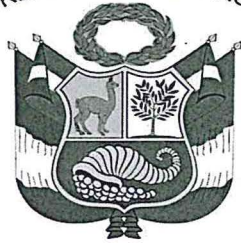


REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 036 - 2013-OEFA/TFA

Lima, 05 FEB. 2013

VISTO:

El Expediente N° 1625959¹ que contiene el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA AURÍFERA SANTA ROSA S.A.² (en adelante COMARSA) contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007049 de fecha 14 de abril de 2010 y el Informe N° 037-2013-OEFA/TFA/ST de fecha 31 de enero de 2013.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007049 de fecha 14 de abril de 2010 (Fojas 1172 a 1177), notificada con fecha 19 de abril de 2010, se impuso a COMARSA una multa de ochenta (80) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de cuatro (04) infracciones, conforme al siguiente detalle:

¹ Corresponde precisar que el presente procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de los resultados de la supervisión regular de fecha 08 al 12 de junio de 2006, llevada a cabo en las instalaciones de la U.E.A. Santa Rosa, ubicada en el distrito de Angasmarca, provincia de Santiago de Chuco y departamento de La Libertad, de titularidad de COMPAÑÍA MINERA AURIFERA SANTA ROSA S.A., obrantes en el PRIMER INFORME 2006 DE FISCALIZACIÓN DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN Y CONSERVACIÓN DEL AMBIENTE, elaborado por CONSORCIO CLETECH S.A.C. & EQUAS S.A. (Fojas 19 a 575).

² COMPAÑÍA MINERA AURÍFERA SANTA ROSA S.A. identificada con Registro Único de Contribuyente (RUC) N° 20109989992.

N°	HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Por realizar obras de infraestructura en el PAD 14 sin contar con el estudio ambiental correspondiente.	Numeral 3 del Artículo 7° del Decreto Supremo N° 016-93-EM ³ .	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ⁴ .	10 UIT
2	En el punto de control Fb-5, correspondiente a las filtraciones de agua del Botadero N° 5, se reportaron valores para los parámetros pH y Fe que incumplen el Límite Máximo Permisible establecido en el rubro "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 ⁶ .	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.	50 UIT

³ DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO PARA LA PROTECCION AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD MINERO – METALURGICA.

Artículo 7°.- Los titulares de la actividad minera deberán presentar:

(...)

3. Los titulares de concesiones que se encuentren en la etapa de producción u operación y que requieren ampliar sus operaciones, deberán presentar al Ministerio de Energía y Minas un Estudio de Impacto Ambiental del correspondiente proyecto.

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

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. (...)

⁵ De acuerdo al sub-numeral 3.2 del numeral 3 de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007049, los resultados obtenidos en el punto de control Fb-5 (filtraciones de agua del Botadero N° 5) fueron los siguientes:

Punto de Monitoreo	Parámetro	NMP según Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Resultado de la Supervisión
Fb-5	pH	Mayor que 6 y menos que 9	4.89
	Fe	2 mg/l	57.82 mg/l

⁶ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 011-96-EM/VMM. APRUEBAN LOS NIVELES MÁXIMOS PERMISIBLES PARA EFLUENTES LÍQUIDOS MINERO -METALÚRGICOS.

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

3	Incumplimiento del compromiso asumido en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado por Resolución Directoral N° 136-2003-EM/DGAA, por no realizar la construcción de muros de contención, y existir deslizamiento de desmontes de los botaderos hacia las quebradas Desaguadero, Sacalla y Maleta, llegando hasta el río Ucumal, así como también por la formación de cárcavas por erosión hídrica.	Artículo 6° del Decreto Supremo Decreto Supremo N° 016-93-EM ⁷ .	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.	10 UIT
4	Incumplimiento del compromiso asumido en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado por Resolución Directoral N° 136-2003-EM/DGAA, por la falta de mantenimiento de los canales de coronación de los botaderos, que están colmados de desmonte.	Artículo 6° del Decreto Supremo Decreto Supremo N° 016-93-EM ⁷ .	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.	10 UIT
MULTA TOTAL				80 UIT

2. Con escrito de registro N° 1347250 presentado con fecha 06 de mayo de 2010 (Fojas 1180 a 1185), COMARSA interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007049, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

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.

7 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.

- a) A la fecha de la visita de supervisión, se contaba con el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del PAD 14 del Proyecto Cochavara; toda vez que dicho instrumento fue presentado con fecha 27 de octubre de 2004 a la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros, la misma que se demoró en aprobarlo.

Al respecto, se debe tener en cuenta que el numeral 3 del artículo 7° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, norma que sustenta la infracción sancionada, no exige la aprobación sino solo la presentación del EIA, por lo que se ha cumplido con la norma citada ya que la presentación fue realizada con más de un año de anterioridad a la fecha de la supervisión.

- b) Se ha incurrido en un error de derecho al aplicar la sanción contenida en el numeral 3.2 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, que prevé una multa de 50 UIT por la infracción al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, cuando lo correcto era aplicar la sanción contenida en el numeral 3.1 de la citada Escala, que prevé una multa de 10 UIT.

Sobre el particular, debe considerarse que corresponde la aplicación de la sanción de 50 UIT únicamente cuando se ha producido un daño ambiental o cuando el titular no cumple con sus obligaciones ambientales; mientras que la aplicación de la sanción de 10 UIT corresponde cuando la infracción ha sido detectada durante la fiscalización regular, como sucede en el presente caso.

- c) Ante los problemas de la acidez de las aguas de filtración de escorrentías que discurre a la Quebrada Sacalla, se está cumpliendo con la recomendación de colectar las aguas de filtración para neutralizar y remover el fierro, efectuando diversas pruebas de laboratorio con la finalidad de minimizar los límites máximos permisibles.

- d) Se ha cumplido con construir muros de contención, sin embargo, al momento de la supervisión sucedió que muchos de ellos han sido cubiertos por deslizamientos en las quebradas, toda vez que debido a la propia naturaleza de la actividad minera, que es dinámica, los deslizamientos siempre se generan.

Debe tenerse en cuenta que no se han generado daños ambientales debido a que los botaderos están bajo permanentes trabajos de previsión y control ambiental.

- e) Los canales de coronación están inundados y cubiertos de lodo debido a la etapa de fuertes lluvias, sin embargo se ha solucionado dichas deficiencias mediante otros trabajos de ingeniería para el adecuado manejo de escorrentías.

Asimismo, señala que no obstante lo anterior, la recurrente asumirá el pago de la multa en este extremo.

Competencia

3. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013⁸, 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 Ambiental⁹, el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental.
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 OEFA¹⁰.
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

⁸ DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE. SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL.

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.

⁹ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

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

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

Artículo 11°.- Funciones generales

Son funciones generales del OEFA: (...)

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

¹⁰ 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. (...)

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° 29325¹¹, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM¹², y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, modificado por Resolución del Consejo Directivo N° 014-2012-OEFA/CD¹³, 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 COMARSA, 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 intervinientes¹⁴.

¹¹ 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.

¹² DECRETO SUPREMO N° 022-2009-MINAM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL OEFA.

Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

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

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

- a. Resolver en segunda y última instancia administrativa, los recursos de apelación interpuesto contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.

¹³ 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.

¹⁴ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

TÍTULO PRELIMINAR.

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.

Al respecto, cabe indicar que resultan aplicables al presente procedimiento las normas adjetivas contenidas en el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD; así como el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución N° 012-2012-OEFA/CD, que entró en vigencia con fecha 14 de diciembre de 2012¹⁵.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

9. 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, constituye derecho fundamental de la persona “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”¹⁶.

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 siguiente¹⁷:

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

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

¹⁵ RESOLUCIÓN N° 012-2012-OEFA/CD. APRUEBAN NUEVO REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL – OEFA. Artículo 3°.- Disponer que las disposiciones de carácter procesal del presente Reglamento se aplicarán a los procedimientos administrativos sancionador en trámite, en la etapa en que se encuentren.

¹⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

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.

¹⁷ 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>

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 otros¹⁸.

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 por¹⁹:

- 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

¹⁸ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 2°.- Del ámbito

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

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

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

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

¹⁹ 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>

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 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.

Sobre las actividades de explotación efectuadas sin estudio ambiental

10. En cuanto a lo señalado por COMARSA en el literal a) del numeral 2, es preciso señalar que de acuerdo al literal a) del artículo 1° de la Ley N° 27446²⁰, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (en adelante, SEIA) constituye un sistema único y coordinado de identificación, prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas por medio de los proyectos de inversión.

A su vez, los artículos 2° y 3° de la citada Ley²¹, prescriben que se encuentran comprendidos dentro del SEIA todos aquellos proyectos de inversión públicos y

²⁰ LEY N° 27446. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL.

Artículo 1°.- Objeto de la ley.

La presente Ley tiene por finalidad:

- La creación del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA), como un sistema único y coordinado de identificación, prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas por medio del proyecto de inversión.
- El establecimiento de un proceso uniforme que comprenda los requerimientos, etapas, y alcances de las evaluaciones del impacto ambiental de proyectos de inversión.
- El establecimiento de los mecanismos que aseguren la participación ciudadana en el proceso de evaluación de impacto ambiental.

²¹ LEY N° 27446. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL.

Artículo 2°.- Ámbito de la ley

Quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley, las políticas, planes y programas de nivel nacional, regional y local que puedan originar implicaciones ambientales significativas; así como los proyectos de inversión pública, privada o de capital mixto, que impliquen actividades, construcciones, obras, y otras actividades comerciales y de servicios que puedan causar impactos ambientales negativos significativos. El Reglamento señalará los proyectos y actividades comerciales y de servicios que se sujetarán a la presente disposición.

privados que impliquen el desarrollo de actividades, realización de construcciones u obras que puedan causar impactos ambientales negativos, de modo tal que se encuentra prohibida su ejecución sin contar previamente con la Certificación Ambiental respectiva.

Posteriormente, a través del numeral 17.2 del artículo 17°, y del artículo 24° de la Ley N° 28611²², Ley General del Ambiente, se ratificó la evaluación del impacto ambiental como instrumento de gestión aplicable obligatoriamente a toda actividad humana que implique, entre otros, construcciones y obras susceptibles de causar impactos ambientales significativos; precisándose, además, que aún aquellos proyectos o actividades no comprendidos dentro del SEIA debían cumplir con las normas ambientales específicas.

En ese mismo sentido, el artículo 7° del Reglamento Para la Protección Ambiental en la Actividad Minero - Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, vigente al momento de la supervisión, establecía que los titulares de concesiones que se encuentren en la etapa de producción u operación y que requieren ampliar sus operaciones, deberán presentar al Ministerio de Energía y Minas un Estudio de Impacto Ambiental del correspondiente proyecto.

Del mismo modo, conforme el artículo 1° del Reglamento que establece las disposiciones destinadas a uniformizar procedimientos administrativos ante la Dirección General de Asuntos Ambientales, aprobado por Decreto Supremo N° 053-99-EM, los Estudios de Impacto Ambiental o las modificaciones de los mismos exigidos por ley a los titulares de actividades minero-metalúrgicas, se presentarán ante la mencionada Dirección, para su evaluación y aprobación, aprobación condicionada o desaprobación, según corresponda.

Artículo 3°.- Obligatoriedad de la certificación ambiental

No podrá iniciarse la ejecución de proyectos ni actividades de servicios y comercio referidos en el artículo 2 y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitir las, concederlas o habilitarlas si no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la Resolución expedida por la respectiva autoridad competente.

²² LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 17°.- De los tipos de instrumentos

(...)

17.2 Se entiende que constituyen instrumentos de gestión ambiental, los sistemas de gestión ambiental, nacional, sectoriales, regionales o locales; el ordenamiento territorial ambiental; la evaluación del impacto ambiental; los Planes de Cierre; los Planes de Contingencias; los estándares nacionales de calidad ambiental; la certificación ambiental, las garantías ambientales; los sistemas de información ambiental; los instrumentos económicos, la contabilidad ambiental, estrategias, planes y programas de prevención, adecuación, control y remediación; los mecanismos de participación ciudadana; los planes integrales de gestión de residuos; los instrumentos orientados a conservar los recursos naturales; los instrumentos de fiscalización ambiental y sanción; la clasificación de especies, vedas y áreas de protección y conservación; y, en general, todos aquellos orientados al cumplimiento de los objetivos señalados en el artículo precedente.

Artículo 24°.- Del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental

24.1 Toda actividad humana que implique construcciones, obras, servicios y otras actividades, así como las políticas, planes y programas públicos susceptibles de causar impactos ambientales de carácter significativo, está sujeta, de acuerdo a ley, al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental - SEIA, el cual es administrado por la Autoridad Ambiental Nacional. La ley y su reglamento desarrollan los componentes del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

24.2 Los proyectos o actividades que no están comprendidos en el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, deben desarrollarse de conformidad con las normas de protección ambiental específicas de la materia.

Conforme el marco normativo citado precedentemente, es oportuno precisar que todos aquellos titulares de concesiones mineras que se encuentran en etapa de explotación, que se ven en la necesidad de ampliar el volumen de sus actividades extractivas, están obligados a presentar ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros la modificación del EIA previamente aprobado para tal actividad, para su evaluación y aprobación.

Asimismo, cabe señalar que dicha modificación del EIA deberá abarcar, entre otros, los aspectos físico-naturales, biológicos, socio-económicos y culturales en el área de influencia del proyecto, así como las medidas de prevención, mitigación o corrección a aplicar para lograr un desarrollo armónico entre las operaciones de la industria minera y el medio ambiente; encontrándose prohibida la ejecución de dichas actividades de ampliación mientras no se cuente con la Certificación Ambiental correspondiente.

No obstante lo anterior, según la Observación N° 2 consignada en el Formato de Observaciones y Recomendaciones, que forma parte del Primer Informe 2006 de Fiscalización de las Normas de Protección y Conservación del Ambiente (Fojas 19 a 575), elaborado en el mes de agosto de 2006 con motivo de la visita de supervisión realizada los días 08 al 12 de junio de 2006 por la Supervisora Externa CONSORCIO CLETECH S.A.C. & EQUAS S.A. a la Unidad Minera Santa Rosa, se verificó que el PAD N° 14 del Proyecto Cochavara se encontraba en operación, a pesar que a la fecha indicada no contaba con un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) aprobado (Foja 55).

Del mismo modo, en el Informe de Levantamiento de Observaciones al Primer Informe 2006 (Fojas 582 a 596), elaborado por la citada Supervisora Externa en el mes de octubre de 2006, se establece que si bien COMARSA ya ha obtenido la aprobación del EIA, dicha aprobación es de fecha 11 de julio de 2006, es decir, posterior a la fiscalización (Foja 583).

Al respecto, toda vez que por disposición del numeral 21.4 del artículo 21° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, 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; correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtúen el contenido de los mencionados Informes.

Sobre el particular, en su recurso de apelación COMARSA reconoce expresamente que el EIA del PAD 14 del Proyecto Cochavara, que fue presentado con fecha 27 de octubre de 2004 a la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros, fue aprobado con posterioridad a la fecha de la acción de supervisión realizada los días 08 al 12 de junio de 2006 (Fojas 1181).

En ese sentido, de la revisión de la Resolución Directoral N° 258-2006-MEM/AAM de fecha 11 de julio de 2006 (Fojas 641 a 642), documento contenido en el Informe de Cumplimiento a las Observaciones y Recomendaciones sobre las Normas de Protección y Conservación del Medio Ambiente – Primera Fiscalización 2006, presentado por la recurrente al Ministerio de Energías y Minas

el día 22 de noviembre de 2006, ha quedado acreditado que la Dirección General de Asuntos Mineros aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del "Proyecto Cochavara – Explotación Minera y PAD de Lixiviación N° 14 (Sin Incremento de la Producción)", con posterioridad a la fecha de la visita de supervisión, por lo que la empresa no ha desvirtuado el hecho materia de sanción.

Por consiguiente, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en estos extremos.

Sobre el exceso del Límite Máximo Permisible de los parámetros pH y Fe

11. Respecto a lo alegado por COMARSA en los literales b) y c) del numeral 2, se debe tener presente que en el presente caso se cuestiona la existencia de daño ambiental, como elemento indispensable 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 los Límites Máximos Permisibles (en adelante LMP), debido a lo cual resulta de vital importancia determinar los alcances de la categoría "daño ambiental", en este supuesto²³.

Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611²⁴, 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 potenciales²⁵.

²³ 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.

²⁴ 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.

²⁵ 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. Lexis Nexis. 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).

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

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

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 potenciales²⁶. 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. De esta manera, 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 nocivos²⁷.

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

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>

²⁶ 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

²⁷ 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 e irreparable.

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 LMP²⁸.

Ahora bien, conforme a los resultados obtenidos en el muestreo y análisis de efluentes realizados con motivo de la visita de supervisión en la UEA "Santa Rosa" (Fojas 92 y 93) y contenido en los reportes elaborados por los Laboratorios ENVIRONMENTAL QUALITY ANALYTICAL SERVICES S.A. y V.K.S. INGENIEROS S.A.C. (Fojas 353 y 380), se verifica lo siguiente:

Punto de Monitoreo	Parámetro	NMP según Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Resultado de la Supervisión
Fb-5	pH	Mayor que 6 y menos que 9	4.89
	Fe	2 mg/l	57.82 mg/l

En efecto, se aprecia que los valores obtenidos en el punto de monitoreo Fb-5 para los parámetros pH y Fe no cumplen los LMP establecidos en la columna "valor en cualquier momento" del anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

Luego, 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 de los LMP aplicables a los parámetros pH y Fe; 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 por la cual correspondía aplicar la sanción prevista en dicho tipo legal.

En tal sentido, se desestima lo alegado, debiendo mantenerse la infracción imputada.

Respecto al incumplimiento del Estudio de Impacto Ambiental aprobado por Resolución Directoral N° 136-2003-EM/DGAA

12. En relación a lo señalado en los literales d) y e) del numeral 2, cabe indicar que los artículos 18° y 25° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, prevén que los Estudios de Impacto Ambiental en su calidad de instrumentos de gestión, incorporan aquellos programas y compromisos que, con carácter obligatorio,

²⁸ 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.

tienen como propósito evitar o reducir a niveles tolerables, el impacto al medio ambiente generado por las actividades productivas²⁹.

Por su parte, de acuerdo al artículo 6° de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, dentro del procedimiento de certificación ambiental se debe seguir una serie de etapas, entre las cuales se tiene la de revisión del EIA, lo que significa que luego de la presentación del estudio original por el titular minero, éste es sometido a examen por la autoridad competente³⁰.

En efecto, en el marco de los artículos 5° y 6° del Decreto Supremo N° 053-99-EM, que establece las disposiciones que uniformizan los procedimientos administrativos ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas, y el artículo 12° de la Ley N° 27446, dicha autoridad se encuentra autorizada a formular observaciones al estudio original, las mismas que una vez absueltas por el titular formarán parte, ambas, del instrumento de gestión ambiental que se apruebe³¹.

²⁹ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 18°.- Del cumplimiento de los instrumentos

En el diseño y aplicación de los instrumentos de gestión ambiental se incorporan los mecanismos para asegurar su cumplimiento incluyendo, entre otros, los plazos y el cronograma de inversiones ambientales, así como los demás programas y compromisos.

Artículo 25°.- De los Estudios de Impacto Ambiental

Los Estudios de Impacto Ambiental - EIA son instrumentos de gestión que contienen una descripción de la actividad propuesta y de los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente físico y social, a corto y largo plazo, así como la evaluación técnica de los mismos. Deben indicar las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables e incluirá un breve resumen del estudio para efectos de su publicidad. La ley de la materia señala los demás requisitos que deban contener los EIA.

³⁰ LEY N° 27446. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL.

Artículo 6°.- Procedimiento para la certificación ambiental

El procedimiento para la certificación ambiental constará de las etapas siguientes:

1. Presentación de la solicitud;
2. Clasificación de la acción;
3. Revisión del estudio de impacto ambiental;
4. Resolución; y,
5. Seguimiento y control

³¹ LEY N° 27446. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL.

Artículo 12°.- Resolución de certificación ambiental

12.1 Culminada la revisión del estudio de impacto ambiental, la autoridad competente emitirá la resolución que aprueba o desaprueba dicho estudio indicando las consideraciones técnicas y legales que apoyan la decisión, así como las condiciones adicionales surgidas de la revisión del estudio de impacto ambiental si las hubiera.

12.2 La resolución que aprueba el estudio de impacto ambiental constituirá la certificación ambiental, quedando así autorizada la ejecución de la acción o proyecto propuesto.

DECRETO SUPREMO N° 053-99-EM. ESTABLECEN DISPOSICIONES DESTINADAS A UNIFORMIZAR PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS AMBIENTALES.

Artículo 5°.- De existir observaciones en el EIA, EIAP, EA, PEMA, Plan de Cierre o Abandono, así como en su ampliación o modificación, y en la modificación del PAMA, la Dirección General de Asuntos Ambientales notificará por escrito al titular de la actividad para que en un plazo máximo de noventa (90) días pueda levantar las observaciones planteadas, después de los cuales la autoridad podrá declarar en abandono la solicitud de aprobación.

Artículo 6°.- Si, en un plazo máximo de treinta (30) días calendario, contados a partir de la recepción del levantamiento de las observaciones, la DGAA no se pronuncia sobre dicho levantamiento, los estudios y documentos a que se refiere el artículo anterior, se darán por aprobados.

Lo expuesto en el párrafo precedente se explica en el sentido que, tanto la formulación como el levantamiento de observaciones al EIA propuesto por el titular minero, se realiza mediante la expedición de informes por parte de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros al interior del procedimiento de aprobación; siendo que en el caso de informes de levantamiento de observaciones, recogen los compromisos asumidos por dicho titular en respuesta a estas últimas, razón por la cual dichos informes integran el EIA finalmente aprobado por la resolución directoral emitida al afecto, la que constituye la Certificación Ambiental.

Así las cosas, resulta oportuno señalar que una vez obtenida la Certificación Ambiental, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 55° del Reglamento de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-EM, publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 19 de marzo de 2009, será responsabilidad del titular de la actividad cumplir con todas las obligaciones para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales señaladas en el Estudio de Impacto Ambiental³².

En este contexto normativo, conviene indicar que la exigibilidad de todos los compromisos ambientales asumidos en los EIA por parte del titular minero, se deriva de lo dispuesto en el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, el cual traslada a los titulares mineros la obligación de poner en marcha y mantener la totalidad de los programas de previsión y control contenidos en sus instrumentos de gestión ambiental, llámese Estudio de Impacto Ambiental y/o Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, debidamente aprobados.

Por lo tanto, a efectos de sancionar el incumplimiento de cualquier compromiso ambiental derivado de los instrumentos de gestión ambiental antes mencionados, corresponde identificar el compromiso específico y su ejecución según el cronograma y demás especificaciones contenidas en el estudio ambiental de que se trate.

- a) Sobre la falta de construcción de muros de contención, la existencia de deslizamiento de desmontes de los botaderos hacia las quebradas Desaguadero, Sacalla y Maleta, llegando hasta el río Ucumal, así como la formación de cárcavas por erosión hídrica.

³² REGLAMENTO DE LA LEY N° 27446, LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. DECRETO SUPREMO N° 019-2009-EM.

Artículo 55°.- Resolución aprobatoria

La Resolución que aprueba el EIA constituye la Certificación Ambiental, por lo que faculta al titular para obtener las demás autorizaciones, licencias, permisos u otros requerimientos que resulten necesarios para la ejecución del proyecto de inversión.

La Certificación Ambiental obliga al titular a cumplir con todas las obligaciones para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales señaladas en el Estudio de Impacto Ambiental. Su cumplimiento está sujeto a sanciones administrativas e incluso puede ser causal de cancelación de la Certificación Ambiental.

El otorgamiento de la Certificación Ambiental no exime al titular de las responsabilidades administrativas, civiles o penales que pudieran derivarse de la ejecución de su proyecto, conforme a ley. (El subrayado es nuestro)

Sobre el particular, de la revisión del Estudio de Impacto Ambiental del "Proyecto de Ampliación de Operaciones Mineras y Plantas de Beneficio 12000 a 25000 UIT" (Fojas 8 a 1327 del Expediente 1338804), aprobado por Resolución Directoral N° 136-2003-EM/DGAA en fecha 13 de marzo de 2003, se observa lo siguiente:

"CAPITULO VI: GESTIÓN AMBIENTAL

6.1. MITIGACIÓN DE IMPACTOS

6.1.2. MITIGACIÓN PARA LOS IMPACTOS A LA CALIDAD DEL AGUA

6.1.2.1. MINA

A fin de evitar el arrastre de los sólidos en épocas de lluvias en las pendientes de los botaderos, se propone que dichos depósitos cuenten con sistemas de estabilización como muros de contención, bermas de seguridad y/u otras medidas técnicas

Los sistemas de drenaje, recolección de aguas de escorrentía deberán canalizarse y descargarse en las quebradas de mayor estabilidad (...).

6.1.3. MITIGACIÓN PARA LOS IMPACTOS A LA CALIDAD DE SUELOS

6.1.3.1. MINA

Dentro de las concesiones producto de la remoción de suelos y cambios continuos de los sistemas de drenaje, se han formado cárcavas, para lo cual se deberá implementar un sistema de control de cárcavas a través de diques con muros de contención hasta lograr su estabilidad, asimismo se deberá implementar barreas vivas (gramíneas y arbustos) a fin de controlar el avance de éstas (...).

6.2. PLAN DE MONITOREO AMBIENTAL

6.2.2. MONITOREO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS MEDIDAS DE MITIGACIÓN

6.2.2.2. MITIGACIÓN PARA LOS IMPACTOS A LA CALIDAD DE AGUA

a) MINA

Verificar las medidas de estabilidad a implementarse en el botadero norte del tajo Tentadora, ubicado en la quebrada Desaguadero (...).

6.2.2.3. MITIGACIÓN PARA LOS IMPACTOS A LA CALIDAD DE LOS SUELOS

a) MINA

- *Verificar la estabilidad de los desmontes de la quebrada Desaguadero.*
- *Verificar la implementación de las barreras vivas en las partes bajas del tajo Sacalla, así como las quebradas Potrero y Seductora.*
- *Verificar el control y manejo de cárcavas".*

(Fojas 162, 164, 171, 172 y 173 del expediente 1338804)

De la misma manera, en el Resumen Ejecutivo del Estudio de Impacto Ambiental del "Proyecto de Ampliación de Operaciones Mineras y Plantas de Beneficio 12000 a 25000 UIT" (Fojas 550 y 551 del expediente 1338804), se establece que:

"MITIGACIÓN PARA LOS IMPACTOS A LA CALIDAD DE AGUA MINA

A fin de evitar el arrastre de los sólidos en épocas de lluvias en las pendientes de los botaderos, se propone que dichos depósitos cuenten con sistemas de estabilización como muros de contención, bermas de seguridad y/u otras medidas técnicas".

"MITIGACIÓN PARA LOS IMPACTOS A LA CALIDAD DE SUELOS MINA

Dentro de las concesiones producto de la remoción de suelos y cambios continuos de los sistemas de drenaje, se han formado cárcavas, para lo cual se deberá implementar un sistema de control de cárcavas a través de diques con muros de contención hasta lograr su estabilidad, asimismo se deberá implementar barreas vivas (gramíneas y arbustos) a fin de controlar el avance de éstas".

En ese contexto, habiéndose determinado la existencia de las obligaciones contenidas en el citado EIA, resulta necesario establecer si dichas obligaciones fueron ejecutadas por la recurrente.

Sobre el particular, de acuerdo al Primer Informe 2006 de Fiscalización de las Normas de Protección y Conservación del Ambiente, elaborado en el mes de agosto de 2006 por la Supervisora Externa, durante la visita de supervisión realizada los días 08 al 12 de junio de 2006, se verificó lo siguiente (Fojas 81 y 82):

- "Botadero Sacalla.- (...)
Se evidencia que el muro de material de préstamo que sirve de contención, está desapareciendo por la demasiada disposición de los desmontes".
- "Botadero Tentadora.- (...)
Se observó el deslizamiento de desmonte hacia la quebrada Desaguadero y de ésta al río Ucumal".
- "Botadero Seductora.- (...)
Se observa deslizamiento de desmonte hacia la quebrada Maleta, llegando al río Ucumal".

Asimismo, en el Informe de Levantamiento de Observaciones al Primer Informe-2006, de Auditoría e Inspectoría Sobre Normas de Conservación y Protección al Ambiente, la Supervisora Externa indicó lo siguiente (Foja 584):

- "Los botaderos de desmonte de Sacalla no son estables debido a las evidencias de deslizamiento de los desmontes que han tapado los muros de contención".

- “Los botaderos de desmonte del Tajo Seductora, no son estables debido a las evidencias de deslizamiento de los desmontes, no se observa muros de contención”.
- “En los botaderos de desmonte del Tajo Seductora, no se observa muros de contención, existe deslizamientos de desmonte hacia el río Ucumal”
- “No cuentan a la fecha con la estabilización de la quebrada Desaguadero debido a que los desmontes se han deslizado llegando al río Ucumal”.
- “El control de cárcava es deficiente, se observa formación de cárcavas en los botaderos de desmonte Sacalla y Seductora”.

Del mismo modo, en el Primer Informe 2006 de Fiscalización de las Normas de Protección y Conservación del Ambiente, se adjuntan las fotografías N° 4, 9, 11 y 12 (Fojas 405, 409 y 410), en las que se observa la falta de muros de contención, así como los deslizamientos y cárcavas por erosión hídrica en los botaderos.

En ese sentido, corresponde precisar que de acuerdo los hechos verificados durante la visita de supervisión realizada los días 08 al 12 de junio de 2006 por la Supervisora Externa, han quedado desacreditados los argumentos de la apelante, respecto de que cumple con realizar permanentes trabajos de previsión y control ambiental en los botaderos de las quebradas Desaguadero, Sacalla y Maleta.

Conforme lo anterior, en el presente procedimiento ha quedado acreditado de manera razonable y suficiente que a pesar de la exigibilidad de los compromisos ambientales citados en este punto, asumidos por COMARSA en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado por la autoridad competente mediante Resolución Directoral N° 136-2003-EM/DGAA de fecha 13 de marzo de 2003, no cumplió con ejecutar los mismos.

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

b) Sobre la falta de mantenimiento de los canales de coronación de los botaderos

Sobre el particular, de la revisión del Estudio de Impacto Ambiental del “Proyecto de Ampliación de Operaciones Mineras y Plantas de Beneficio 12000 a 25000 UIT”, aprobado por Resolución Directoral N° 136-2003-EM/DGAA en fecha 13 de marzo de 2003, se observa lo siguiente:

“CAPITULO VI: GESTIÓN AMBIENTAL

6.1. MITIGACIÓN DE IMPACTOS

6.1.2. MITIGACIÓN PARA LOS IMPACTOS A LA CALIDAD DEL AGUA

6.1.2.1. MINA

Para la explotación del tajo Seductora se deberá implementar sistemas de drenaje y canales de coronación para las aguas superficiales (...).

6.2. PLAN DE MONITOREO AMBIENTAL

6.2.2. MONITOREO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS MEDIDAS DE MITIGACIÓN

6.2.2.2. MITIGACIÓN PARA LOS IMPACTOS A LA CALIDAD DEL AGUA

a) MINA:

Implementación del sistema de drenaje y canales de coronación en el tajo Seductora (...).

ANEXO 5. ANÁLISIS DE ESTABILIDAD Y DISEÑO DE TALUDES PARA DEPÓSITO DE DESMONTES

4.5. CÁLCULO DE LAS DIMENSIONES DEL CANAL DE CONTORNO DE AGUAS DE LLUVIAS

La profundidad de excavación de los canales será de 0.8m, con un ancho en la base de 0.7m y paredes de corte de 45°, con un revestimiento de arcilla.

Los canales de derivación tendrán las siguientes longitudes:

- Botadero N° 1: 258mts.
- Botadero N° 2: 430mts.
- Botadero N° 3: 345mts.

(...) entendiéndose:

- Botadero N° 1: Zona de Seductora
- Botadero N° 2: Zona de Seductora Norte
- Botadero N° 3: Zona de Tentadora
- Botadero N° 4: Zona de Tentadora – Pilanco

ANEXO 6. ANÁLISIS DE ESTABILIDAD FÍSICA DE LOS BOTADEROS DE DESMONTE DE SACALLA N° 1 Y N° 2

CAPÍTULO 5. HIDROLOGÍA Y DRENAJE

5.1. GENERALIDADES

Los sistemas de drenajes tendrán por función principalmente el control de las escorrentías, a fin de evitar que el agua ingrese al botadero, con los efectos adversos que esto significa.

5.5. ESTRUCTURAS DE DRENAJE

Para interceptar el flujo natural superficial que escurre hacia el botadero y para coleccionar las aguas precipitadas sobre los botaderos y que escurren sobre los mismos, se plantea la construcción de los siguientes elementos:

- La construcción de una red principal de drenaje que incluye para los botaderos un canal de coronación y canales colectores principales.

- *Estos canales consideran en su diseño tener una capacidad suficiente y condiciones adecuadas para resistir la erosión de la corriente en los mismos”.*

(Fojas 162, 172, 770, 772, 778 y 934 del expediente 1338804)

En ese contexto, habiéndose determinado la existencia de las obligaciones contenidas en el citado EIA, resulta necesario establecer si dichas obligaciones fueron ejecutadas por la recurrente.

Sobre el particular, de acuerdo al Primer Informe 2006 de Fiscalización de las Normas de Protección y Conservación del Ambiente, elaborado en el mes de agosto de 2006 por la Supervisora Externa, durante la visita de supervisión realizada los días 08 al 12 de junio de 2006, se verificó lo siguiente (Foja 57):

- *“Observación N° 10: Los canales de coronación y drenaje de los botaderos de desmote de Sacalla, Seductora y Tentadora se encuentran sin mantenimiento”.*

Asimismo, en el mencionado Informe se señala lo siguiente (Fojas 81 y 82):

- *“Botadero Sacalla.- (...) Se observa que los canales de coronación no cuentan con mantenimiento (...). Los canales de coronación se encuentran cubiertos por desmontes”*
- *“Botadero Tentadora.- (...) Los canales de coronación se encuentran enterradas debido a los deslizamientos de desmontes hacia la quebrada Desaguadero”.*
- *“Botadero Seductora.- (...) Se observa deslizamiento de desmontes hacia la quebrada Maleta, llegando al río Ucumal, por lo que no se puede ver canales de coronación, escorrentías, muros de contención y sistemas de tratamiento de aguas”.*

Por su parte, en el Informe de Levantamiento de Observaciones al Primer Informe-2006, de Auditoría e Inspectoría Sobre Normas de Conservación y Protección al Ambiente (Fojas 582 al 601), la Supervisora Externa indicó lo siguiente:

- *“Botadero Sacalla.- Botadero N° 1, 2 y 3 cuentan con canales de coronación que necesitan mantenimiento. Botadero N° 5, los canales de coronación se encuentran cubiertos por desmontes, Botadero N° 8, los canales de coronación no presentan mantenimiento”.*
- *“Botadero Tentadora.- (...)”*

Los canales de coronación se encuentran enterrados debido a los deslizamientos de desmontes hacia la quebrada Desaguadero”.

- *“Botadero Seductora.- (...) Se observa deslizamiento de desmontes hacia la quebrada Maleta, llegando al río Ucumal, por lo que no se puede ver canales de coronación, escorrentías, muros de contención y sistemas de tratamiento de aguas”.*

Finalmente, en el Primer Informe 2006 de Fiscalización de las Normas de Protección y Conservación del Ambiente, se adjuntan las fotografías N° 3, 4, 5, 6 y 13 (Fojas 405, 406 y 411), en las que se observa los canales de coronación inundados y/o fuertemente erosionados, faltos de mantenimiento y en mal estado de conservación.

Conforme lo anterior, en el presente procedimiento ha quedado acreditado de manera razonable y suficiente que a pesar de la exigibilidad de los compromisos ambientales citados en este punto, asumidos por COMARSA en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado por la autoridad competente mediante Resolución Directoral N° 136-2003-EM/DGAA de fecha 13 de marzo de 2003, la referida empresa no cumplió con ejecutar los mismos; situación que no ha sido desvirtuada por la recurrente sino que más bien ha sido confirmada por la misma.

En tal sentido, debe mantenerse la infracción imputada.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional 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 AURÍFERA SANTA ROSA S.A. contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007049 de fecha 14 de abril 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 ascendente a ochenta (80) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), sea depositado por la recurrente 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 AURÍFERA SANTA ROSA 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



.....
JOSE 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



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