

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 1992012-OEFA/TFA

Lima, 09 OCT. 2012

VISTO:

El Expediente N° 127-08-MA/E que contiene el recurso de apelación interpuesto por CASTROVIRREYNA COMPAÑÍA MINERA S.A. (en adelante, CASTROVIRREYNA) contra la Resolución Directoral N° 222-2012-OEFA/DFSAI de fecha 03 de agosto de 2012 y el Informe N° 213-2012-OEFA/TFA/ST de fecha 03 de octubre de 2012;

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución Directoral N° 222-2012-OEFA/DFSAI de fecha 03 de agosto de 2012 (Fojas 313 a 320), notificada con fecha 07 de agosto de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos impuso a CASTROVIRREYNA una multa de ciento cincuenta (150) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de tres (03) infracciones; conforme al siguiente detalle¹:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
En el punto de control M-1 (Código OSINERGMIN E-17) ² , correspondiente al	Artículo 4° de la Resolución	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo	50 UIT

¹ Corresponde precisar que de acuerdo al artículo 2° de la parte resolutive de la Resolución Directoral N° 222-2012-OEFA/DFSAI de fecha 03 de agosto de 2012, se dispuso el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador en el extremo referido a una (01) infracción al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, por incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles aplicables a los parámetros pH, As y Fe en el punto de control M-6 (E-20).

² De acuerdo a lo señalado en el literal e) del sub-numeral 3.1.2 del numeral 3.1 del Rubro III de la parte considerativa de la Resolución Directoral N° 222-2012-OEFA/DFSAI, el detalle de los resultados obtenidos en el punto de control M-1 (E-17), es el que sigue:

Punto de Control	Parámetro	LMP del Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM-VMM	Día	Turnos	Resultado de la Supervisión
M-1 (E-17)	pH	Mayor que 6 y Menor que 9	Día 1 26.09.08	1° Turno	11.56
				2° Turno	11.51
				3° Turno	11.72
			Día 2 27.09.08	1° Turno	11.68
				2° Turno	11.69

efluente de tratamiento activo proveniente de la bocamina Soleman, que descarga a la laguna Orcococha, se reportaron valores para el parámetro pH que superan el Límite Máximo Permisible establecido en la columna "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Ministerial N° 011-96-EM/VMM ³	de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ⁴	
En el punto de control M-3 (Código OSINERGMIN E-18) ⁵ , correspondiente al	Artículo 4° de la Resolución	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo	50 UIT

			Día 3 28.09.08	1° Turno	11.15
				2° Turno	10.37
				3° Turno	9.58

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

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

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

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

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

3. MEDIO AMBIENTE

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

3.2. Si las infracciones referidas en el numeral 3.1 de la presente escala, son determinadas en la investigación correspondiente, como causa de un daño al medio ambiente, se considerarán como infracciones graves y el monto de la multa será de 50 UIT por cada infracción hasta un monto máximo de 600 UIT, independientemente de las obras de restauración que está obligada a ejecutar la empresa. Para el caso de PPM, la multa será de 10 UIT por cada infracción. (...).

⁵ De acuerdo a lo señalado en el literal e) del sub-numeral 3.2.2 del numeral 3.2 del Rubro III de la parte considerativa de la Resolución Directoral N° 222-2012-OEFA/DFSAI, el detalle de los resultados obtenidos en el punto de control M-3 (E-18), es el que sigue:

Punto de Control	Parámetro	LMP del Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM-VMM	Día	Turnos	Resultado de la Supervisión
M-3 (E-18)	pH	Mayor que 6 y Menor que 9	Día 1 26.09.08	1° Turno	11.05
				2° Turno	9.18
				3° Turno	9.18

efluente de tratamiento activo proveniente de la bocamina Pampamachay, que descarga a la laguna Orccococha, se reportaron valores para los parámetros pH y STS que superan los Límites Máximos Permisibles establecidos en la columna "valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Ministerial N° 011-96-EM/VMM	de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM	
En el punto de control M-5 (Código OSINERGMIN E-9) ⁶ , correspondiente al efluente aguas abajo de la bocamina Beatricita, que descarga a la laguna Orccococha, se reportaron valores para los parámetros pH, STS y Zn que superan los Límites Máximos Permisibles establecidos en la columna "valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM	50 UIT
MULTA TOTAL			150 UIT

2. Mediante escrito de registro N° 2012-E01-018436 presentado con fecha 28 de agosto de 2012 (Fojas 323 a 328), CASTROVIRREYNA interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 222-2012-OEFA/DFSAI de fecha 03 de agosto de 2012, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

	STS	50 mg/L	Día 2 27.09.08	1° Turno	10.43
				2° Turno	11.15
				3° Turno	11.40
			Día 3 28.09.08	1° Turno	9.48
				2° Turno	9.62
				3° Turno	10.61
			Día 1 26.09.08	1° Turno	68.8 mg/L
			Día 2 27.09.08	1° Turno	51.2 mg/L
			Día 3 28.09.08	3° Turno	53.5 mg/L

⁶ De acuerdo a lo señalado en el literal e) del sub-numeral 3.3.2 del numeral 3.3 del Rubro III de la parte considerativa de la Resolución Directoral N° 222-2012-OEFA/DFSAI, el detalle de los resultados obtenidos en el punto de control M-5 (E-9), es el que sigue:

Punto de Control	Parámetro	LMP del Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM-VMM	Día	Turnos	Resultado de la Supervisión
M-5 (E-9)	pH	Mayor que 6 y Menor que 9	Día 3 28.09.08	1° Turno	9.29
			Día 1 26.09.08	1° Turno	83.4 mg/L
	STS	50 mg/L	Día 1 26.09.08	3° Turno	362.8 mg/L
			Día 2 27.09.08	3° Turno	478.2 mg/L
			Día 3 28.09.08	1° Turno	50.1 mg/L
			Día 3 28.09.08	3° Turno	52.2 mg/L
	Zn	3 mg/L	Día 1 26.09.08	1° Turno	4.511 mg/L
			Día 1 26.09.08	3° Turno	5.405 mg/L
			Día 2 27.09.08	1° Turno	7.600 mg/L
			Día 2 27.09.08	3° Turno	5.290 mg/L

- a) Considerando que la medición de los parámetros pH, STS y Zn debe practicarse obligatoriamente en campo, el laboratorio INSPECTORATE SERVICES PERU S.A.C. debió realizar la medición del pH al momento de la fiscalización, utilizando un medidor Multiparámetro debidamente calibrado, lo que no se ha verificado en el presente caso pues, de acuerdo a lo mencionado por el Servicio Nacional de Metrología, dicho laboratorio no solicitó ningún servicio de calibración para el año 2009.

Por tal motivo, los resultados obtenidos durante la fiscalización no coinciden con los resultados trimestrales medidos por la apelante, siendo que esta diferencia puede deberse a que el equipo de medición empleado no cuenta con certificación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI).

- b) Los certificados de calibración de los equipos empleados fueron expedidos por la empresa MERK KGAA de Alemania y no por el Servicio Nacional de Metrología del INDECOPI, por lo que los resultados obtenidos no se encuentran garantizados.
- c) Los resultados contenidos en el Informe de Ensayo N° LE-2080, expedido por el laboratorio ALS ENVIRONMENTAL (SERVICES OF ANALYSIS ENVIRONMENTAL AND LABORATORY S.A.C.), no coinciden con los resultados trimestrales obtenido por CASTROVIRREYNA ya que se considera que las muestras analizadas se degradaron al ser enviadas a Canadá.
- d) Se han vulnerado los Principios de Legalidad y Verdad Material contenidos en los numerales 1.1 y 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, ya que los resultados contenidos en los Informes de expedidos por ALS ENVIRONMENTAL no cumplen con lo dispuesto en el artículo 1° del Reglamento de Laboratorios de Ensayo y Calibración, aprobado por Resolución N° 0002-98/INDECOPI-CRT⁷.

⁷ 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.

1.11. **Principio de verdad material.**- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

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)⁸.
4. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización 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 ambiental⁹.
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 OEFA¹⁰.
6. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD,

⁸ DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE.
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 (...).

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

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

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

Artículo 11°.- Funciones generales

Son funciones generales del OEFA: (...)

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

¹⁰ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

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 (...).

publicada el 20 de julio de 2010, se estableció como fecha efectiva de transferencia de las 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 OEFA¹¹.

Norma Procedimental Aplicable

8. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados por la recurrente, resulta pertinente, en aplicación del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establecer la norma procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes¹².

¹¹ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

10.1 El OEFA contará con un Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) que ejerce funciones como última instancia administrativa. Lo resuelto por el Tribunal es de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esto se señale en la misma Resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley. El TFA estará conformado por cinco (5) vocales designados mediante Resolución Suprema, por un período de cuatro años; el Presidente será designado a propuesta del MINAM y tendrá voto dirimente, los cuatro (4) restantes serán designados previo concurso público efectuado conforme a lo que establezca el Reglamento de Organización y Funciones de la entidad.

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.

¹² 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.

9. En tal sentido, siendo que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, corresponderá observar el contenido normativo de dicho cuerpo legal.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

10. Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera necesario establecer el marco constitucional en el cual se desarrolla el bien jurídico protegido al interior de los procedimientos administrativos sancionadores por incumplimiento de las normas de protección y conservación del 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 2° de la Constitución Política del Perú de 1993, constituye derecho fundamental de la persona “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”¹³.

Ahora bien, a efectos de establecer el contenido del indicado derecho constitucional, conviene explicar aquello que se entiende por “ambiente”, por tratarse de un concepto consustancial al mismo. Al respecto, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 0048-2004-AI, en su Fundamento N° 27, señaló lo siguiente¹⁴:

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

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

¹³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

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

¹⁴ La sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-AI, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

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

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

En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros¹⁵.

Ahora bien, habiéndose precisado el concepto de ambiente, cabe señalar que de acuerdo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, el derecho fundamental previsto en el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política se encuentra integrado por¹⁶:

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

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

¹⁵ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 2°.- Del ámbito

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

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.

¹⁶ La sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

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.

Sobre los parámetros medidos en campo y la calibración de los equipos

11. Respecto a lo alegado en los literales a) y b) del numeral 2, corresponde indicar que por disposición del Principio de Legalidad, establecido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, los pronunciamientos de la autoridad administrativa deben sustentarse en la debida aplicación e interpretación del conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, lo que implica el no desconocimiento o contradicción de dicha regulación legislativa¹⁷.

Por su parte, de acuerdo al Principio de Verdad Material previsto en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, en concordancia con el numeral 6.1 del artículo 6° del mismo cuerpo legal, un pronunciamiento sólo podrá sustentarse en aquellos hechos que se encuentren debidamente probados¹⁸.

¹⁷ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

TÍTULO PRELIMINAR

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.

¹⁸ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo (...)

Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado. (...)

En este contexto, conviene indicar que el numeral 4.5.3 del Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua del sub-sector minería, aprobado por Resolución Directoral 044-94-EM/DGAA, al referirse a las mediciones en campo indica lo siguiente¹⁹:

“4.5.3. Mediciones de campo

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

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

En tal sentido, se advierte que contrariamente a lo indicado por CASTROVIRREYNA, los parámetros cuya medición se realiza en campo sólo incluyen al pH, Eh, temperatura, conductividad y oxígeno disuelto; y no así a los parámetros STS y Zinc, como ocurrió en el presente caso conforme se desprende de los Informes de Campo N° 10-08-0034, N° 10-08-0041, N° 10-08-0042 y N° 10-08-0044 (Fojas 35 a 38), careciendo de sustento lo alegado sobre el particular.

De otro lado, con relación a la calibración del equipo empleado para la medición del parámetro pH, conviene indicar que de acuerdo al literal a) del artículo 17° del Reglamento General de Acreditación, aprobado por Resolución N° 0112-2003-CRT-INDECOPI, aplicable por encontrarse vigente a la fecha en que se realizó el muestreo y análisis respectivos, para el otorgamiento de la acreditación a los Laboratorios de Ensayo se siguen, entre otros, los criterios de acreditación generales previstos en la Norma Técnica Peruana NTP-ISO/IEC 17025, Requisitos Generales para la Competencia de Laboratorios de Ensayo y Calibración²⁰.

Al respecto, el sub-numeral 5.1.1 del numeral 5.1 del Rubro 5 de la Norma Técnica Peruana NTP-ISO/IEC 17025, sobre requisitos técnicos que deben cumplir los Laboratorios de Ensayo, señala que entre los diversos factores que determinan si los

¹⁹ Cabe señalar que el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua del sub-sector minería, aprobado por Resolución Directoral 044-94-EM/DGAA, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGAAM/guias/procaliagua.PDF>

²⁰ RESOLUCIÓN N° 0112-2003-CRT-INDECOPI REGLAMENTO GENERAL DE ACREDITACIÓN.

Artículo 17°.- Criterios de Acreditación Generales.- Los criterios de acreditación general se encuentran establecidos en este Reglamento y en las Guías y Normas Técnicas Peruanas que establecen los requisitos que deben cumplir los Organismos. Las Guías y Normas Técnicas que se deben cumplir son:

a) NTP-ISO/IEC 17025 Requisitos Generales para la Competencia de Laboratorios de Ensayo y Calibración.

ensayos realizados por un laboratorio son confiables y correctos, se encuentran los equipos y la trazabilidad de la medición²¹.

Por su parte, el sub-numeral 5.5.2 del numeral 5.5 de Rubro 5 de la citada norma, al referirse a los equipos utilizados para el ensayo, indica que éstos deben ser capaces de alcanzar la exactitud requerida y cumplir con las especificaciones pertinentes a los ensayos, debiendo establecerse programas de calibración para las magnitudes o valores claves de los instrumentos cuando estas propiedades tengan un efecto significativo sobre los resultados. Y, agrega, que los equipos de medición deben ser calibrados o verificados antes de su puesta en servicio y uso.

Asimismo, los puntos 5.6.2.1 y 5.6.2.2 del sub-numeral 5.6.2 y el sub-numeral 5.6.1 del numeral 5.6 del Rubro 5 de la Norma Técnica Peruana NTP-ISO/IEC 17025, sobre la trazabilidad de la medición, prevén que los equipos de medición y ensayo utilizados en funciones de medición deben calibrarse antes de ser puestos en servicio y que los laboratorios deben tener un programa o procedimiento establecidos para la calibración de su equipo, el mismo que debe diseñarse y operarse de tal modo que asegure que las calibraciones y mediciones hechas por el laboratorio sean trazables al Sistema Internacional de Unidades (SI).

En este marco normativo, se constata que para asegurar resultados confiables, los equipos de medición empleados por los Laboratorios de Ensayo deben encontrarse debidamente calibrados, sin que exista la obligación de que esta calibración sea realizada específicamente por el Servicio Nacional de Metrología del INDECOPI o por un laboratorio acreditado por el Servicio Nacional de Acreditación de dicha entidad.

Por tal motivo, considerando que el medidor Multiparámetro modelo HI98130, serie N° H012081/H8/JMJ, empleado por INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C. para realizar la medición del parámetro pH, se encontraba debidamente calibrado conforme consta del certificado de fecha 12 de setiembre de 2008, obrante a foja 42 del expediente, corresponde tener por válidos los resultados obtenidos en virtud de dicho equipo de medición.

De otro lado, resulta oportuno precisar que de acuerdo al artículo 197° del Código Procesal Civil²², aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, aplicable de

²¹ La Norma Técnica Peruana NTP-ISO/IEC 17025, Requisitos Generales para la Competencia de Laboratorios de Ensayo y Calibración, se encuentra disponible en: http://www.implementacionsig.com/documentos/iso_9001/ISO%20IEC-17025-2001.pdf

"5. REQUISITOS TECNICOS

5.1 Generalidades

5.1.1 *Muchos factores determinan si los ensayos y/o calibraciones realizados por un laboratorio son correctos y confiables. Estos factores incluyen contribuciones de:*

- factores humanos (5.2);
- Instalaciones y condiciones ambientales (5.3);
- métodos de ensayo y calibración así como validación de métodos (5.4);
- equipos (5.5);
- trazabilidad de la medición (5.6);"

manera supletoria en atención a su Primera Disposición Final y el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, la valoración de los medios probatorios se realiza en el marco del sistema de la libre valoración o sana crítica racional, por lo que este Tribunal Administrativo, en concordancia con el citado Principio de Verdad Material, considera que las alegaciones formuladas por los administrados no pueden sostenerse en meras hipótesis, presunciones o deducciones de los hechos relacionados a la infracción imputada, sino que éstos deben venir acompañados de instrumentos que las sustenten.

Es por esta razón, que habiéndose acreditado la adecuada calibración del equipo Multiparámetro modelo HI98130, correspondía a CASTROVIRREYNA aportar aquellos medios probatorios que desvirtúen los resultados contenidos en los Informes de Campo N° 10-08-0034, 10-08-0041 y 10-08-0042 para el parámetro pH en los puntos de control M-1 (E-17), M-3 (E-18) y M-5 (E-9), lo que no ha ocurrido, pues la recurrente sólo indica la posibilidad de que estos resultados no coincidan con los obtenidos en sus mediciones debido a que el equipo no cuenta con certificado de calibración emitido por el INDECOPI. Como se ha señalado, esta exigencia no se desprende del marco normativo aplicable conforme a lo expuesto precedentemente, por lo que corresponde desestimar lo alegado sobre el particular.

Finalmente, si bien la apelante hace referencia a los Certificados de Análisis obrantes a fojas 40 y 41 del expediente, emitidos por la empresa MERCKL KGAA, es de precisar que éstos se refieren a equipos empleados para la medición del parámetro Oxígeno Disuelto (Test Oxígeno - Método volumétrico según Winkler, con pipeta volumétrica Aquamerck®), cuyo incumplimiento no se relaciona a ninguna de las infracciones imputadas al interior del presente procedimiento sancionador, correspondiendo desestimar lo alegado al respecto por innecesario, en aplicación del numeral 163.1 del artículo 163° del Ley N° 27444²³.

En atención a lo expuesto, carecen de sustento las alegaciones formadas por CASTROVIRREYNA en estos extremos.

Respecto al Informe de Ensayo N° LE-2080 y la vulneración de los Principios de Legalidad y Verdad Material

²² CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Valoración de la prueba.-

Artículo 197°.- 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

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.

12. En cuanto a los argumentos contenidos en los literales c) y d) del numeral 2, cabe indicar que de acuerdo al numeral 162.2 del artículo 162° de la Ley N° 27444, en concordancia con el artículo 190° del Código Procesal Civil, aplicable de manera supletoria, los medios probatorios presentados por los administrados al interior de los procedimientos administrativos sancionadores deben referirse de manera directa a los hechos materia de análisis, en aplicación de la regla de la pertinencia²⁴.

A su vez, a efectos de determinar la pertinencia de los medios probatorios propuestos por los administrados, este Tribunal procede a comprobar la relación existente entre la actuación o documentación propuesta y aquello que es objeto de prueba en el procedimiento, de modo tal que aquélla será admisible y, en el tal sentido, objeto de valoración, cuando se pretende acreditar un hecho o circunstancia vinculada a las imputaciones realizadas al inicio del procedimiento sancionador; caso contrario, la ausencia de esta relación torna la prueba impertinente.

Sobre el particular, cabe indicar que de la revisión de los argumentos expuestos por CASTROVIRREYNA, se advierte que ésta invoca el Informe de Ensayo N° LE-2080, cuyos resultados responderían a un análisis realizado en Canadá, y otros informes emitidos por el laboratorio ALS ENVIRONMENTAL; sin embargo, conforme se desprende del numeral 2.2 del Informe de Supervisión N° 30-2008-SEMA, se tiene que el monitoreo realizado en las instalaciones de la impugnante fue practicado por el laboratorio acreditado INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C., el mismo que emitió los Informes de Ensayo con Valor Oficial N° 914350L/08-MA, 914354L/08-MA, 914352L/08-MA (a fojas 020, 024, 025 y 028 respectivamente) e Informes de Campo N° 10-08-0034, 10-08-0041 y 10-08-0042, (a fojas 035, 036 y 037) que contienen los resultados materia de sanción.

En tal sentido, habiéndose verificado que lo argumentado por la apelante no guarda relación con los hechos objeto de prueba al interior del presente procedimiento sancionador, ni se refiere a medios de prueba que sustenten los resultados acreditativos del incumplimiento de los LMP aplicables a los parámetros pH, STS y Zn detectados en los puntos de control M-1 (E-17), M-3 (E-18) y M-5 (E-9), en aplicación del numeral 163.1 del artículo 163° de la Ley N° 27444, corresponde desestimar dichos argumentos por impertinentes.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325, Ley del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental; Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que

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

Artículo 162°.- Carga de la prueba (...)

162.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

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

Artículo 190°.- Pertinencia e improcedencia

Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez. (...)

aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA y Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por CASTROVIRREYNA COMPAÑIA MINERA S.A contra la Resolución Directoral N° 222-2012-OEFA/DFSAI de fecha 03 de agosto de 2012, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, quedando agotada la vía administrativa.

ARTÍCULO SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente resolución a CASTROVIRREYNA COMPAÑIA MINERA S.A y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.



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



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



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



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



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