calidad de los informes

(...)

171.2 Los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, con las excepciones de ley.

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

Artículo 235°.- Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones:

(...)

5. Concluida, de ser el caso, la recolección de pruebas, la autoridad instructora del procedimiento resuelve la imposición de una sanción o la no existencia de infracción. En caso de que la estructura del procedimiento contemple la existencia diferenciada de órganos de instrucción y órganos de resolución concluida la recolección de pruebas, la autoridad instructora formulará propuesta de resolución en la que se determinará, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción para dicha conducta y la sanción que se propone que se imponga; o bien se propondrá la declaración de no existencia de infracción. Recibida la propuesta de resolución, el órgano competente para decidir la aplicación de la sanción podrá disponer la realización de actuaciones complementarias, siempre que sean indispensables para resolver el procedimiento.

de muestras, técnicas para la medición de caudal, cadena de custodia, empaque y transporte de muestras, entre los más resaltantes.” (folio 011 del expediente N° 177-08-MA/E)

En adición, conforme se desprende de los Informes de Ensayo con Valor Oficial N° 1218186L/08-MA (folios 45 al 47 del expediente N° 177-08-MA/E), N° 1218188L/08-MA (folios 51 al 54 del expediente N° 177-08-MA/E), N° 1218325L/08-MA (folios 57 del expediente N° 177-08-MA/E) y N° 1218327L/08-MA (folios 60 al 62 del expediente N° 177-08-MA/E) y del Informe de Campo N° 12-08-0315 (folio 42 del expediente N° 177-08-MA/E), emitidos por el laboratorio acreditado INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C., y que forman parte del referido Informe de Supervisión, las muestras ingresaron al laboratorio en *cooler*, con refrigerantes; filtradas y preservadas para el análisis de metales disueltos, y contenidas en frascos de plástico.

En atención a lo expuesto, toda vez que por disposición del numeral 21.4 del artículo 21° de la Resolución N° 640-2007-OS-CD²⁹ la información contenida en los Informes de Supervisión se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario; encontrándose acreditado que durante el muestreo realizado en las instalaciones de SAN SIMÓN se siguió la metodología prevista en el Protocolo aprobado por Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA, correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtúen el contenido del mencionado informe³⁰.

En tal sentido, SAN SIMÓN ha señalado que INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C. no habría realizado correctamente la toma de muestras, lo que se sustentaría en las vistas fotográficas obrantes a fojas 96 a 99 del expediente, presentadas conjuntamente con su escrito de descargos, así como los resultados obtenidos para los parámetros Cu y Fe.

Al respecto, cabe mencionar que la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos ya ha señalado en el literal n) del sub-numeral 3.1.2 del numeral 3.1 del Rubro III de la parte considerativa de la resolución apelada, que las referidas vistas fotográficas corresponden a un momento distinto al de la supervisión, habiendo precisado además que los frascos empleados durante el muestreo según dichas fotografías no coinciden con los utilizados por INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C. Por tal razón, las fotografías presentadas por la recurrente carecen de aptitud probatoria para acreditar la supuesta contaminación de las muestras o equipos empleados durante el monitoreo; fundamento que hace suyo este Tribunal Administrativo, en aplicación del numeral 6.2 del artículo 6° de la Ley N° 27444³¹.

²⁹ RESOLUCION N° 640-2007-OS-CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE OSINERGMIN.

Artículo 21°.- Inicio del Procedimiento (...)

21.4. Los Informes Legales, Informes Técnicos, Actas Probatorias, Cartas de Visita 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.

³⁰ Se emplearon envases de plástico para el almacenamiento y traslado a laboratorio de las muestras debido a que los metales no se analizan en campo. Sin embargo para la medición del parámetro pH que se realiza en campo, se utilizó el equipo multiparámetro HANNA modelo HI98130 con número de serie HO12091/H8/JMJ.

³¹ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

A su vez, cabe indicar que el texto normativo del citado artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM prevé que los niveles máximos permisibles que se deben encontrar en los análisis de las muestras provenientes de los efluentes objeto de monitoreo son aplicables a **cada uno de los parámetros regulados por separado**; y, además, son exigibles en **cualquier momento**, esto es, que los resultados provenientes de una muestra tomada en un lapso serán válidos sólo para ese espacio de tiempo, en el que se deben observar los valores contenidos en la columna "Valor en cualquier Momento" del Anexo 1. De esto se desprende que la obtención de diferentes valores para cada uno de los parámetros objeto de medición, en muestras tomadas en momentos distintos, no puede entenderse como indicación de una incorrecta toma de muestras.

Asimismo, no existe ninguna razón para pretender relacionar los valores obtenidos para los parámetros Cu y Fe con los resultados de As y Zn, ya que el método que SAN SIMÓN utilizó para controlar los drenajes ácidos del botadero Suro Norte no asegura los mismos resultados en cada parámetro, en tanto que cada elemento puede reaccionar de manera diferente a ciertas condiciones como temperatura, pH, o la misma concentración del aditivo utilizado para controlar el efluente del drenaje; por lo que corresponde desestimar lo alegado sobre el particular.

De otro lado, cabe precisar que aunque la recurrente señala que no se le ha indicado la forma en que se realizó la toma de muestras, ésta le fue notificada oportunamente con el Informe de Supervisión 2b, a través del Oficio N° 746-2009-OS-GFM de fecha 11 de mayo de 2009, por el cual se dio inicio al presente procedimiento sancionador. En dicho informe se explica claramente que se siguió el Protocolo aprobado por Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA, lo cual fue valorado al emitirse la resolución recurrida, conforme se desprende de su parte considerativa.

Asimismo, sobre la obtención de contramuestras para casos de discrepancias, cabe precisar que éstas consisten en una porción de la muestra ensayada por el laboratorio, la cual se puede utilizar con fines de dirimencia cuando los resultados son cuestionados. En este caso, las contramuestras fueron conservadas por INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C. durante los periodos de custodia correspondientes, que varían de siete (07) días a tres (03) meses como máximo, conforme a lo indicado en la parte inferior del informe, siendo de entera responsabilidad de SAN SIMÓN la decisión de solicitar oportunamente la dirimencia a practicarse sobre las mismas, en el caso que no hubiera estado de acuerdo con los resultados contenidos en los Informes de Ensayo que sustentan las infracciones materia de sanción.

Finalmente, en cuanto a los datos de calibración de equipos, cabe indicar que el numeral 4.5.3 del Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua del sub-sector

Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo

(...)

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

minería, aprobado por Resolución Directoral 044-94-EM/DGAA, al referirse a las mediciones en campo indica lo siguiente³²:

“4.5.3. Mediciones de campo

Flujo. *El flujo deberá medirse o calcularse para todas las muestras y en todas las estaciones de muestreo. En el caso de los Flujos mayores a través de una zanja o canal, la estación de muestreo deberá estar ubicada en un vertedero o cerca al mismo desde el cual pueda medirse el flujo. En las estaciones de bajo flujo, o en aquellas sin un vertedero, el flujo puede calcularse: (...)*

Química del Agua. *Existe un número de parámetros que deberá medirse in situ o inmediatamente después de la toma de muestra, incluyendo pH, Eh, temperatura, conductividad y oxígeno disuelto. La muestra para el análisis de campo deberá ser una submuestra de las enviadas para análisis de laboratorio y se deberá desechar después que se efectúe las mediciones. (...)* (SIC) (El subrayado es nuestro)

De lo señalado en el párrafo anterior, se advierte que los parámetros cuya medición se realiza en campo, para la cual se requiere equipos calibrados y en buen estado de funcionamiento, sólo incluyen al pH, Eh, temperatura, conductividad, oxígeno disuelto y caudal (flujo). En este caso, el único equipo empleado en campo durante la supervisión realizada el mes de diciembre de 2008 en las instalaciones de la recurrente, fue el que se usó para la medición del pH, mientras que los parámetros STS, Zn, As, Cu, Fe y Cianuro total, fueron analizados en laboratorio.

En esta línea, resulta oportuno señalar que de acuerdo al numeral 4.2 del Rubro 4.0 del Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua, aprobado por Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA³³, en la preparación de un viaje de muestreo, deberá limpiarse y calibrarse todo el equipo; los reactivos y soluciones buffer deberán estar frescos y completos, los recipientes de muestreo ordenados (limpiados de acuerdo a los procedimientos estándar).

Igualmente, el sub-numeral 4.2.1 del referido Protocolo se indica que resultará prudente verificar que cada instrumento cumpla con los estándares de calibración

³² Cabe señalar que el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua del sub-sector minería, aprobado por Resolución Directoral 044-94-EM/DGAA, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGAAM/guias/procaliagua.PDF>

³³ RESOLUCIÓN DIRECTORAL 044-94-EM/DGAA. PROTOCOLO DE MONITOREO DE CALIDAD DE AGUA.
(...)

4.2.2 Instrumentos Analíticos

Algunas sondas o electrodos manuales tipo «bolígrafo» están disponibles para las medidores de campo de parámetros, tales como pH, Eh, temperatura, conductividad y TDS. Estos pueden utilizarse para observaciones de campo y programas de reconocimiento. No obstante, la calibración de estas sondas debe verificarse frecuentemente para determinar si tienen la exactitud y precisión de los instrumentos de laboratorio. Por lo general, los fabricantes harán mención de la exactitud de cada instrumento.

Los instrumentos portables están disponibles para medir parámetros de campo en la estación de muestreo. Estos parámetros incluyen algunos o todos, a saber: Eh, pH, conductividad, temperatura, oxígeno disuelto y turbidez. Algunos proveedores de instrumentos tienen a disposición juegos de campo para las medidores de sulfato alcalinidad, acidez y dureza. No obstante, por lo general, el laboratorio de análisis mide estos últimos parámetros. Los medidores de flujo usualmente requieren la instalación de un vertedero en los Lugares de flujos mayores. Se requerirá un cronómetro y, posiblemente, un calibrador de profundidad o varilla de medición.

antes de ir a campo; precisando, en su numeral 4.2, denominado "Instrumentos Analíticos"³⁴, que la calibración de las sondas debe verificarse frecuentemente para determinar si tienen la exactitud y precisión de los instrumentos de laboratorio.

A su vez, es pertinente señalar que el literal f) del numeral 5, en concordancia con el numeral 2, de la Directriz SNA-acr-12D del Servicio Nacional de Acreditación, que aprueba los Criterios para la Trazabilidad de las Mediciones (*Policy on traceability of measurements*), al establecer las características de la trazabilidad aplicables a las mediciones realizadas por los laboratorios de ensayo, dispone lo siguiente³⁵:

f) Intervalos de calibración; con el objeto de mantener la trazabilidad de las mediciones, las calibraciones deberán repetirse a intervalos apropiados; la frecuencia de las calibraciones depende de una serie de variables, por ejemplo, la exactitud requerida, incertidumbre requerida, la frecuencia y modo de uso y la estabilidad de los equipos, entre otros. (El subrayado es nuestro)

Por tales motivos, se concluye que el Protocolo aprobado por Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA no debe entenderse en el sentido que para la realización de muestreos en campo deba someterse el equipo de medición a un procedimiento de calibración cada vez, sino que deberá verificarse el estado de calibración de dicho equipo, de modo tal que se asegure su correcto funcionamiento. En este respecto, es pertinente considerar que no existe norma imperativa alguna que establezca la periodicidad u oportunidad en que corresponde practicar la calibración de estos instrumentos, lo que es ratificado por el Sistema Nacional de Acreditación al señalar que su realización depende de diversos factores, sin fijar un intervalo o plazo para la calibración, conforme a lo citado precedentemente.

Así las cosas, según se desprende de los instrumentos de prueba obrantes a fojas 69 a 71 del expediente, los equipos empleados para la medición del parámetro pH en campo contaban con certificados de calibración, así como cartas de garantía contra defectos de material o fabricación de fecha 02 de abril de 2008, siendo que las garantías tenían un periodo de cobertura de doce (12) meses posteriores, esto es, hasta el 02 de abril de 2009, por lo que queda acreditado el cumplimiento del Protocolo aprobado por Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA, en lo relativo a la condición de los equipos para mediciones en campo, careciendo de sustento lo alegado sobre el particular³⁶.


³⁴ RESOLUCIÓN DIRECTORAL 044-94-EM/DGAA. PROTOCOLO DE MONITOREO DE CALIDAD DE AGUA.

(...)

4.5.2 Toma de Muestras

(...)

Al momento de tomar las muestras:

Si se tiene que tomar varias botellas de muestra en el mismo lugar, ello deberá hacerse en el mismo tiempo. Si fuera posible, es mejor recolectar una gran muestra y dividirla en submuestras.


³⁵ La Directriz SNA-acr-12D del Servicio Nacional de Acreditación, que aprueba los Criterios para la Trazabilidad de las Mediciones (*Policy on traceability of measurements*), se encuentra disponible en:

<http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/ier/acre01/Requisitos/DocGenerales/DirectrizDeTrazabilidad.pdf>

³⁶ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 163°.- Actuación probatoria



En atención a las consideraciones expuestas, corresponde desestimar los argumentos expuestos por SAN SIMÓN en estos extremos.

Con relación a la vulneración del Principio de Tipicidad y el daño al ambiente

14. Respecto a lo señalado por la recurrente en el literal g) del numeral 2, cabe indicar que de acuerdo al Principio de Tipicidad, regulado en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía.

A su vez, sobre la aplicación del citado principio, MORÓN URBINA³⁷ ha señalado que el mandato de tipificación derivado del mismo no sólo se impone al legislador cuando redacta el ilícito, sino también a la autoridad administrativa cuando instruye un procedimiento sancionador y debe realizar la subsunción de una conducta en los tipos legales existentes.

En efecto, corresponde a la Administración verificar la correcta adecuación de los hechos a la descripción típica de la infracción imputada, rechazándose toda interpretación extensiva o aplicación analógica de la norma tipificadora, toda vez que esto último implicaría sancionar conductas cuya antijuridicidad se encuentra excluida al no encontrarse calificadas como ilícitos.

En este contexto resulta oportuno señalar que la infracción imputada a SAN SIMÓN, tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, prevé 02 (dos) elementos como parte de su supuesto de hecho:

- a) Incumplimiento del artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, por exceso de los LMP.
- b) Que el exceso de los LMP detectados durante la supervisión origine un daño al ambiente.

En cuanto al elemento previsto en el literal a), corresponde reiterar lo indicado en los numerales 12 y 13 de la presente resolución en el sentido que los excesos de LMP aplicables a los parámetros pH, STS, Zn, AS, Cu y Fe, reportados en el punto de control E-01 (SD-SN1) y al parámetro Cianuro en el punto de control E-02 (SD-03), se encuentran debidamente acreditados conforme a los resultados

163.1 Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal, fijando un período que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. Sólo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios. (El subrayado es nuestro)

³⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima. 9° edición, 2011.

contenidos en el Informe de campo e Informes de Ensayo emitidos por el Laboratorio INSPECTORATE SERVICES PERU S.A.C.³⁸

A su vez, con relación al elemento descrito en el literal b), este Tribunal Administrativo considera oportuno determinar los alcances de la categoría "daño ambiental" y su configuración como consecuencia del exceso de los LMP³⁹.

Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611⁴⁰, 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 potenciales⁴¹. 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.

³⁸ Contenidos en el Informe de Campo N° 12-08-0315 (folio 42 del expediente N° 177-08-MA/E), y en los Informes de Ensayo N° 1218186L/08-MA (folios 45 al 47 del expediente N° 177-08-MA/E), N° 1218188L/08-MA (folios 51 al 54 del expediente N° 177-08-MA/E), N° 1218325L/08-MA (folios 57 del expediente N° 177-08-MA/E) para el punto de control E-01 y en el Informe de Ensayo N° 1218327L/08-MA (folios 60 al 62 del expediente N° 177-08-MA/E) para el punto de control E-02.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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>

b) El segundo elemento está referido a que dicho menoscabo material genere efectos negativos, que pueden ser actuales o potenciales.

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 potenciales⁴². 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, como en el caso de un LMP; 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 nocivos⁴³.

En consecuencia, en atención a que el numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611, prevé que el exceso de los 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/VMM, 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 del efecto negativo, aspecto que sin duda se presenta ante el exceso de los LMP⁴⁴.

⁴² 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

⁴³ 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.

⁴⁴ Es pertinente indicar al respecto que el Reglamento para la Protección Ambiental en 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:

Por lo expuesto, el exceso de los LMP aplicables a los parámetros pH, STS, Zn, As, Cu y Fe reportados en el punto de control E-01 y E-02 configura la situación de daño ambiental definida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, excesos de LMP que se encuentran acreditados con los resultados contenidos en el Informe de Campo N°12-08-0315 y los Informes de Ensayo con Valor Oficial N°1218186L/08-MA, N°1218188/L/08-MA, N°1218325/L/08-MA, y N°1218327L/08-MA elaborados por el Laboratorio acreditado INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C. (Fojas 42, 45, 47, 51, 53, 57 y 60), los cuales se presentan en el cuadro detalle del numeral 1 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 excesos de los LMP aplicables a los parámetros pH, STS, Zn, As, Cu, Fe y Cianuro por parte de SAN SIMON, y por tanto configurado la situación de daño ambiental, se ha producido 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, razón que motiva aplicar la sanción prevista en dicho tipo legal.

Finalmente, en cuanto a lo señalado respecto a que el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM no resultaba aplicable por encontrarse derogada, corresponde reiterar lo indicado en el numeral 11 de la presente resolución, en el sentido que tanto dicho articulado como el Anexo 1 de la referida resolución se encontraban plenamente vigentes a la fecha de configuración de las infracciones sancionadas y, a su vez, resultaron exigibles a la fecha de imposición de la sanción mediante la emisión de la resolución impugnada.

Por lo expuesto, habiéndose acreditado la configuración de los componentes del supuesto de hecho de la infracción sancionada, se concluye que no se ha vulnerado el Principio de Tipicidad, en el sentido expuesto por la recurrente, correspondiendo desestimar lo alegado sobre el particular.

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

DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO PARA LA PROTECCION AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD MINERO METALURGICA.

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)

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 SAN SIMÓN S.A. contra la Resolución Directoral N° 226-2012-OEFA/DFSAL de fecha 08 de agosto 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 COMPAÑÍA MINERA SAN SIMÓN 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


.....
VERONICA VIOLETA ROJAS MONTES
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental


.....
HECTOR ADRIÁN CHAVARRY ROJAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental