



PERÚ

Ministerio
del Ambiente

Organismo de Evaluación y
Fiscalización Ambiental - OEFA

Tribunal de
Fiscalización Ambiental

**Primera Sala Especializada Permanente competente en las materias de
Minería y Energía**

RESOLUCIÓN N° 024-2014-OEFA/TFA-SEP1

EXPEDIENTE N° : 026-2013-OEFA/DFSAI/PAS
PROCEDENCIA : DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN, SANCIÓN Y APLICACIÓN DE INCENTIVOS
ADMINISTRADO : MINERA BARRICK MISQUICHILCA S.A.
SECTOR : MINERÍA
APELACIÓN : RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 249-2014-OEFA/DFSAI

SUMILLA: "Se confirma la Resolución Directoral N° 249-2014-OEFA/DFSAI, toda vez que está acreditado que Minera Barrick Misquichilca S.A. excedió los límites máximos permisibles en el punto de control OPDM-83 respecto al parámetro cobre, incumpliendo con lo dispuesto en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, que aprueba los Niveles Máximos Permisibles para efluentes líquidos minero-metalúrgicos."

Lima, 30 de octubre de 2014

I. ANTECEDENTES

1. Minera Barrick Misquichilca S.A.¹ (en adelante, **Barrick**) es titular de la unidad minera Pierina (en adelante, **UM Pierina**) ubicada en el distrito de Jangas, provincia de Huaraz, departamento de Ancash.
2. Entre el 20 y el 23 de marzo de 2012, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, **OEFA**) realizó una supervisión especial en la UM Pierina, durante la cual se verificó que la muestra tomada del efluente proveniente del punto de control OPDM-83 excedió los límites máximos permisibles (en adelante, **LMP**) para el parámetro cobre (en adelante, **Cu**), tal como consta en el Informe N° 425-2012-OEFA/DS (en adelante, **Informe de Supervisión**)².
3. Sobre la base del Informe de Supervisión, mediante Resolución Subdirectoral N° 032-2013-OEFA/DFSAI/SDI del 17 de enero de 2013³, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (en adelante, **DFSAI**) del OEFA dispuso el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra Barrick⁴.

¹ Registro Único de Contribuyente N° 20209133394.

² Fojas 3 a 54 y 169 a 206.

³ Fojas 207 a 209.

⁴ Mediante Resolución Subdirectoral N° 508-2013-OEFA/DFSAI/SDI del 20 de junio de 2013, se corrigió el error material contenido en la Resolución Subdirectoral N° 032-2013-OEFA/DFSAI/SDI (Foja 266 a 268).

4. Luego de evaluar los descargos presentados por Barrick⁵, la DFSAI emitió la Resolución Directoral N° 249-2014-OEFA/DFSAI del 30 de abril de 2014⁶, a través de la cual sancionó a la referida empresa con una multa de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT), según el siguiente detalle⁷:

Cuadro N° 1: Infracción sancionada mediante Resolución Directoral N° 249-2014-OEFA/DFSAI

N°	Hecho imputado	Norma sustantiva	Norma tipificadora	Sanción
1	De acuerdo con los resultados de monitoreo del efluente OPDM-83 se observa que la concentración del parámetro Cu, excede los LMP.	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ⁸ , que aprueba los Niveles Máximos Permisibles para efluentes líquidos minero - metalúrgicos (en adelante, Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM).	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ⁹ , que aprobó la Escala de Multas y Penalidades (en adelante, Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM).	50 UIT
Multa total				50 UIT

Fuente: Resolución Directoral N° 249-2014-OEFA/DFSAI

Elaboración: TFA

5 Mediante escrito del 8 de febrero de 2013 (Fojas 211 a 265).

6 Fojas 281 a 289.

7 En el artículo segundo de la Resolución Directoral N° 249-2014-OEFA/DFSAI se archivó el procedimiento administrativo sancionador en el extremo referido al incumplimiento del artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, pues de acuerdo con el resultado de monitoreo en el punto de control OPDM-83 se excedieron los LMP para los parámetros zinc y hierro.

8 **RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 011-96-EM/VMM, Aprueba los niveles máximos permisibles para efluentes líquidos para las actividades minero – metalúrgicas**, publicada en el diario oficial El Peruano el 13 de enero de 1996.

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 MÁXIMOS PERMISIBLES DE EMISIÓN PARA LAS UNIDADES MINERO-METALÚRGICAS		
PARAMETRO	VALOR EN CUALQUIER MOMENTO	VALOR PROMEDIO ANUAL
ph	Mayor que 8 y Menor que 9	Mayor que 8 y Menor que 9
Sólidos suspendidos (mg/l)	50	25
Piombo (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 disoluble en ácido.

9 **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**, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de setiembre de 2000.

3. Medio Ambiente

(...)

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. La Resolución Directoral N° 249-2014-OEFA/DFSAI se sustentó en el hecho que la inscripción de Barrick en el Programa de Adecuación de Vertimientos y Reúso de Agua Residual (en adelante, **PAVER**), no guarda relación con el hecho imputado, debido a que este se encuentra referido al exceso de los LMP que pueden ser descargados en un cuerpo receptor, y no a la falta de autorización para realizar el vertimiento del efluente en cuestión¹⁰. Dicho pronunciamiento precisa además que el cumplimiento de los LMP se verifica sobre una muestra del efluente líquido minero-metalúrgico tomada en un momento puntual, razón por la cual el hecho que Barrick haya realizado mejoras en el tratamiento del efluente con posterioridad a la supervisión no desvirtúa el incumplimiento de la conducta imputada.
6. Asimismo, a través de la citada Resolución Directoral N° 249-2014-OEFA/DFSAI, se declaró reincidente a Barrick por la comisión de la infracción sancionada en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VM, disponiéndose la inscripción de dicha empresa en el Registro de Infractores Ambientales del OEFA.
7. El 27 de mayo de 2014¹¹, Barrick apeló la Resolución Directoral N° 249-2014-OEFA/DFSAI, argumentando lo siguiente:
- a) Barrick presentó la Modificación del Plan de Cierre de Minas de la UM Pierina, en el cual se incluyó el efluente PAVER OPDM-83. Dicho estudio ambiental fue evaluado y aprobado por la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas, mediante Resolución Directoral N° 0217-2012-MEM/AAM (en adelante, **Modificación del Plan de Cierre**). En tal sentido, con la inscripción del efluente OPDM-83 en el PAVER, y con su inclusión en la citada Modificación del Plan de Cierre de Minas, está probado que dicho efluente se encontraba en un proceso de regularización, permitido por la legislación nacional.

El PAVER no solo permite continuar provisionalmente con los vertimientos no autorizados, sino también otorga un plazo para que tales vertimientos puedan adecuarse al cumplimiento de los estándares de calidad ambiental y LMP. Por ello, al momento de la supervisión, no le era exigible el cumplimiento de los LMP, más aún cuando en esa fecha la Modificación del Plan de Cierre de Minas se encontraba en evaluación por el Ministerio de Energía y Minas.

Con la aprobación de la Modificación del Plan de Cierre, Barrick realizó las medidas necesarias para lograr la sostenibilidad de la calidad del efluente OPDM-83, a través de la implementación del sistema de tratamiento en la quebrada Pucaurán, así como con la mejora de la adición de cal en las pozas de sedimentación.

¹⁰ Cabe destacar, de acuerdo con lo señalado por la DFSAI, que "...la inscripción en el PAVER autorizó o regularizó las actividades de Barrick para efectuar descargas de aguas residuales en la quebrada Pucaurán, mas no está vinculada con la obligación de respetar los NMP establecidos en las descargas al ambiente, por lo que los argumentos de Barrick a este respecto no desvirtúan la presente imputación..." (considerando 35 de la Resolución Directoral N° 249-2014-OEFA/DFSAI).

¹¹ Fojas 291 a 309. Mediante escrito del 6 de junio de 2014 Barrick subsanó la omisión incurrida en su recurso de apelación, presentando el citado recurso debidamente autorizado por letrado (Fojas 318 a 334).

- b) Se han vulnerado los principios de verdad material y causalidad, contenidos en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar y el numeral 8 del artículo 230°, respectivamente, de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, **Ley N° 27444**), pues pese a que se le imputó responsabilidad por la generación de daño ambiental, no se ha acreditado que este se haya producido, ni se ha establecido la relación de causalidad entre el daño y la conducta infractora.

El exceso de los LMP causa o puede causar daño, el cual puede ser actual o potencial; no obstante, dicho daño debe ser objetivo, y materializarse en el cuerpo receptor (aire, agua, suelo), ya que a través de ello puede determinarse su existencia o potencial existencia.

La presunción de que el exceso de los LMP genera daño no es *iuris et de iure*; es decir, es una presunción que admite prueba en contrario. Siendo ello así, Barrick ha desvirtuado dicha presunción, al haber acreditado que no ha causado daño a la quebrada Pucaurán¹².

- c) No incurrió en ningún supuesto de reincidencia, pues a través de la Resolución Directoral N° 589-2013-OEFA/DFSAI del 20 de diciembre de 2013 (tomada en cuenta para calificarlo como reincidente), se le sancionó por haber excedido los LMP respecto al parámetro potencial de hidrógeno (en adelante, **pH**) en la unidad minera Alto Chicama, ubicada en el distrito de Quiruvilca, provincia de Santiago de Chuco, departamento de La Libertad; supuesto de hecho distinto al del presente procedimiento.

Los reglamentos de procedimientos sancionadores de otras instituciones, tales como el del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, **Osinergmin**)¹³, del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público¹⁴, del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones¹⁵, del Ministerio de la Producción¹⁶ y del OEFA¹⁷ señalan que se configura la reincidencia cuando el administrado incurre más de una vez en una misma infracción. En tal sentido,

¹² En su escrito de descargos Barrick presentó como anexos 3 y 4 los reportes de monitoreo correspondientes al tercer y cuarto trimestre de calidad de agua 2012, a fin de acreditar que no ha causado daño (Fojas 259 a 262).

¹³ Artículo 6° del Reglamento del procedimiento administrativo sancionador del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD.

¹⁴ Artículo 60° del Reglamento de infracciones y sanciones del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado por Resolución N° 023-2003-CD-OSITRAN.

¹⁵ Artículo 5° del Reglamento de fiscalización, infracciones y sanciones de aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

¹⁶ Artículo 145° del Reglamento de la Ley General de Pesca, aprobado por Decreto Supremo N° 018-2011-PRODUCE. (SIC)

¹⁷ Artículo 34° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución N° 012-2012-OEFA/CD.



para calificar a un administrado como reincidente, debe existir identidad entre las infracciones cometidas.

Asimismo, el reglamento del Osinergmin, del Ministerio de la Producción y el Reglamento General de Aplicación de Sanciones Administrativas por Infracciones Contra el Patrimonio Cultural de la Nación¹⁸, señalan que en caso de que se incurra en alguna infracción se considerará reincidente si la comisión de la infracción se realizó en el mismo establecimiento, instalación, unidad, embarcación o planta pesquera; sin embargo, en el presente caso, la comisión de la infracción fue en una unidad minera distinta. Agregó que, para el caso de infracciones por exceso de los LMP, debe ser considerado el mismo parámetro incumplido para calificar estas como la misma infracción.

II. COMPETENCIA

8. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente¹⁹, se crea el OEFA.
9. Según lo establecido en los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, modificada por la Ley N° 30011²⁰ (en adelante, **Ley N° 29325**) el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al

Aprobado por Resolución Directoral Nacional N° 1405-INC.

¹⁸ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente**, publicado en el diario oficial El Peruano el 14 de mayo de 2008.

Segunda Disposición Complementaria Final.- Creación de Organismos Públicos Adscritos al 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".

²⁰ **LEY N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental**, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de marzo de 2009, modificada por la Ley N° 30011, publicada en el diario oficial El Peruano el 26 de abril de 2013.

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.

LEY N° 29325.

Artículo 11°.- Funciones generales

Son funciones generales del OEFA:

(...)

c) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y la de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones y compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental, de las normas ambientales, compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidos por el OEFA, en concordancia con lo establecido en el artículo 17. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas.

Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental.

10. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la 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 OEFA²¹.
11. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM²² se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del Osinergmin²³ al OEFA, y mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010²⁴, se estableció que el OEFA asumiría las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería desde el 22 de julio de 2010.
12. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley N° 29325²⁵ y los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM²⁶, disponen que el Tribunal de Fiscalización

LEY N° 29325.

Disposiciones Complementarias Finales

Primera. Mediante Decreto Supremo refrendado por los Sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA, así como el cronograma para la transferencia del respectivo acervo documentario, personal, bienes y recursos, de cada una de las entidades.

DECRETO SUPREMO N° 001-2010-MINAM que aprueba el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 21 de enero de 2010.

Artículo 1°.- Inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA

Apruébese el inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.

LEY N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de enero de 2007.

Artículo 18°.- Referencia al OSINERG

A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, toda mención que se haga al OSINERG en el texto de leyes o normas de rango inferior debe entenderse que está referida al OSINERGMIN.

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 003-2010-OEFA/CD, Aprueban aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería entre el OSINERGMIN y el OEFA, publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de julio de 2010.

Artículo 2°.- Determinar que la fecha en que el OEFA asumirá las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería, transferidas del OSINERGMIN será el 22 de julio de 2010.

LEY N° 29325.

Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

10.1 El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) cuenta con un Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) que ejerce funciones como última instancia administrativa. Lo resuelto por el TFA es de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esta circunstancia se señale en la misma resolución, en cuyo caso debe ser publicada de acuerdo a ley.

DECRETO SUPREMO N° 022-2009-MINAM que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de diciembre de 2009.

Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

El Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) es el órgano encargado de ejercer funciones como última instancia administrativa del OEFA. Las resoluciones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento, y constituyen precedente

Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

III. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL AMBIENTE

13. Previamente al planteamiento de las cuestiones controvertidas, este Tribunal considera importante resaltar que el ambiente es el ámbito donde se desarrolla la vida y comprende 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)²⁷.
14. En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (en adelante, **Ley N° 28611**)²⁸, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.
15. En esa situación, cuando las sociedades pierden su armonía con el entorno y perciben su degradación, surge el ambiente como un bien jurídico protegido. En ese contexto, cada Estado define cuanta protección otorga al ambiente y a los recursos naturales, pues el resultado de proteger tales bienes incide en el nivel de calidad de vida de las personas.
16. En nuestro sistema jurídico, el primer nivel de protección al ambiente es formal y viene dado por elevar a rango constitucional las normas que tutelan bienes ambientales, lo cual ha dado origen al reconocimiento de una "Constitución Ecológica", dentro de la Constitución Política del Perú, que fija las relaciones entre el individuo, la sociedad y el ambiente²⁹.

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:

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

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC. Fundamento jurídico 27.

²⁸ LEY N° 28611, Ley General del Ambiente, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre de 2005.

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.

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC. Fundamento jurídico 33.

17. El segundo nivel de protección al ambiente es material y viene dado por su consideración como: (i) principio jurídico que irradia todo el ordenamiento jurídico; (ii) derecho fundamental³⁰, cuyo contenido esencial lo integra el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida; y el derecho a que dicho ambiente se preserve³¹; y, (iii) conjunto de obligaciones impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales³².
18. Cabe destacar que en su dimensión como conjunto de obligaciones, 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 ambiente. Tales medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico que regula la protección del ambiente y en los respectivos instrumentos de gestión ambiental.
19. Sobre la base de este sustento constitucional, el Estado hace efectiva la protección al ambiente, frente al incumplimiento de la normativa ambiental, a través del ejercicio de la potestad sancionadora en el marco de un debido procedimiento administrativo, así como mediante la aplicación de tres grandes grupos de medidas: (i) medidas de reparación frente a daños ya producidos, (ii) medidas de prevención frente a riesgos conocidos antes que se produzcan; y (iii) medidas de precaución frente a amenazas de daños desconocidos e inciertos³³.
20. Bajo dicho marco normativo, que tutela el ambiente adecuado y su preservación, este Tribunal interpretará las disposiciones generales y específicas en materia ambiental, así como las obligaciones de los particulares vinculadas a la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

IV. CUESTIONES CONTROVERTIDAS

21. Las cuestiones controvertidas a resolver en el presente caso son las siguientes:
- (i) Si la declaración de vertimiento en el punto de control OPDM-83 en el PAVER exime de responsabilidad a Barrick, por el incumplimiento del artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

³⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

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

³¹ Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 4, ha señalado lo siguiente:

"En su primera manifestación, comporta la facultad de las personas de disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y sustantiva. La intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación. (...) Sobre el segundo acápite (...) entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Evidentemente, tal obligación alcanza también a los particulares".

³² Sobre la triple dimensión de la protección al ambiente se puede revisar la Sentencia T-760/07 de la Corte Constitucional de Colombia, así como la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03048-2007-PA/TC. Fundamento jurídico 9.



- (ii) Si se ha acreditado que el exceso de los LMP ocasiona daño ambiental.
- (iii) Si correspondía declarar a Barrick como reincidente de la infracción al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

V. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

V.1 Si la inscripción del punto de control OPDM-83 en el PAVER exime de responsabilidad a Barrick, por el incumplimiento del artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM

22. Barrick alegó que la inscripción del efluente proveniente del punto de control OPDM-83 se encontraba en un proceso de regularización, pues el mismo estaba inscrito en el PAVER y también fue considerado en la Modificación del Plan de Cierre de la UM Pierina. Agregó que, al haberse aprobado la modificación del plan de cierre, se ejecutaron las medidas necesarias para la sostenibilidad de la calidad del efluente, a través de la implementación del sistema de tratamiento en la quebrada Pucaurán, así como la mejora de la adición de cal en las pozas de sedimentación.

23. Al respecto, debe indicarse que la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2010-AG (en adelante, **Decreto Supremo N° 001-2010-AG**)³⁴ y el artículo 1° de la Resolución Jefatural N° 274-2010-ANA, que dictó las medidas para la implementación del PAVER (en adelante, **Resolución Jefatural N° 274-2010-ANA**) establecieron que las personas que vienen realizando vertimientos y reusos de aguas residuales no autorizados a la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 001-2010-AG, podrán acogerse al PAVER a cargo de la Autoridad Nacional del

³⁴

DECRETO SUPREMO N° 001-2010-AG, Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos, publicado en el diario oficial El Peruano el 24 de marzo de 2010.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

Cuarta.- Programa de Adecuación de Vertimiento y Reuso de Agua Residual Tratada

Las personas que a la entrada en vigencia del presente Reglamento vienen realizando vertimientos y reusos de aguas residuales no autorizados, podrán acogerse al Programa de Adecuación de Vertimiento y Reuso de Agua Residual - PAVER a cargo de la Autoridad Nacional del Agua que comprende las siguientes etapas:

a. Inscripción en el Programa de Adecuación de Vertimiento y Reuso de Agua Residual - PAVER. Se efectuará en las Administraciones Locales de Agua con la presentación de la "Declaración Jurada de Vertimiento o Reuso" que contendrá el cronograma para la formulación del Programa de Adecuación y Manejo Ambiental o el instrumento de gestión ambiental que determine el sector correspondiente. El plazo para la inscripción es de un (01) año.

b. Presentación del Programa de Adecuación y Manejo Ambiental. Las personas que se inscriban en el PAVER, deberán presentar, el Programa de Adecuación y Manejo Ambiental o el instrumento de gestión ambiental que determine el sector correspondiente debidamente aprobado, en el que se establezcan las medidas para reducir los índices de contaminación a niveles aceptables.

c. Plazos para la presentación del Programa de Adecuación y Manejo Ambiental. El plazo máximo para la presentación del Programa de Adecuación y Manejo Ambiental o el instrumento de gestión ambiental que determine el sector correspondiente para las personas que se acojan al PAVER, es un año contado a partir de la presentación de la "Declaración Jurada de Vertimiento o Reuso", salvo que se trate de vertimientos de aguas residuales municipales, en cuyo caso se considerará el plazo de cuatro años.

La inscripción en el PAVER no exime del cumplimiento de las medidas que dicte la Autoridad Nacional del Agua, en atención al principio precautorio cuando exista amenaza de grave riesgo a la salud humana o al ambiente.

Los procedimientos sancionadores que inicie la Autoridad Nacional del Agua, serán suspendidos con la sola acreditación de haberse acogido al PAVER y el cumplimiento de los compromisos adquiridos en el marco de dicho programa.

Agua³⁵ con la finalidad de adecuarse a las disposiciones de la Ley de Recursos Hídricos. Asimismo, la referida resolución jefatural señala que el procedimiento del PAVER concluye con el otorgamiento de la autorización a los vertimientos o reúsos de aguas residuales³⁶.

24. De igual modo, el artículo 5° de la Resolución Jefatural N° 274-2010-ANA dispone que los procedimientos sancionadores iniciados por la Autoridad Nacional del Agua, contra aquellas personas que efectuaban vertimientos en las fuentes naturales de agua sin contar con la correspondiente autorización, se suspenderían con la presentación de la constancia de inscripción en el PAVER³⁷.
25. Sobre la base del marco normativo antes expuesto, se advierte que el PAVER tiene como finalidad que los vertimientos de aguas residuales³⁸ que no contaban con la respectiva autorización a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 010-2010-AG, se adecúen a lo señalado en la nueva normativa, con el objetivo de evitar la correspondiente sanción por parte de la Autoridad Nacional del Agua.

³⁵ De acuerdo con el artículo 15° de la Ley de Recurso Hídricos, la Autoridad Nacional del Agua ejerce jurisdicción administrativa exclusiva en materia de aguas, desarrollando acciones de administración, fiscalización, control y vigilancia, para asegurar la conservación y protección del agua.

³⁶ **RESOLUCIÓN JEFATURAL N° 274-2010-ANA, por la cual se dicta medidas para la implementación del Programa de Adecuación de Vertimientos y Reúso de Agua Residual**, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de mayo de 2010.

Artículo 1°.- Finalidad del Programa de Adecuación de Vertimientos y Reúso de Agua Residual-PAVER

1.1 El PAVER tiene como finalidad la adecuación a las disposiciones de la Ley de Recursos Hídricos de los vertimientos y reúsos en curso que a la fecha de entrada en vigencia del Reglamento de la citada ley, no cuenten con autorizaciones correspondientes.

1.2 El proceso de adecuación concluye con el otorgamiento de la autorización a los vertimientos o reúsos de aguas residuales tratadas que cumplan con las disposiciones del Título V de la Ley de Recursos Hídricos.

³⁷ **RESOLUCIÓN JEFATURAL N° 274-2010-ANA.**

Artículo 5°.- Procedimientos Administrativos Sancionadores

5.1. Las Administraciones Locales de Agua iniciarán de oficio los procedimientos sancionadores a quienes efectúen vertimientos en las fuentes naturales de agua sin contar con la autorización correspondiente.

5.2. La suspensión del procedimiento sancionador podrá efectuarse, a solicitud de parte, hasta antes de la expedición de la resolución de primera instancia administrativa; para tal efecto el administrado deberá presentar copia de la constancia de inscripción en el PAVER.

5.3. La suspensión del procedimiento sancionador no exime las acciones de control y vigilancia que deberá realizar la Administración Local de Agua para verificar la veracidad de los datos consignados en la "Declaración Jurada de Vertimiento o Reúso" y el cumplimiento de los compromisos asumidos. De ser el caso, procederá a la imposición de sanciones y medidas complementarias para el cese inmediato del vertimiento o reúso.

³⁸ Cabe precisar que la referencia al vertimiento de aguas residuales debe entenderse efectuada a las aguas que han sido utilizadas en una actividad de producción y han pasado por un tratamiento previo para que puedan ser descargados al ambiente, conforme se desprende del artículo 131° del Decreto Supremo N° 001-2010-AG.

DECRETO SUPREMO N° 001-2010-AG.

Artículo 131°.- Aguas residuales y vertimientos

Para efectos del Título V de la Ley se entiende por:

a. Aguas residuales, aquellas cuyas características originales han sido modificadas por actividades antropogénicas, tengan que ser vertidas a un cuerpo natural de agua o reusadas y que por sus características de calidad requieren de un tratamiento previo.

b. Vertimiento de aguas residuales, es la descarga de aguas residuales previamente tratadas, en un cuerpo natural de agua continental o marítima. Se excluye las provenientes de naves y artefactos navales.

26. En el presente caso, el vertimiento correspondiente al punto de control OPDM-83 consta inscrito como un vertimiento PAVER, conforme se corrobora del Informe N° 743-2012-MEM-AAM/RPP/MPC/ACHM, que sustentó la Resolución Directoral N° 217-2012-MEM/AAM a través de la cual se aprobó la modificación del plan de cierre de minas de la unidad minera Pierina (en adelante, **Informe N° 743-2012-MEM**)³⁹.
27. Cabe agregar que Barrick, a través de la modificación del mencionado instrumento de gestión ambiental, presentó las medidas para el manejo ambiental de los efluentes inscritos en el PAVER⁴⁰, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3 de la Resolución Jefatural N° 274-2010-ANA⁴¹.
28. De lo expuesto, se concluye que la inscripción del vertimiento correspondiente al punto de control OPDM-83 en el PAVER solo eximió a Barrick de no ser sancionado por la Autoridad Nacional del Agua, mas no lo habilitaba a incumplir los LMP, en la medida que la Resolución Jefatural N° 274-2010-ANA no contiene dispositivo alguno que faculte a los administrados a incumplir con las obligaciones a las cuales se encuentran sujetos en el marco del artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM (cumplimiento de los LMP para efluentes minero-metalúrgicos). En tal sentido, queda claro que la exigencia del PAVER es independiente del cumplimiento de los LMP para dicho tipo de efluentes.

³⁹ En el Informe N° 743-2012-MEM se señala:

"Con fecha 26 de abril de 2011, la Administración Local de Agua Huaraz (ALA Huaraz) otorgó la Constancia de Inscripción en el Programa de Adecuación de Vertimientos y Reúso de Agua residual (PAVER correspondiente a la UM "Pierina" de los siguientes vertimientos industriales:

(...)

OPDM-83: Flujo estacional proveniente de la escorrentía del tajo (sólo durante temporada de lluvias extremas o periodos continuos de lluvia), ubicado en la quebrada de Pucaurán." (Foja 225)

⁴⁰ En el Informe N° 743-2012-MEM se indica:

"Además, el Titular a través de dicho instrumento de gestión ambiental, presentó las medidas para el manejo ambiental de los efluentes resgistrados (...) en el Programa de Adecuación de Vertimiento y Reúso de Agua Residual –PAVER, de conformidad con la cuarta Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 001-2010-AG y el artículo 3 de la Resolución Jefatural N° 274-2010-ANA." (Foja 224)

⁴¹ **RESOLUCIÓN JEFATURAL N° 274-2010-ANA.**

Artículo 3°.- Presentación del instrumento ambiental aprobado

3.1 Las personas que se inscriban en el PAVER quedan obligadas a presentar ante la Autoridad Nacional del Agua, dentro de los plazos señalados en el artículo precedente, el Programa de Adecuación y Manejo Ambiental, o instrumento de gestión ambiental que determine el sector correspondiente, aprobado por la autoridad ambiental competente.

3.2 El Programa de Adecuación y Manejo Ambiental o instrumento de gestión ambiental que determine el sector correspondiente, deberá contener los plazos de remediación, mitigación y control ambiental, así como la implementación de los correspondientes sistemas de tratamiento para el cumplimiento de los Estándares de Calidad Ambiental para Agua (ECA - Agua) y los Límites Máximos Permisibles (LMP) de efluentes líquidos según la normatividad ambiental vigente.

3.3 Verificado el cumplimiento de lo señalado en los numerales precedentes, la Autoridad Nacional del Agua, a través del órgano de línea correspondiente, otorgará la autorización de vertimiento con el carácter de provisional por un plazo no mayor de dos años renovables y condicionada al cumplimiento estricto de las obligaciones del instrumento ambiental.

29. Además, de acuerdo con la información contenida en el Informe N° 743-2012-MEM⁴², el flujo proveniente del punto de control OPDM-83 recibía el respectivo tratamiento antes de ser vertido a la quebrada Pucaurán. Tal situación importa, de un lado, que Barrick era responsable del manejo de dicho efluente antes de su vertimiento al ambiente; y de otro, que dicha empresa tenía que cumplir con la obligación de no exceder los LMP, exigido en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.
30. En cuanto a lo alegado por Barrick, en el sentido que con posterioridad a la modificación del plan de cierre realizó las medidas necesarias para la sostenibilidad de la calidad del efluente, debe señalarse que la ejecución de medidas de manejo ambiental con posterioridad a la configuración del hecho infractor no sustrae la materia sancionable y, en consecuencia, no exime a Barrick de su responsabilidad, conforme lo dispone el artículo 5° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD⁴³.
31. En consecuencia, la inscripción del vertimiento correspondiente al punto de control OPDM-83 en el PAVER no eximía de responsabilidad a Barrick por el incumplimiento del artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM. Por lo tanto, corresponde desestimar lo alegado por la administrada en este extremo de su apelación.

⁴² En el Informe N° 743-2012-MEM (Foja 226 a 227) se señala:

"Cuenca Pucaurán

Sistema Actual de Manejo y Tratamiento de Agua.- Actualmente, el sistema de manejo y tratamiento de aguas de la cuenca Pucaurán conduce las aguas de contacto que proviene de las siguientes fuentes:

- Escorrentía superficial del área del tajo;
- (...)

Estas aguas son manejadas de manera diferenciada y son finalmente vertidas a la quebrada Pucaurán Alta (...).

A la salida de la poza de sedimentación-3, se localiza el punto OPDM-83, correspondiente a un vertimiento PAVER.
(...)

OPDM-83: Flujo estacional proveniente de la escorrentía del tajo. El flujo de agua de contacto es conducido a través de cunetas, canales o alcantarillas hacia las tres pozas de sedimentación ubicadas en la base del tajo, donde reciben una dosificación de cal para la neutralización de las aguas. Las aguas tratadas son vertidas eventualmente hacia la Quebrada Pucaurán Alta cuando se presenta un exceso de agua ocasionado por la ocurrencia de fuertes lluvias. Las pozas de sedimentación están implementadas además con un sistema de bombeo hacia la planta ST-G5, en caso que los efluentes requieran un mayor tratamiento antes del vertimiento a la Quebrada Pucaurán Alta y un sistema de recirculación para lograr el pH requerido."

⁴³ **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 012-2012-OEFA-CD**, aprueba Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 13 de diciembre de 2012.

Artículo 5°.- No sustracción de la materia sancionable

El cese de la conducta que constituye infracción administrativa no sustrae la materia sancionable. La reversión o remediación de los efectos de dicha conducta tampoco cesa el carácter sancionable, pero será considerada como un atenuante de la responsabilidad administrativa, de conformidad con lo indicado en el Artículo 35 del presente Reglamento.

V.2 Si se ha acreditado que el exceso de los LMP ocasiona daño ambiental

Si es sancionable el exceso de los LMP

32. Barrick alegó que se ha vulnerado los principios de verdad material y causalidad, pues pese a que se le imputó responsabilidad por la generación de daño ambiental, no se ha acreditado su ocurrencia en el cuerpo receptor (aire, agua, suelo), ni se ha establecido la relación de causalidad entre el daño y la conducta infractora. Agregó que, en el supuesto que el exceso de los LMP genere daño, dicha presunción no es *iuris et de iure*. Siendo ello así, Barrick ha desvirtuado la referida presunción, al haber acreditado que no ha causado daño en la quebrada Pucaurán.
33. A fin de establecer en el presente caso si el exceso de los LMP ha configurado una infracción grave prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, este Tribunal considera que debe analizarse la naturaleza de los LMP y su importancia como herramienta de control de las emisiones y efluentes que descargan al ambiente.
34. Los LMP son instrumentos de gestión ambiental de tipo control, que fijan la concentración máxima (valores límite) de los parámetros contenidos en las emisiones y efluentes⁴⁴ que pueden ser descargados o emitidos a los cuerpos receptores (agua, aire y suelo)⁴⁵. En ese sentido, exceder estos valores límite ocasiona un incumplimiento de la obligación ambiental fiscalizable establecida en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.
35. Por otro lado, cabe indicar que, el numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611, establece que el LMP es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos que caracterizan a un efluente o una emisión, que **al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente**⁴⁶ (Resaltado agregado).

⁴⁴ El término *efluente* puede ser entendido como la descarga líquida de materiales de desecho en el ambiente, la cual puede ser tratada o sin tratar; mientras que *emisión* es todo fluido gaseoso, puro o con sustancias en suspensión, así como toda forma de energía radioactiva o electromagnética (sonido), que emanen como residuos o producto de la actividad humana.

FOY VALENCIA, Pierre y Walter VALDEZ MUÑOZ. *Glosario Jurídico Ambiental Peruano*. Lima: Editorial Academia de la Magistratura, 2012.

Consultado: 22 de agosto de 2014

Disponible en: http://www.amag.edu.pe/wp-content/uploads/2013/03/glosario_juridico_ambiental_peruano.pdf.

⁴⁵ El cuerpo receptor se entiende como aquel componente – el aire, el agua y los suelos – que recibe los aportes de carga contaminante generados por la actividad económica y social. Por ejemplo, el río, una laguna, la atmósfera, una quebrada son considerados como cuerpos receptores.

CAMACHO BARREIRO, Aurora y Liliana ARIOS ROACHE. *Diccionario de términos ambientales*. La Habana: Publicaciones Acuario, 2000.

Consultado: 22 de agosto de 2014

Disponible en: http://www.revistafuturos.info/download/download_16/diccionario_amb.PDF.

⁴⁶ LEY N° 28611.

Artículo 32°.- Del Límite Máximo Permisible

(...)

32.1. El Límite Máximo Permisible - LMP es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida

36. Partiendo de ello, el Estado adopta los LMP como instrumentos de control para medir y verificar el cumplimiento de la concentración de las sustancias contenidas en las emisiones y efluentes que son descargadas o emitidas al agua, aire o suelo, a fin de preservar la salud de las personas y el ambiente. Siendo ello así, los administrados deberán cumplir con los LMP, no solo por estar regulados normativamente, sino también porque a través de dicho cumplimiento evitarán la generación de efectos negativos a los citados bienes jurídicos protegidos.
37. Es importante destacar, en este orden de ideas, que el Estado, mediante la autoridad de fiscalización ambiental, se encargará de verificar el cumplimiento de dicha obligación ambiental, de tal manera que si detecta que las emisiones y/o efluentes provenientes de la actividad del administrado exceden los valores límite, este último incurrirá en el incumplimiento del artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM y por lo tanto, corresponderá la imposición de la sanción administrativa correspondiente.

Si el exceso de los LMP genera daño ambiental

38. Para desarrollar el tema planteado, vale decir si el exceso de los LMP genera daño ambiental, es pertinente hacer alusión a las siguientes conclusiones, derivadas de los considerandos precedentes: (i) La Administración tiene como función, entre otras, el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, entre ellas el referido a los LMP; y (ii) El exceso de los LMP es sancionable.
39. Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611⁴⁷ denomina **daño ambiental** a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes⁴⁸, tenga origen o no en la contravención a normas de protección y conservación del ambiente, y cuyos efectos negativos pueden ser **actuales o potenciales**⁴⁹ (Resaltado agregado).

causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su determinación corresponde al Ministerio del Ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente por el Ministerio del Ambiente y los organismos que conforman el Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Los criterios para la determinación de la supervisión y sanción serán establecidos por dicho Ministerio

(...).

⁴⁷ **LEY N° 28611.**
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.

⁴⁸ Según el numeral 2.3 del artículo 2° de la mencionada norma, toda mención 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.

⁴⁹ Sobre el concepto de daño ambiental, la doctrina sostiene 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 JORGE, Héctor. *El proceso ambiental: objeto, competencia, legitimación, prueba, recursos*. Buenos Aires: Editorial Lexis-Nexis, 2005. pp. 86 – 87.



40. Con relación a la definición de daño ambiental prevista en la Ley N° 28611, cabe señalar que este Tribunal Administrativo ha establecido en anteriores pronunciamientos la existencia de dos elementos⁵⁰:
- a) El daño ambiental debe importar un menoscabo material al ambiente y/o a alguno de sus componentes.
 - b) El referido menoscabo material debe generar efectos negativos, los cuales pueden ser actuales o potenciales.
41. Con relación al primer elemento, cabe señalar que cuando se descargan o emiten sustancias contaminantes al ambiente que exceden los límites establecidos, se alteran los componentes ambientales en sus condiciones físicas y/o químicas previas a la descarga o emisión, en mayor o menor medida. Por tanto, toda alteración de las condiciones naturales de los componentes ambientales, es considerado un menoscabo⁵¹.
42. De esta manera, si las descargas o emisiones al ambiente exceden los LMP, lo cual debe encontrarse debidamente probado mediante los informes de laboratorio y/o de campo, esta situación conlleva al menoscabo del ambiente manifestado en la alteración física o química de los componentes ambientales, generando como consecuencia un daño ambiental. En tal sentido, el administrado tiene la obligación de monitorear los efluentes y emisiones de sus actividades, toda vez que estos contienen elementos contaminantes, que por su concentración y contacto con el cuerpo receptor pueden causar daño ambiental⁵².
43. Por su parte, el segundo elemento hace referencia a que en la configuración del daño ambiental no es indispensable que los efectos negativos del menoscabo

⁵⁰ Tal definición ha sido recogida por el Tribunal de Fiscalización Ambiental en diversos pronunciamientos, entre ellas, las Resoluciones N° 082-2013-OEFA/TFA, N° 098-2013-OEFA/TFA, N° 100-2013-OEFA/TFA, N° 110-2013-OEFA/TFA, N° 047-2014-OEFA/TFA, N° 089-2014-OEFA/TFA, N° 002-2014-OEFA/TFA-SE1, N° 011-2014-OEFA/TFA-SE1, N° 014-2014-OEFA/TFA-SE1, entre otras.

⁵¹ Sobre el menoscabo ambiental la doctrina sostiene 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 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"*.

LANEGRA, Iván. *El daño ambiental. Derecho Ambiental. Dialogo y Debate sobre Derecho y Política Ambiental e Indígena*. Publicado el 5 de noviembre de 2009.

Consultado: 22 de julio de 2014

Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/77336/el-dano-ambiental>.

⁵² Este Órgano Colegiado ha considerado los siguientes supuestos como ejemplos de conductas que ocasionan daño ambiental, y que por tanto, merecen la sanción correspondiente: Disponer relaves provenientes de un proceso de beneficio de manera inadecuada; no evitar ni impedir filtraciones de la presa de relaves impactando el suelo o entrando en contacto con la flora de la zona, o que estas filtraciones tengan contacto con el recurso hídrico (superficial o subterráneo); no adoptar medidas de control para evitar la fuga de agua ácida de mina hacia el ambiente; los efluentes líquido minero-metalúrgicos exceden los LMP, entre otros.

material producido en el ambiente sean actuales, sino que resulta suficiente que dichos efectos negativos sean potenciales⁵³, entendiéndose como potencial aquello que puede suceder o existir⁵⁴.

44. En virtud a lo expuesto, queda desestimado lo alegado por Barrick, respecto a que no se ha acreditado la afectación en el cuerpo receptor (agua, aire, suelo), en la medida que, de acuerdo con lo señalado en los considerandos precedentes, la sola verificación del exceso de los LMP ocasiona un daño al ambiente mediante la alteración de los componentes ambientales antes señalados⁵⁵. En tal sentido, este órgano colegiado es de la opinión que la sanción a ser impuesta al administrado, se encuentra condicionada únicamente a la verificación del exceso de los LMP.
45. En el presente caso, mediante el Informe de Ensayo N° 1203385 emitido por el laboratorio Envirolab Perú S.A.C.⁵⁶, se acreditó que Barrick excedió el LMP respecto del parámetro Cu en el punto de control OPDM-83. De esta manera, se comprueba que se han introducido al ambiente concentraciones de elementos por encima de los límites reglamentarios establecidos⁵⁷, lo cual constituye una alteración de las condiciones intrínsecas del cuerpo receptor; por lo tanto, se configura la infracción prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.
46. Con base en las consideraciones expuestas en los considerandos 38 al 45 de la presente resolución, se corrobora que la conducta imputada se encuentra acreditada mediante el informe de ensayo antes referido, razón por la cual no se ha vulnerado el principio de verdad material contenido en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.



53 En esa línea, es importante citar a Peña Chacón cuando sostiene que *"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 CHACÓN, Mario. *Daño Ambiental y Prescripción*.

Consultado: 16 de julio de 2014.

Disponible en: <http://huespedes.cica.es/qimadus/19/06_mario_penia_chacon.html>

54 Diccionario de la Real Academia Española:

Disponible en: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=SUHLCZZmeDXX2eFk81Om>

Consultado el 22 de julio de 2014.

55 La Guía Técnica de Minería Metálica para el Monitoreo de Efectos Ambientales de Canadá señala los efectos de los parámetros en atención a estudios realizados:

Cobre: se le conoce por ser tóxico a los organismos acuáticos.

ENVIRONMENT CANADA. Appendix 5-1: "Justifications for Parameter for Effluent Characterization and Water Quality Monitoring". Metal Mining Technical Guidance for Environmental Effects Monitoring. Canada. 2012, pp. 5-35 – 5-37.

Consultado: 23 de setiembre de 2014.

Disponible en: https://www.ec.gc.ca/esee-eem/AEC7C481-D66F-4B9B-BA08-A5DC960CDE5E/COM-1434---Tec-Guide-for-Metal-Mining-Env-Effects-Monitoring_En_02f11.pdf

Traducción libre efectuada por el Tribunal de Fiscalización Ambiental.

56 Laboratorio acreditado ante el INDECOPI mediante Registro N° LE-011 (Fojas 171 a 200).

57 La superación de los niveles tolerables de descargas al ambiente respecto de un determinado parámetro.

47. En cuanto a que se ha vulnerado el principio de causalidad, debe señalarse que de acuerdo con dicho principio⁵⁸, la sanción debe recaer sobre el administrado que realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de la infracción administrativa.
48. En atención a ello, en el presente caso se encuentra acreditado que la ocurrencia del hecho se produjo al interior de las instalaciones de la unidad minera Pierina de titularidad de Barrick, razón por la cual devino válida la sanción impuesta en este extremo al acreditarse la causalidad de la conducta infractora.
49. Por último, Barrick alegó que en el supuesto que el exceso de los LMP genere daño, no es una presunción que no admita prueba en contrario (*iuris et de iure*), pues ha desvirtuado dicha presunción al haber acreditado, mediante los Informes Trimestrales de Monitoreo de Calidad de Agua correspondientes al tercer y cuarto trimestres del año 2012, que no ha causado daño en la quebrada Pucaurán.
50. Al respecto, cabe indicar que, a efectos de sustentar sus argumentos, Barrick ofreció como medio probatorio únicamente los cargos de presentación ante el Ministerio de Energía Minas de los Informes Trimestrales de Monitoreo de Calidad de Agua correspondientes al tercer y cuarto trimestre del año 2012⁵⁹, sin adjuntar copia de los mismos. En tal sentido, resulta imposible para este órgano colegiado pronunciarse sobre el contenido de dichos documentos, al no obrar estos en el expediente de trámite.
51. No obstante ello, este Órgano Colegiado considera necesario precisar que el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, establece que los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado a partir de la muestra recogida del efluente minero-metalúrgico, no deben exceder en ninguna oportunidad los niveles establecidos en la columna "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la referida resolución ministerial. En ese sentido, el resultado del análisis de la muestra tomada en un momento determinado será válido solo para ese espacio de tiempo.
52. Por lo tanto, los medios probatorios mencionados por Barrick, consistentes en los Informes Trimestrales de Monitoreo de Calidad de Agua correspondientes al tercer y cuarto trimestre del año 2012, con los cuales pretendería acreditar que no ha causado daño en la quebrada Pucaurán, serían resultados de monitoreos efectuados en momentos distintos al de la toma de muestra del efluente proveniente del punto de control OPDM-83 (que se llevó a cabo el día 21 de marzo

⁵⁸ LEY N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de abril de 2001.

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

⁵⁹ Fojas 259 a 262.

de 2012⁶⁰), por lo que no desvirtuarían la conducta imputada, toda vez que no corresponde a una muestra dirimente⁶¹.

53. En consecuencia, sí se ha acreditado que el exceso de los LMP ocasiona daño ambiental, por lo que corresponde desestimar lo alegado por la apelante.

V.3 Si correspondía declarar a Barrick como reincidente de la infracción al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM

54. Barrick alegó que no incurrió en ningún supuesto de reincidencia, pues la Resolución Directoral N° 589-2013-OEFA/DFSAL del 20 de diciembre de 2013, en virtud de la cual se le calificó como reincidente, deviene de una supervisión realizada en la unidad minera Alto Chicama, ubicada en el distrito de Quiruvilca, provincia de Santiago de Chuco, departamento de La Libertad, por la cual se le sancionó por el incumplimiento del LMP para el parámetro potencial de hidrógeno, cuyo supuesto es distinto al del presente procedimiento. Agregó que, los reglamentos de procedimientos sancionadores de otras instituciones señalan que la reincidencia se configura cuando el administrado incurre más de una vez en una misma infracción en la misma instalación o unidad.

55. Sobre el particular, mediante Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 020-2013-OEFA/PCD, se aprobó los Lineamientos que establecen criterios para calificar como reincidentes a los infractores ambientales bajo el ámbito de competencia del OEFA (en adelante, **Resolución N° 020-2013-OEFA/PCD**), cuyo objeto es establecer los criterios que permitan a la DFSAL y a este Tribunal, en este último caso cuando corresponda, calificar como reincidentes a los infractores ambientales en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores, a efectos de determinar la graduación de las sanciones⁶².

⁶⁰ Foja 197.

⁶¹ Sobre el particular, la Resolución N° 0110-2001-INDECOPI-CRT, que aprobó el derogado Reglamento de Dirimencias, definía a la Dirimencia como aquel "Procedimiento a través del cual la Comisión corrobora los resultados reportados por una entidad acreditada, que han sido observados por sus clientes o los destinatarios finales de sus servicios, empleando la muestra dirimente." Asimismo, el derogado reglamento de dirimencias definía a la muestra dirimente como la "Cantidad determinada del producto certificado o ensayado que la entidad acreditada mantiene en sus instalaciones en condiciones controladas para la conservación de sus características iniciales, y con el objetivo de ejecutar eventualmente una dirimencia".

Actualmente, el Reglamento para la Acreditación de Organismos de Evaluación de la Conformidad (OEC), aprobado por el Servicio Nacional de Acreditación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi, señala que "Cuando aplique, tomar muestras dirimientes y mantenerlas bajo custodia. Se deberán mantener las condiciones ambientales apropiadas para asegurar la permanencia de las características iniciales del producto. El periodo de custodia de la muestra dirimente se establecerá en función al mantenimiento de las características evaluadas inicialmente en el producto así como a su perecibilidad. Asimismo, el OEC deberá contar con un procedimiento para atender estos casos de dirimencia, el cual debe dar a conocer a sus clientes."

⁶² **RESOLUCIÓN N° 020-2013-OEFA/PCD, que aprobó los Lineamientos que establecen criterios para calificar como reincidentes a los infractores ambientales bajo el ámbito de competencia del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental**, publicado en el diario oficial El Peruano el 22 de febrero de 2013.

II. OBJETO

5. El objeto del presente documento es establecer los criterios que permitan a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos y al Tribunal de Fiscalización Ambiental calificar como reincidentes a los infractores ambientales en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores tramitados por el OEFA, para la graduación de la sanción ambiental correspondiente, así como para la incorporación del respectivo infractor reincidente en el Registro de Infractores Ambientales - RINA.

56. Teniendo en cuenta ello, respecto a lo alegado por Barrick, en el sentido que la resolución directoral por la cual se le calificó como reincidente versa sobre una supervisión realizada en una unidad minera distinta a la unidad minera Pierina, cabe indicar que, conforme a la Resolución N° 020-2013-OEFA-PCD, *“la reincidencia implica la comisión de una nueva infracción cuando el autor ya ha sido sancionado por una infracción anterior (...)”*.
57. Este Tribunal Administrativo entiende que el autor, al que se hace referencia en la citada disposición, es aquel sobre el cual recae la responsabilidad por la comisión de la infracción; es decir, las personas naturales o jurídicas que realizan las actividades que son de competencia del OEFA y que, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, fueron halladas responsables por el incumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables a su cargo⁶³.
58. En tal sentido, dado que, tanto en la Resolución Directoral N° 589-2013-OEFA/DFSAI del 20 de diciembre de 2013, como en la resolución apelada, mediante la cual se declaró a Barrick como reincidente, el autor es dicha empresa; corresponde desestimar lo alegado por la administrada.
59. Por otro lado, respecto a lo señalado por Barrick, en cuanto al hecho que la resolución directoral por la cual se le calificó como reincidente está referida al exceso de los LMP de un parámetro distinto al parámetro Cu, corresponde señalar que, de acuerdo con la Resolución N° 020-2013-OEFA-PCD, *“la reincidencia se configura cuando se comete una nueva infracción cuyo supuesto de hecho del tipo infractor es el mismo que el de la infracción anterior”*.
60. Según la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2013-OEFA/CD, que aprueba las Reglas generales sobre el ejercicio de la potestad sancionadora del OEFA, son supuestos de hecho del tipo infractor aquellas conductas de acción u omisión que signifiquen o expresen el incumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables⁶⁴.
61. Considerando lo antes expuesto, en el presente caso (el cual versa sobre el exceso de LMP), este Tribunal considera que el supuesto de hecho del tipo infractor consiste en que los efluentes generados como consecuencia del desarrollo de actividades mineras **no deben exceder en ninguna oportunidad**

63

LEY N° 29325.

Artículo 17°.- Infracciones administrativas y potestad sancionadora
(...)

El cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables antes mencionadas es obligatorio para todas las personas naturales o jurídicas que realizan las actividades que son de competencia del OEFA, aun cuando no cuenten con permisos, autorizaciones ni títulos habilitantes para el ejercicio de las mismas. Esta disposición es aplicable a todas las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA), respecto de sus competencias, según corresponda.

64

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO N° 038-2013-OEFA/CD, que aprueba las Reglas generales sobre el ejercicio de la potestad sancionadora del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental-OEFA, publicada en el diario oficial EL Peruano 18 de setiembre de 2013.

CUARTA.- Sobre el contenido del supuesto de hecho del tipo infractor

4.1 Se tipifican como supuestos de hecho de infracciones administrativas aquellas conductas de acción u omisión que signifiquen o expresen el incumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables, incluyendo las vinculadas a la fiscalización ambiental.

los LMP previstos en la columna “Valor en cualquier momento” del Anexo 1 (Resaltado agregado). Como consecuencia de dicho incumplimiento, se configura una infracción al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

62. Cabe destacar, en ese orden de ideas, que tanto en la Resolución Directoral N° 589-2013-OEFA/DFSAI del 20 de diciembre de 2013, como en la resolución apelada, el supuesto de hecho del tipo infractor es haber excedido los LMP; por tanto, no resulta relevante el parámetro excedido, toda vez que la exigencia de la Resolución N° 020-2013-OEFA/PCD se refiere al mismo supuesto de hecho del tipo infractor.
63. En consecuencia, este Órgano Colegiado considera que la calificación de reincidente efectuada por la DFSAI, se realizó acorde con los lineamientos establecidos en la Resolución N° 020-2013-OEFA/PCD.
64. Finalmente, si bien Barrick ha citado reglamentos de procedimientos sancionadores de otras instituciones para señalar que la reincidencia se configura cuando se vuelve a cometer la misma infracción en el mismo establecimiento o unidad, aquello no resulta vinculante para el OEFA.
65. En efecto, el OEFA en virtud de la función normativa otorgada por la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley N° 29325, se encuentra facultada, en el ámbito y materia de su competencia, a dictar reglamentos o normas; por lo que, en ejercicio de dicha facultad se dictó la Resolución N° 020-2013-OEFA/PCD.
66. Por lo tanto, la DFSAI, al calificar a Barrick como reincidente por una infracción ambiental, se limitó a dar cumplimiento a los lineamientos establecidos en la Resolución N° 020-2013-OEFA/PCD, en observancia del principio de legalidad contenido en el numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444⁶⁵.
67. En consecuencia, sí correspondía declarar reincidente a Barrick por la infracción al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM; por lo que se desestima lo alegado por la administrada.

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 la Resolución del Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA.

⁶⁵

LEY N° 27444.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.



SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución Directoral N° 249-2014-OEFA/DFSAI del 30 de abril de 2014; por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- Disponer que el monto de la multa, ascendente a cincuenta (50) UIT, sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación el número de la presente resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado

TERCERO.- Notificar la presente resolución a Minera Barrick Misquichilca S.A. y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines correspondientes.

Regístrese y comuníquese.

.....
JAIME PEDRO DE LA PUENTE PARODI
Presidente

Primera Sala Especializada Permanente
competente en las materias de Minería y Energía
Tribunal de Fiscalización Ambiental

.....
HUMBERTO ÁNGEL ZÚÑIGA SCHRODER
Vocal

Primera Sala Especializada Permanente
competente en las materias de Minería y Energía
Tribunal de Fiscalización Ambiental

.....
EMILIO JOSÉ MEDRANO SÁNCHEZ
Vocal

Primera Sala Especializada Permanente
competente en las materias de Minería y Energía
Tribunal de Fiscalización Ambiental