

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 106-2012-OEFA/TFA

Lima, 05 JUL. 2012

VISTO:

El Expediente N° 103-08-MA/R que contiene el recurso de apelación interpuesto por la empresa COMPAÑÍA MINERA ATACOCHA S.A.A. (en adelante, MINERA ATACOCHA) contra la Resolución Directoral N° 017-2012-OEFA/DFSAI de fecha 01 de febrero de 2012 y el Informe N° 112-2012-OEFA/TFA/ST de fecha 04 de julio de 2012;

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución Directoral N° 017-2012-OEFA/DFSAI de fecha 01 de febrero de 2012 (Fojas 756 a 761), notificada con fecha 03 de febrero de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos impuso a MINERA ATACOCHA una multa de setenta (70) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de tres (03) infracciones; conforme al siguiente detalle:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
No monitorear las aguas subterráneas de la relavera Atacocha ni reportar a la Dirección General de Asuntos Ambientales	Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo 016-93-EM ¹	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ²	10 UIT

¹ 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 afluentes 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 afluentes 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.

[Handwritten signatures and initials in blue ink]

Mineros del Ministerio de Energía y Minas los resultados de dicho monitoreo			
No realizar el monitoreo biológico de la fauna silvestre ni reportar a la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas los resultados de dicho monitoreo	Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo 016-93-EM	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	10 UIT
En el punto de control SF-B, correspondiente al efluente salida de aguas residuales de la Planta de Tratamiento San Felipe, que descarga al río Huallaga; se reportó un valor de 99.3 mg/L para el parámetro STS, superando el Límite Máximo Permisible establecido en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ³	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ⁴	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ⁵	50 UIT

² 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.

3. MEDIO AMBIENTE

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

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

³ De acuerdo a lo señalado en el literal d) del sub-numeral 3.3.2 del numeral 3.3 del Rubro III de la parte considerativa de la Resolución Directoral N° 017-2012-OEFA/DFSAI, el detalle de los resultados obtenidos en el punto de control SF-B, es el que sigue:

Punto de Monitoreo	Parámetro	Anexo 1 Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM (mg/L)	Resultado del análisis (mg/L)
SF-B	STS	50	99.3

⁴ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 011-96-EM/VMM. APRUEBA LOS NIVELES MAXIMOS PERMISIBLES PARA EFLUENTES LIQUIDOS PARA LAS ACTIVIDADES MINERO – METALURGICAS.

Artículo 4°.- Resultados analíticos no excederán los niveles contemplados en el Anexo 1 ó 2, según sea el caso

MULTA TOTAL			70 UIT

Asimismo, de acuerdo a los artículos 2° y 3° de la parte resolutive de la Resolución Directoral N° 017-2012-OEFA/DFSAI de fecha 01 de febrero de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos formuló a MINERA ATACOCHA los siguientes requerimientos de información:

- I. Realizar los reportes de monitoreo de calidad de agua subterránea al OEFA y la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (en adelante DGAAM) del Ministerio de Energía y Minas, con una frecuencia trimestral (el último día hábil de los meses de marzo, junio y diciembre de cada año).
 - II. Realizar los reportes de monitoreo biológico al OEFA y la DGAAM, con una frecuencia anual (el último día hábil de junio de cada año).
2. Con escrito de registro N° 005146 presentado con fecha 28 de febrero de 2012, MINERA ATACOCHA interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 017-2012-OEFA/DFSAI de fecha 01 de febrero de 2012, solicitando se revoque la multa y requerimientos formulados así como el archivo del procedimiento sancionador, en atención a los siguientes fundamentos:

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

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

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

⁵ 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.

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.

- a) Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez que el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM no señala como infracción sancionable el incumplimiento de las obligaciones contenidas en los Estudios de Impacto Ambiental, sino que hace referencia a obligaciones puntuales tales como poner en marcha y mantener los programas de previsión y control, lo que no ha sido materia de imputación al interior del presente procedimiento.

Por tal motivo, se verifica que el OEFA ha recurrido a una interpretación normativa para poder sancionar a MINERA ATACOCHA, imputándose infracciones no reguladas de manera expresa, lo que se encuentra proscrito por el citado principio jurídico.

- b) La apelante presentó en su escrito de descargos el resultado analítico de la contramuestra tomada al mismo momento de la supervisión en el punto de control SF-B, emitido por el laboratorio CORLAB, del cual se verifica que las aguas residuales a la salida de la Planta de Tratamiento San Felipe cumplen con los Límites Máximos Permisibles (en adelante, LMP).

En tal sentido, MINERA ATACOCHA señala que al existir discrepancia entre los resultados obtenidos durante la supervisión y los presentados por ésta en su escrito de descargos, el mérito probatorio del primero de éstos deviene cuestionable, no ofreciendo certeza sobre el incumplimiento sancionado.

- c) Al no existir certeza sobre la infracción al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, imputada a la recurrente, se debió archivar dicho incumplimiento.

Al respecto, la recurrente presenta como medios probatorios la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 02033 y la Resolución N° 098-2011-OEFA-DFSAI, en las cuales la autoridad administrativa dispone el archivo de infracciones por no existir suficiencia probatoria.

- d) En cuanto a lo señalado por el OEFA en el sentido que la apelante no siguió el procedimiento de dirimencias, cabe indicar que ello no fue posible ya que el resultado de las muestras tomadas por el Supervisor Externo le fue notificado con fecha 07 de octubre de 2009, esto es, un (01) año luego del muestreo, cuando ya se encontraba vencido el período de custodia para la conservación de la muestra.
- e) No se ha acreditado que se haya generado un daño o riesgo al ambiente como consecuencia del exceso del parámetro STS en el punto de control SF-B, pese a que el daño constituye elemento normativo del supuesto de hecho de la infracción tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

Asimismo, no se ha probado la relación de causalidad entre la actuación de MINERA ATACOCHA y el supuesto daño producido como consecuencia de la

infracción imputada, en tanto ni el Informe de Supervisión N° 06-MA-2008-ACOMISA ni el Oficio N° 1597-2009-OS-GFM, incorporan un análisis de la calidad del cuerpo receptor que concluya la ocurrencia de un daño ambiental⁶.

Por tales razones, se han vulnerado los Principios de Causalidad, Presunción de Licitud, Tipicidad y Verdad Material.

- f) Se ha sancionado a la recurrente por una infracción grave al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, sin que dicha calificación haya sido realizada por el Supervisor Externo en el Informe de Supervisión N° 06-MA-2008-ACOMISA, ni por el OSINERGMIN en el Oficio N° 1597-2009-OS-GFM, mediante el cual se notificó el inicio del presente procedimiento, razón por la cual la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos ha modificado la imputación formulada originalmente en el citado Oficio en contravención a los Principios de Legalidad y Debido Procedimiento.
- g) En el supuesto negado que se haya configurado la infracción al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, corresponde sancionar a la recurrente con una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), tomando como base la imputación realizada por el regulador al inicio del presente procedimiento sancionador.
- h) Los mandatos dictados por el OEFA, en el sentido que la recurrente debe reportar los monitoreos biológicos, constituyen una modificación del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Nuevo Depósito de Relaves Vaso Atacocha, aprobado por Resolución Directoral N° 361-2007-MEM/AAM.

En tal sentido, toda vez que las autoridades fiscalizadoras carecen de competencias para ordenar modificaciones o adicionar obligaciones a los Estudios de Impacto Ambiental, el mandato dictado deviene ilegal.

Competencia

- 3. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, 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)⁷.
- 4. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del

⁶ Sobre la relación de causalidad, MINERA ATACOCHA cita el numeral 3.3 de la Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 2227-2007-OS/GG, en la cual se expresa que se debe determinar las relación existente entre la infracción normativa y los daño al ambiente generados por el administrado.

⁷ DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE.
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES
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.
(...)

Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, 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 ambiental⁸.

5. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la ley citada en el considerando precedente, 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 OEFA⁹.
6. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada el 20 de julio de 2010, se estableció como fecha efectiva de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA, el 22 de julio de 2010.
7. De otro lado, es preciso mencionar que el artículo 10° de la citada Ley N° 29325, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA¹⁰.

⁸ 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.

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

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- (...)

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. (...)

¹⁰ 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

Norma procedimental aplicable

8. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados por la recurrente, resulta pertinente, en aplicación del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establecer la norma procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes¹¹.
9. Siendo que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, corresponderá observar el contenido normativo de dicho cuerpo legal.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

10. Al respecto, conviene 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 medio ambiente, toda vez que éste debe informar y ordenar los alcances de las obligaciones exigibles a los titulares mineros.

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

serán designados previo concurso público efectuado conforme a lo que establezca el Reglamento de Organización y Funciones de la entidad.

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 interpuestos contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.
- b) Proponer al Presidente del Consejo Directivo del OEFA mejoras a la normativa ambiental, dentro del ámbito de su competencia
- c) Ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley.

¹¹ 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.

¹² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

Ahora bien, a efectos de establecer el contenido del indicado derecho constitucional, conviene explicar aquello que se entiende por "ambiente", por tratarse de un concepto consustancial al mismo. Al respecto, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 0048-2004-AI, en su Fundamento N° 27, señaló lo siguiente¹³:

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

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

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

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

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

En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros¹⁴.

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.

¹³ 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>

¹⁴ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 2°.- Del ámbito

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

Ahora bien, habiéndose precisado el concepto de ambiente, cabe señalar que de acuerdo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, el derecho fundamental previsto en el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política se encuentra integrado por¹⁵:

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

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

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

*“Para el presente caso, **interesa resaltar que la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsor del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar.** La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán.”* (El resaltado en negrita es nuestro)

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

Con relación a la vulneración del Principio de Tipicidad

11. Sobre lo alegado en el literal a) del numeral 2, cabe indicar que de acuerdo al Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones

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, 2° edición. Bogotá, 2007.

¹⁵ 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>

reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria

Ahora bien, siendo que la apelante cuestiona el cumplimiento del citado Principio de Tipicidad, resulta pertinente establecer un distingo entre norma sustantiva y norma tipificadora, ya que mientras la primera de éstas prevé la obligación ambiental fiscalizable cuyo incumplimiento se imputa, la segunda califica dicho incumplimiento como infracción, atribuyéndole la respectiva consecuencia jurídica¹⁶.

Así las cosas, en el presente caso el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM constituye la norma sustantiva incumplida, mientras que el numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, configura la norma tipificadora.

En efecto, conforme se aprecia del contenido de este último dispositivo legal, se tipifica como infracción el incumplimiento de las disposiciones referidas a medio ambiente contenidas, entre otros, en el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM (supuesto de hecho), estableciendo que la sanción aplicable será una de multa de diez (10) UIT por cada infracción, hasta un máximo de seiscientos (600) UIT (consecuencia jurídica).

Por tal motivo, carece de sustento lo señalado por MINERA ATACOCHA en el sentido que el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM vulnera el Principio de Tipicidad recogido en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, ya que dicha base legal no prevé la conducta antijurídica sancionada.

Sin perjuicio de lo concluido en el párrafo anterior, este Cuerpo Colegiado considera necesario precisar los alcances de la obligación ambiental fiscalizable derivada del artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, toda vez que según lo alegado por la apelante dicho dispositivo legal sólo tornaría exigibles los programas de previsión y control previstos en los Estudios de Impacto Ambiental.

¹⁶ Sobre las "obligaciones fiscalizables" corresponde precisar que éstas se constituyen por aquellas obligaciones exigibles a las personas naturales o jurídicas que desarrollan actividades bajo el ámbito de competencia de este Organismo Técnico Especializado, cuyo incumplimiento acarrea consecuencias jurídicas restrictivas de sus derechos.

A su vez, a efectos de identificar dichas obligaciones se debe recurrir a sus fuentes, las que de acuerdo al literal d) del artículo 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, se encuentran conformadas por la legislación ambiental, los instrumentos de gestión ambiental y los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA.

LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL 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. (El subrayado es nuestro)

Al respecto, cabe indicar que en el marco del artículo 7° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, para el desarrollo de actividades de explotación el titular minero debe contar con un Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, EIA), el que deberá ser presentado para su aprobación ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas; y, 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 ambiente¹⁷.

Por su parte, 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, tienen como propósito evitar o reducir a niveles tolerables, el impacto al medio ambiente generado por las actividades productivas¹⁸.

En efecto, 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 señalados en el Estudio de Impacto Ambiental¹⁹.

17 DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO PARA LA PROTECCIÓN AMBIENTA EN LA ACTIVIDAD MINERO-METALÚRGICA.

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

2. Los titulares de concesiones mineras que, habiendo completado la etapa de exploración, proyecten iniciar la etapa de explotación, deberán presentar al Ministerio de Energía y Minas un Estudio de Impacto Ambiental del correspondiente proyecto.

3. Los titulares mineros que se encuentren en la etapa de explotación y que requieren ampliar el volumen de sus operaciones extractivas, deberán presentar ante el Ministerio de Energía y Minas la modificación del Estudio de Impacto Ambiental aprobado para tal actividad. En el caso de unidades mineras que sólo cuentan con un PAMA aprobado, corresponderá presentar un Estudio de Impacto Ambiental respecto de la ampliación de operaciones a efectuar.

(*) Cabe precisar que el numeral 3 fue modificado por la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 078-2009-EM, publicado el 08 noviembre 2009.

18 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.

19 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

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, por las siguientes razones:

- De acuerdo al artículo 2° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, forman parte del EIA las medidas de previsión y control aplicables en las diferentes etapas que comprenden las operaciones mineras y que tienen como propósito que su desarrollo se realice en forma armónica con el medio ambiente²⁰.
- En tal sentido, las medidas de previsión y control comprenderán aquellas actividades y programas que serán implementados antes y durante el proyecto para garantizar el cumplimiento con los estándares y prácticas ambientales existentes, abarcando la totalidad de los efectos generados por la actividad minera.
- Considerando que las emisiones, vertimientos, residuos y ruidos generados por la actividad que nos ocupa, no constituyen los únicos efectos capaces de impactar negativamente el medio ambiente, no puede entenderse que los programas de previsión y control se restringen únicamente a los programas de monitoreo contenidos en el EIA, ya que ello implicaría tornar inexigible otros compromisos ambientales determinados en el procedimiento de aprobación de dicho estudio ambiental, que no estén relacionados a dichos programas, restando protección al bien jurídico medio ambiente.

De esta manera, contrariamente a lo señalado por MINERA ATACOCHA, el mencionado artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM 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; constituyéndose en obligación ambiental fiscalizable el cumplimiento de los compromisos ambientales contenidos en los Estudios de Impacto Ambiental, en la forma, modo y/o plazo previstos en los mismos.

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)

²⁰ **DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO PARA LA PROTECCIÓN AMBIENTA EN LA ACTIVIDAD MINERO-METALÚRGICA.**

Artículo 2.- Definiciones. Para los efectos de este Reglamento se define lo siguiente:

Estudio de Impacto Ambiental (EIA).- Estudios que deben efectuarse en proyectos para la realización de actividades en concesiones mineras, de beneficio, de labor general y de transporte minero, que deben evaluar y describir los aspectos físico-naturales, biológicos, socio-económicos y culturales en el área de influencia del proyecto, con la finalidad de determinar las condiciones existentes y capacidades del medio, analizar la naturaleza, magnitud y prever los efectos y consecuencias de la realización del proyecto, indicando medidas de previsión y control a aplicar para lograr un desarrollo armónico entre las operaciones de la industria minera y el medio ambiente. (El subrayado es nuestro)

Finalmente, cabe indicar que dicha obligación se encuentra sancionada como infracción de acuerdo al segundo párrafo del numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/MMM, que expresamente comprende a aquellos titulares que teniendo aprobado el Estudio de Impacto Ambiental, incumplan los compromisos asumidos en dicho estudio.

En consecuencia, corresponde desestimar lo alegado por la impugnante en este extremo.

Sobre la valoración de los resultados analíticos de las muestras tomadas por MINERA ATACOCHA en el punto de control SF-B y la imposibilidad de solicitar el Procedimiento de Dirimencias

12. En cuanto a los argumentos contenidos en los literales b), c) y d) del numeral 2, cabe especificar que en el marco del artículo 197° del Código Procesal Civil, aplicable de manera supletoria en atención a la Primera Disposición Final de dicho cuerpo legal y el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, la valoración de los medios probatorios es realizada en forma conjunta y según las reglas de la sana crítica, lo que implica apelar, entre otros, a criterios de suficiencia, lógica y congruencia de los mismos²¹.

Sobre el particular, la recurrente señala que el medio de prueba acreditativo del exceso del LMP aplicable al parámetro STS en el punto de control SF-B, constituido por el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° 1117564L/08-MA-MB (Fojas 608 a 609) de fecha 05 de diciembre de 2008, emitido por el Laboratorio INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C., deviene cuestionable al no producir certeza de la infracción sancionada, toda vez que los resultados de los análisis de las muestras tomadas por MINERA ATACOCHA durante la supervisión en el mismo punto de control, contenidos en el Informe de Ensayo 62594 (Foja 732), emitido por CORPLAB S.A.C., arrojó un valor para el parámetro STS que cumple con los LMP previstos en el Anexo I de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/MMM.

Al respecto, cabe señalar que de acuerdo al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/MMM, los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro a partir de la muestra recogida del efluente minero-metalúrgico no deben exceder en "ninguna oportunidad" los LMP previstos en la columna "Valor en cualquier momento" del Anexo 1.

En tal sentido, los resultados provenientes de una muestra tomada en un lapso serán válidos sólo para ese espacio de tiempo, el que en cualquier caso debe observar los valores contenidos en el citado Anexo 1.

En dicho contexto normativo, corresponde precisar que de la revisión del instrumento probatorio denominado Solicitud de Servicios Analíticos N° 15288 QA/QC de fecha 28 de noviembre de 2008 (Foja 621), mediante el cual se remiten

²¹ RESOLUCION MINISTERIAL N° 010-93-JUS. TEXTO UNICO ORDENADO DEL CODIGO PROCESAL CIVIL.

Artículo 197.- Valoración de la prueba.-

Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

las muestras tomadas el 27 de noviembre de 2008, entre otros, en el punto de control SF-B, al Laboratorio INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C.; se constata que la toma de muestras realizada en el citado punto de control se llevó a cabo a las **14:35 (Catorce horas con treinta y cinco minutos)**.

A su vez, de la revisión de la Cadena de Custodia para Muestras de Agua N° 008620 (Foja 733) y el Informe de Ensayo N° 62594 emitido por CORPLAB PERÚ S.A.C., remitidos por MINERA ATACOCHA, se advierte que el muestreo practicado por ésta en el punto de control SF-B se llevó a cabo a las **14:55 Catorce horas con cincuenta y cinco minutos)** del 27 de noviembre de 2008.

De este modo, queda acreditado que la muestra tomada por CORPLAB PERÚ S.A.C. responde a una oportunidad o momento distinto -pese a ser del mismo día-, al del recojo de la muestra por parte de INSPECTORARE SERVICES PERÚ S.A.C., razón por la cual los resultados contenidos en el Informe de Ensayo N° 62594, emitido por la empresa contratada por MINERA ATACOCHA, no resultan pertinentes para cuestionar el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° 1117564L/08-MA-MB (Fojas 608 a 609) de la empresa supervisora.

En efecto, conforme a lo indicado en el tercer y cuarto párrafo del presente numeral, la obligatoriedad en el cumplimiento de los LMP es exigible en cualquier momento, razón por la cual los resultados provenientes de una muestra específica sólo podrían ser rebatidos por un análisis practicado sobre otra porción de la misma muestra, denominada contramuestra. Una muestra tomada en otro momento, aun cuando sea realizada por un laboratorio acreditado, no deviene idónea para contradecir los resultados obtenidos con muestras previas.

De otro lado, corresponde señalar que aun cuando se hubiere producido el vencimiento del plazo para solicitar la Dirimencia, de acuerdo al tercer párrafo del artículo 7° y artículo 12° del Reglamento de Dirimencias, aprobado por Resolución N° 0110-2001-INDECOPI-CRT, MINERA ATACOCHA se encontraba facultada a solicitar una supervisión de la entidad acreditada cuyos resultados han sido observados a fin de verificar la aptitud de los equipos, materiales y demás recursos empleados en la prestación de sus servicios²².

²² RESOLUCIÓN N° 0110-2001-INDECOPI-CRT. REGLAMENTO DE DIRIMENCIAS.

Artículo 4.- Definiciones.- (...)

a) Dirimencia: 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

Artículo 7.- Admisión de la solicitud.- (...) De declararse inadmisibles la solicitud de dirimencia al haber sido presentada fuera del plazo señalado en el Artículo 16, el solicitante podrá requerir la evaluación prevista en el Artículo 12.

Artículo 12.- Inadmisibilidad de la solicitud de dirimencia.- Cuando la solicitud resulte inadmisibles por haberse presentado fuera del período fijado en el Artículo 16, la Comisión podrá realizar a petición del solicitante una supervisión a la entidad acreditada cuyos resultados han sido observados a fin de verificar la aptitud de los equipos, materiales y demás recursos empleados en la prestación de sus servicios.

Si como resultado de la supervisión realizada se determina que los materiales o equipos empleados al momento de la prestación del servicio no reunían las características necesarias para asegurar la confiabilidad de sus resultados, la Comisión podrá ordenar de ser el caso, la realización de un nuevo ensayo sobre la base de nuevas muestras. En dichos casos los costos de la evaluación deben ser asumidos por el Laboratorio de Ensayo u Organismo de Certificación cuyos resultados se observaron, al margen del procedimiento por infracciones a que hubiere lugar.

Por tal motivo, correspondía a la recurrente hacer ejercicio de dicha facultad de manera oportuna, lo que no ocurrió. Ello es así, ya que la contradicción de los resultados provenientes de los monitoreos realizados por los supervisores externos con ocasión de las visitas de supervisión es de interés del titular minero, razón por la cual recae sobre éste el deber de desplegar las acciones que resulten pertinentes para la consecución de dicho propósito, dentro del marco jurídico vigente.

Finalmente, se verifica que la apelante presenta como medios probatorios el contenido de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 02033 y la Resolución N° 098-2011-OEFA-DFSAI, para señalar que en el presente caso correspondería disponer el archivo de la infracción al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM toda vez que no existiría certeza sobre su comisión, dadas las discrepancias entre los resultados de monitoreo obtenidos por el regulador y aquellos ofrecidos por la recurrente.

Al respecto, conforme a lo expuesto en los párrafos quinto al séptimo del presente numeral, ha quedado acreditado que no existe fundamento para cuestionar la validez del Informe de Ensayo con Valor Oficial N° 1117564L/08-MA-MB, emitido por el Laboratorio INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C., que acredita el incumplimiento materia de sanción en este extremo.

Por lo tanto, encontrándose acreditado el exceso de los LMP en el punto de control SF-B a través del medio probatorio citado en el párrafo precedente, en aplicación del numeral 163.1 del artículo 163° de la Ley N° 27444, carece de sentido emitir pronunciamiento sobre el contenido de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 02033 y la Resolución N° 098-2011-OEFA-DFSAI, al devenir inaplicables al presente caso²³.

En consecuencia, corresponde desestimar los argumentos expuestos por la impugnante en estos extremos.

Sobre la configuración del daño ambiental por exceso de LMP

13. Respecto al argumento contenido en el literal e) del numeral 2, cabe indicar que en el presente caso se cuestiona la presencia de daño ambiental, como elemento necesario para configurar una infracción como grave, de acuerdo a la tipificación recogida en el numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM por el incumplimiento de LMP. En tal sentido, reviste de vital importancia determinar los alcances de la categoría "daño ambiental" en este supuesto²⁴.

²³ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 163.- Actuación probatoria

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

²⁴ ANDALUZ define el concepto y la importancia de los LMP como se indica a continuación:

Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611²⁵, 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 potenciales²⁶. De acuerdo a lo indicado, la definición de daño ambiental de la Ley N° 28611 recoge dos elementos de importancia:

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

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 menoscaban su calidad física o química, alterando su estado natural en mayor o menor medida.

"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.

²⁵ 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.

²⁶ 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).

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

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 potenciales²⁷. Precisamente, los LMP se han establecido explícitamente señalándose que su exceso causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano o al ambiente (numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611).

En tal sentido, los efectos potenciales del daño ambiental se configuran cuando el menoscabo material de los elementos que constituyen el medio ambiente o el entorno ecológico, excede los niveles, estándares o parámetros de calidad establecidos por la autoridad pública, como en el caso de un LMP. Por lo que, tratándose del daño ambiental, es necesaria únicamente la probabilidad futura en grado de verosimilitud para determinar su existencia y tomar las medidas necesarias con el fin de impedir sus efectos nocivos²⁸.

En consecuencia, en atención a que el numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611, prevé que el exceso del LMP causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente, se colige que el incumplimiento de los LMP regulados en el Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, configura el supuesto de daño ambiental cuyos efectos negativos -debe repetirse- no requieren ser inmediatos o actuales, bastando la potencialidad de los mismos. De esta manera, la alusión al daño ambiental incluye la potencialidad del efecto negativo, aspecto que sin duda se presenta ante el exceso de LMP²⁹.

²⁷ 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

²⁸ Así lo ha entendido la jurisprudencia argentina la cual mediante el fallo de 1995 Almada contra Copco S.A. consideró suficiente la certeza y actualidad de los riesgos que se ciernen sobre la salud de los vecinos, aunque no estén probadas lesiones actuales a su integridad psicofísica, para que la tutela de la salud se haga efectiva, sin juzgar la producción de lesiones, tratándose de esta forma de evitar, que el daño temido se transforme en daño cierto, efectivo o irreparable.

²⁹ Es pertinente indicar al respecto que el Reglamento de Protección Ambiental de la Actividad Minero-Metalúrgica, aprobado por el Decreto Supremo N° 016-93-EM, en su artículo 6° incide en el hecho de que el exceso de LMP puede generar efectos negativos sobre el ambiente, actuales o potenciales. Estas son características propias de los procesos de contaminación y degradación ambiental, los cuales no se producen en un único momento sino de manera gradual, paulatina, producto de la introducción de contaminantes en cantidades mayores a los parámetros físico-químicos previamente determinados por la autoridad competente:

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

Artículo 6°.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 225° de la Ley, es obligación del titular poner en marcha y mantener programas de previsión y control contenidos en el Estudio de Impacto Ambiental y/o Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, basados en sistemas adecuados de muestreo, análisis químicos, físicos y mecánicos, que permitan evaluar y controlar en forma representativa los efluentes o residuos líquidos y sólidos, las emisiones gaseosas, los ruidos y otros que puedan generar su actividad, por cualquiera de sus procesos cuando éstos pudieran tener un efecto negativo sobre el medio ambiente. Dichos programas de control deberán mantenerse actualizados, consignándose en ellos la información referida al tipo y volumen de los efluentes o residuos y las concentraciones de las sustancias contenidas en éstos.

Por lo expuesto, el exceso del LMP aplicable al parámetro STS, reportado en el punto de monitoreo SF-B configura la situación de daño ambiental definida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, exceso de LMP que se encuentra acreditado con el resultado contenido en el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° 1117564L/08-MA-MB (Fojas 608 a 609) de fecha 05 de diciembre de 2008, emitido por el Laboratorio INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C., cuyos resultados se expresan en el cuadro detalle del tercer pie de página de la presente resolución. Asimismo, el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM señala que las infracciones que causan daño al medio ambiente serán consideradas como infracciones graves.

En consecuencia, habiéndose acreditado el exceso del LMP aplicable al parámetro STS, y por tanto, configurado la situación de daño ambiental, se ha producido el supuesto recogido en la infracción tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, la que es de naturaleza grave, correspondía aplicar la sanción prevista en dicho tipo legal.

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

De otro lado, corresponde precisar que como regla derivada del Principio de Causalidad previsto en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444, la sanción debe recaer sobre el administrado que realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de la infracción administrativa³⁰.

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

El tipo, número y ubicación de los puntos de control estarán de acuerdo a las características geográficas de cada región donde se encuentra ubicado el centro productivo. Estos registros estarán a disposición de la autoridad competente cuando lo solicite, bajo responsabilidad. (el subrayado es nuestro)

³⁰ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

Al respecto, corresponde precisar que la relación de causalidad se encuentra debidamente acreditada toda vez que de acuerdo a la Tabla II-01: Puntos de Monitoreo de Calidad de Agua y Efluentes del Informe de Supervisión N° 06-MA-2008-ACOMISA (Foja 553), el efluente a la salida de aguas residuales de la Planta de Tratamiento San Felipe, correspondiente al punto de control SF-B, en el cual se verificó el exceso del LMP aplicable al parámetro STS, es producido dentro de las instalaciones de la recurrente y vertido finalmente en el río Huallaga, razón por la cual devino válida la imposición de la sanción dispuesta en este extremo.

Sin perjuicio de lo concluido en el párrafo anterior, resulta oportuno indicar que la relación causa-efecto existente entre el exceso de los LMP y la configuración del daño ambiental a que se refiere el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, se encuentra debidamente explicada al inicio del presente numeral, al concluir que el incumplimiento de los LMP regulados en el Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM configura el supuesto de daño ambiental cuyos efectos negativos no requieren ser inmediatos o actuales, bastando la potencialidad de los mismos.

Finalmente, conviene señalar que no deben confundirse las categorías relativas a normas de emisión, constituidas por los LMP como nivel de protección ambiental cuya medición se realiza en la fuente de contaminación con el propósito de controlar los efluentes provenientes de la actividad minera, con las normas de calidad referidas a los cuerpos receptores. Es por ello que no resulta relevante en el presente caso si, como señala la recurrente, no se ha incorporado –al interior del presente procedimiento sancionador– el análisis de la calidad del río Huallaga para comprobar la ocurrencia de un daño ambiental, dado que el presente caso está dirigido a determinar el cumplimiento de LMP en los efluentes y no a evaluar posibles mediciones en el cuerpo receptor.

Por lo expuesto, no se ha producido vulneración alguna de los Principios de Causalidad, Presunción de Licitud, Tipicidad y Verdad Material, correspondiendo desestimar lo alegado por la impugnante en estos extremos.

En cuanto a la calificación de la infracción al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM al inicio del procedimiento sancionador

14. Respecto a las alegaciones contenidas en los literales f) y g) del numeral 2, cabe indicar que de acuerdo al numeral 3 de los artículos 234° y 235° de la Ley N° 27444, la iniciación del procedimiento administrativo sancionador se realiza con la notificación al administrado de: a) los hechos imputados, b) la calificación de las infracciones que éstos configuran, c) la expresión de la sanción que pudiera imponerse; d) la autoridad competente y la norma atributiva de su competencia³¹.

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

Artículo 234.- Caracteres del procedimiento sancionador (...)

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.

Artículo 235.- Procedimiento sancionador (...)

3. Decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3 del artículo precedente para que presente sus descargos por escrito en un plazo que no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación.

Sobre el particular, considerando que la apelante cuestiona la calificación de la infracción de los hechos imputados en este extremo, corresponde precisar que de la revisión del Oficio N° 1597-2009-OS-GFM notificado con fecha 07 de octubre de 2009 (Foja 625), mediante el cual se dio inicio al presente procedimiento, este Tribunal Administrativo constata que en dicha oportunidad el regulador informó a MINERA ATACOCHA, entre otros, lo siguiente:

"Infracción al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM. De acuerdo a los resultados analíticos de la muestra del efluente denominado SF-B (salida de aguas residuales de la Planta de Tratamiento San Felipe) el parámetro STS no cumple con los límites máximos permisibles de la columna valor en cualquier momento del anexo 1 de la resolución mencionada.

El ilícito administrativo antes citado, se encuentra sujeto a sanción, de acuerdo al numeral 3.2 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada mediante Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM" (SIC) (El subrayado es nuestro)

Por lo expuesto, se advierte que al inicio del presente procedimiento sí se comunicó a la recurrente que los hechos imputados configuran la infracción tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, cuerpo normativo que califica, de manera previa, los incumplimientos a la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM como infracciones de tipo grave cuando éstos son la causa de un daño al ambiente, lo que se ha verificado en el presente caso conforme a lo expuesto en el numeral 13 de la presente resolución.

En tal sentido, se concluye que la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos no ha variado la infracción imputada al inicio del presente procedimiento administrativo sancionador mediante el Oficio N° 1597-2009-OS-GFM; habiéndose impuesto a MINERA ATACOCHA una multa de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), al ser la consecuencia jurídica prevista en el tipo invocado en dicho instrumento, sujetando su actuación al Principio de Legalidad y Debido Procedimiento, contemplados en los numerales 1.1 y 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444³².

Por lo tanto, carece de sustento lo alegado por MINERA ATACOCHA en estos extremos.

Sobre las medidas dispuestas por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos

15. Con relación al argumento contenido en el literal h) del numeral 2, corresponde señalar que de acuerdo al inciso C.1 del literal c) y literal d) del artículo 15° de la

³² LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho 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.

Ley N° 29325, el OEFA, como entidad rectora del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, dentro de sus funciones de fiscalización cuenta con la facultad de formular requerimientos de información, datos o antecedentes con relevancia para la función de fiscalización, a toda persona natural o jurídica bajo el ámbito de su competencia, lo que incluye a los titulares de actividades mineras³³.

En tal sentido, considerando que la citada ley autoriza al OEFA la imposición de obligaciones de tipo formal a los administrados, consistentes en la presentación de información relevante, deviene válido concluir que los requerimientos de información contenidos en los artículos 2° y 3° de la parte resolutive de la Resolución Directoral N° 017-2012-OEFA/DFSAL de fecha 01 de febrero de 2012, fueron dictados por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos en observancia del Principio de Legalidad, recogido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

En efecto, de acuerdo al literal b) del Rubro II del Informe N° 020-2012-OEFA/DFSAL de fecha 27 de marzo de 2012, la presentación de los reportes de monitoreos de las aguas subterráneas de la relavera Atacocha así como del monitoreo biológico de la fauna silvestre constituye un aspecto importante para garantizar el ejercicio eficaz de la función fiscalizadora toda vez que permitirá identificar posibles afectaciones al ambiente derivadas de las actividades realizadas por MINERA ATACOCHA en el área de su concesión; así como verificar el cumplimiento de la obligación que la antecede, esto es, la realización de los monitoreos.

De otro lado, si bien la recurrente señala que este requerimiento de información constituye una modificación de su estudio ambiental, cabe señalar que la obligación impuesta por el referido órgano de línea no debe entenderse como adicionada o integrada a aquellos compromisos asumidos por ésta en su Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Nuevo Depósito de Relaves Vaso Atacocha, aprobado por Resolución Directoral N° 361-2007-MEM/AAM; sino que se constituye en una obligación distinta y separada de aquéllas, pues la primera de éstas se fundamenta en la función fiscalizadora del OEFA, mientras que las segundas, son producto de la función evaluadora del Ministerio de Energía y Minas.

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

Estando a los considerandos expuestos, y de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325, Ley del

³³ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

Artículo 15.- Facultades de fiscalización

El OEFA, directamente o a través de terceros, puede ejecutar las acciones necesarias para el desarrollo de sus funciones de fiscalización, para lo cual contará con las siguientes facultades: (...)

c. Proceder a practicar cualquier diligencia de investigación, examen o prueba que considere necesario para comprobar que las disposiciones legales se observan correctamente y, en particular, para:

c.1 Requerir información al sujeto fiscalizado o al personal de la empresa sobre cualquier asunto relativo a la aplicación de las disposiciones legales. (...)

d) Recabar y obtener información, datos o antecedentes con relevancia para la función fiscalizadora, guardando confidencialidad exigida por ley respecto de los mismos.

Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental; Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA y Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación presentado por COMPAÑÍA MINERA ATACOCHA S.A.A. contra la Resolución Directoral N° 017-2012-OEFA/DFSAL de fecha 01 de febrero de 2012, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución; quedando agotada la vía administrativa.

Artículo Segundo.- NOTIFICAR la presente resolución a COMPAÑÍA MINERA ATACOCHA S.A.A. y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

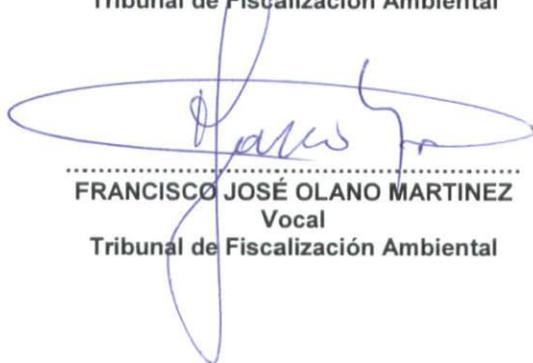
Regístrese y Comuníquese



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



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



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



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