



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 064-2013-OEFA/TFA

Lima, 12 MAR. 2013

VISTO:

El Expediente N° 072-08-MA/E¹ que contiene el recurso de apelación interpuesto por VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A.² (en adelante, VOLCAN) contra la Resolución Directoral N° 144-2012-OEFA/DFSAI del 05 de junio de 2012 y el Informe N° 066-2013-OEFA/TFA/ST de fecha 1 de marzo de 2013;

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución Directoral N° 144-2012-OEFA/DFSAI del 05 de junio de 2012 (Fojas 73 a 77), notificada el 06 de junio de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA impuso a VOLCAN una multa de cien (100) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de dos (02) infracciones; conforme se detalla a continuación:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
En el punto de control E-1 correspondiente al efluente de la descarga del depósito de relaves antes de unirse con la descarga del canal de derivación del río Andaychagua, se reportaron valores para el parámetro pH que incumplen los Límites Máximos Permisibles establecidos 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

¹ El presente procedimiento sancionador se inició como consecuencia de la supervisión especial realizada los días 20, 22, 23 y 25 de junio de 2008, en las instalaciones de la Unidad Minera Andaychagua, ubicada en el distrito de Huay Huay, provincia de Yauli, departamento de Junín, de titularidad de VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A., obrantes en el Informe N° 12-2008-SEMA (Fojas 03 a 56).

² VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. identificada con Registro Único de Contribuyente N° 20383045267.

³ De acuerdo al literal d) del sub numeral 3.1.2 del numeral 3.1 del Rubro III de la Resolución Directoral N° 144-2012-OEFA/DFSAI, los resultados materia de sanción son los que siguen:

Punto de Monitoreo	Parámetro	Anexo 1 Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM (unidades)	Día	Turnos	Resultados del análisis (unidades)
E-1	pH	6 - 9	25/06/08	1° Turno	10.47
				2° Turno	9.82

En el punto de control E-7 correspondiente al efluente de la descarga de la Planta de Tratamiento de agua de mina que drena por la bocamina Nivel 570, que descarga al río Andaychagua, se reportaron valores para el parámetro pH que incumplen los Límites Máximos Permisibles establecidos en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ⁶			50 UIT
MULTA TOTAL			100 UIT

4 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.

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.

ANEXO

3. MEDIO AMBIENTE

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

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

⁶ Al respecto, corresponde precisar que de acuerdo al literal d) del subnumeral 3.2.2 del numeral 3.2 del Rubro III de la Resolución Directoral N° 144-2012-OEFA/DFSAI, los resultados materia de sanción son los que siguen:

Punto de Monitoreo	Parámetro	Anexo 1 Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM (unidades)	Días	Turnos	Resultados del análisis (unidades)
E-7	pH	6 - 9	20/06/08	3° Turno	9.06
			23/06/08	1° Turno	9.32
			25/06/08	1° Turno	9.46
				2° Turno	9.59

2. Mediante escrito de registro N° 2012-E01-014259, presentado el 27 de junio de 2012 (Fojas 80 a 107), VOLCAN interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 144-2012-OEFA/DFSAI, argumentando lo siguiente:

- a) La resolución impugnada no ha valorado nuestro argumento respecto a la diferencia de 0.20 y 0.25 unidades de pH entre el equipo utilizado por la empresa supervisora y el utilizado por VOLCAN, lo que demuestra que los primeros no estuvieron debidamente calibrados al momento de realizarse la toma de muestras.
- b) La resolución impugnada vulnera los Principios de Verdad Material y Predictibilidad, previstos en los numerales 1.11 y 1.15 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez que no se realizó un análisis correcto de los documentos que obran en el Informe N° 12-2008-SEMA; y, por ello no se solicitaron los certificados de calibración expedidos a la fecha en que se llevó a cabo la supervisión, a fin de comprobar si los equipos se encontraban debidamente calibrados o no.

El Protocolo de Monitoreo de Calidad de Aguas del Ministerio de Energía y Minas establece en su sub numeral 4.2.1 que, para el procedimiento de toma de muestras, es necesaria la calibración adecuada y oportuna de los equipos antes de salir a campo, mandato que ha sido ignorado en el trámite del presente procedimiento sancionador.

- c) La resolución impugnada vulnera el Principio del Debido Procedimiento, previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, toda vez que realiza una presunción de veracidad al acto de toma de muestra por el hecho de que fue realizado por un laboratorio acreditado por el INDECOPI, no habiéndose actuado las pruebas que sustenten la veracidad de los resultados reportados del muestreo.
- d) Del mismo modo, no solo se debió constatar que los equipos se encontraban debidamente calibrados sino que también se debió haber exhibido el correspondiente Registro de Mantenimiento de cada instrumento utilizado en la diligencia de supervisión, conforme al subnumeral 4.2.1 del Protocolo de Monitoreo de Calidad de Aguas del Ministerio de Energía y Minas.

Por ello, se solicita que se presente la relación de equipos utilizados durante la supervisión, el Libro de Registro de Mantenimiento de estos equipos, los documentos que acrediten que los equipos se encontraban calibrados a la fecha de supervisión y, los detalles del procedimiento de calibración y toma de muestras que realiza la empresa supervisora.

- e) Se ha vulnerado el Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444, dado que la sanción impuesta se sustenta en la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, la cual no tiene rango de ley ni cuenta con una remisión directa y expresa a una norma con dicho rango.

Además, si bien el artículo 17° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, atribuyó al Ministerio del Ambiente la

facultad de tipificar infracciones ambientales por vía reglamentaria, a la fecha de comisión de la infracción no fue emitida norma alguna con rango de ley que previera las sanciones aplicables.

- f) Se ha transgredido el Principio de Tipicidad establecido en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, ya que la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no define con precisión las conductas constitutivas de infracción administrativa sancionable, limitándose a señalar como infracción el incumplimiento de obligaciones derivadas de diversas normas legales allí estipuladas, por lo que constituye una ley sancionadora en blanco.
- g) No se ha demostrado el supuesto daño ambiental, toda vez que la sola verificación del exceso de los LMP no determina la configuración de un menoscabo material al ambiente o sus componentes, que genere además efectos negativos actuales o potenciales; por tal motivo la multa impuesta resulta arbitraria. Además, el exceso de LMP no constituye un daño al medio ambiente, como erróneamente se argumenta en la resolución apelada.
- h) El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental ha hecho un ejercicio arbitrario y abusivo de su potestad sancionadora al haber transgredido los Principios de Legalidad y Tipicidad, y haber multado a VOLCAN sin acreditar el daño ambiental y la relación causal respectiva, lo que configura el delito tipificado en el artículo 376° del Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 635.

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 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.

⁷ 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. (...)

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

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. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del OSINERGMIN al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, 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. En adición, 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 N° 005-2011-OEFA/CD, modificado por Resolución N° 014-2012-OEFA/CD, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA¹⁰.

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 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 última instancia administrativa del OEFA. Las resoluciones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento y constituyen 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:

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. En tal sentido, corresponde indicar que resultan aplicables al presente procedimiento las normas adjetivas contenidas en el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD; así como el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución N° 012-2012-OEFA/CD, que entró en vigencia el 14 de diciembre de 2012¹².

Análisis

Protección constitucional al ambiente

10. Al respecto, éste 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.

-
- 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 normatividad ambiental, dentro del ámbito de su competencia.
 - c) Ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley.
-

RESOLUCIÓN N° 005-2011-OEFA/CD. REGLAMENTO INTERNO DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

Artículo 4°.- Competencia del Tribunal

El Tribunal es competente para conocer y resolver en última instancia administrativa, los recursos de apelación contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por órganos del OEFA en materia de supervisión y fiscalización ambiental; así como resolver los recursos impugnativos interpuestos ante aquellas entidades cuyas funciones en materia ambiental hayan sido transferidas al OEFA. Asimismo, es competente para resolver las quejas administrativas de conformidad con lo establecido en el artículo 158° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

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 RESOLUCIÓN N° 012-2012-OEFA/CD. APRUEBAN NUEVO REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL – OEFA.

Artículo 3°.- Disponer que las disposiciones de carácter procesal del presente Reglamento se aplicarán a los procedimientos administrativos sancionador en trámite, en la etapa en que se encuentren.

Sobre el particular, cabe indicar que de acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993, constituye derecho fundamental de la persona “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”¹³.

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

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

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

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

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

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

¹³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

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

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0048-2004-AI, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

¹⁵ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.
Artículo 2°. - Del ámbito

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

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

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

Lo expuesto se condice además con el concepto de Responsabilidad Social de las empresas, que ha sido desarrollado por el propio Tribunal Constitucional en la 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 previsora del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán”. (El resaltado es nuestro)

Habiendo 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.

(...)

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 Sentencia del Tribunal Constitucional 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>

Respecto a la vulneración de los Principios de Verdad Material, Predictibilidad y Debido Procedimiento

11. Con relación a lo alegado en los literales a) al d) del considerando 2 de la presente Resolución, cabe señalar que el Principio de Predictibilidad establecido en el numeral 1.15 de la Ley N° 27444 indica que la autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá¹⁷.

Por su parte, el Principio de Verdad Material recogido en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, prevé que los pronunciamientos que emiten las entidades al interior de los procedimientos administrativos sancionadores sólo podrán sustentarse en aquellos hechos que se encuentren debidamente probados¹⁸.

Con relación a los procedimientos administrativos sancionadores, éstos tienen por finalidad determinar la ocurrencia de los hechos imputados a los administrados a título de infracción de modo tal que, acreditada su comisión, se impongan las sanciones legalmente establecidas.

Respecto al equipo portátil de campo multiparámetro, no existe la obligación legal de que los laboratorios cuenten con un Certificado de Calibración para los equipos con los que realizan la medición de los parámetros regulados.

En efecto, el artículo 10° del Decreto Supremo N° 018-2003-EM, establece la obligación de acreditación ante el INDECOPI por parte de los laboratorios para llevar a cabo los análisis de muestras y ensayos que se requieran para las acciones de fiscalización, no siendo exigible que el equipo empleado por el

¹⁷ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.
TITULO 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: (...)

1.15. Principio de predictibilidad.- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.

¹⁸ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.
TITULO 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: (...)

1.11. 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.

laboratorio para realizar el análisis de los parámetros cuente con un Certificado de Calibración emitido por una entidad acreditada por INDECOPI¹⁹.

En tal sentido, de acuerdo al numeral 4.2 del Rubro 4.0 del Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua, aprobado por Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA, se señala que en la preparación de un viaje de muestreo, deberá limpiarse y calibrarse todo el equipo; los reactivos y soluciones buffer deberán estar frescos y completos; y, los recipientes de muestreo ordenados (limpiados de acuerdo a los procedimientos estándar)²⁰.

Igualmente, el sub numeral 4.2.1 del referido Protocolo indica que resultará prudente verificar que cada instrumento cumpla con los estándares de calibración antes de ir a campo; precisando, en su numeral 4.2, denominado "Instrumentos Analíticos"²¹, que la calibración de las sondas debe verificarse frecuentemente para determinar si tienen la exactitud y precisión de los instrumentos de laboratorio.

En esta misma línea, se considera oportuno señalar que de acuerdo al literal f) del numeral 5, en concordancia con el numeral 2, de la Directriz SNA-acr-12D del Servicio Nacional de Acreditación (INDECOPI-SNA), que aprueba los Criterios para la Trazabilidad de las Mediciones (*Policy on traceability of measurements*), al establecer las características de la trazabilidad aplicables a las mediciones realizadas por los laboratorios de ensayo, se establece²²:

¹⁹ DECRETO SUPREMO N° 018-2003-EM. APRUEBA EL REGLAMENTO DE FISCALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES MINERAS.

Artículo 10°.- Los análisis de muestras y ensayos, que se requieran para las acciones de fiscalización deberán realizarse en los laboratorios acreditados en el INDECOPI.

²⁰ RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 044-94-EM/DGAA. PROTOCOLO DE MONITOREO DE CALIDAD DE AGUA.

4.0 MUESTREO DE CAMPO

(...)

4.2 Preparación

En la preparación de un viaje de muestreo, deberá limpiarse y calibrarse todo el equipo; los reactivos y soluciones buffer deberán estar frescas y completas, los recipientes de muestreo ordenados (limpiados de acuerdo a los procedimientos estándar). Todo el equipo necesario para muestreo de campo deberá mantenerse en un área limpia, destinada para tal fin, que no se use para otro muestreo en la mina. (...)

²¹ RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 044-94-EM/DGAA. PROTOCOLO DE MONITOREO DE CALIDAD DE AGUA.

4.0 MUESTREO DE CAMPO (...)

4.2 Preparación (...)

4.2.2 Instrumentos Analíticos

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

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

²² La Directriz SNA-acr-12D del Servicio Nacional de Acreditación, que aprueba los Criterios para la Trazabilidad de las Mediciones (*Policy on traceability of measurements*), disponible en:
<http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/er/acre01/Requisitos/DocGenerales/DirectrizDeTrazabilidad.pdf>

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

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

Siguiendo lo expuesto, conforme se desprende de los instrumentos de prueba obrantes en el expediente, los equipos de medición empleados contaban con certificados de calibración, de fecha 02 de abril de 2008 y 01 de mayo de 2008 (Fojas 40 a 43), por lo que queda acreditado el cumplimiento del Protocolo aprobado por Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA en lo relativo a condición de los equipos para mediciones en campo.

Por tanto, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en el sentido que debieron actuarse medios probatorios adicionales, al resultar innecesarios por aplicación del numeral 163.1 del artículo 163° de la Ley N° 27444.

De otro lado, sabe señalar que en el numeral 2.1 del Rubro 2 del Informe N° 12-2008-SEMA (Foja 05), sobre las metodologías previas y en campo aplicadas para la supervisión, se indica lo siguiente:

“2. METODOLOGÍA

2.1 Pre campo

(...)

*Finalmente, OSINERGMIN aprobó el Plan de Monitoreo de la Zona Junín (puntos de monitoreo y cronograma) presentado por D&E Desarrollo y Ecología SAC. Además, se asignaron los puntos de muestro de cuerpos receptores y efluentes aprobados a cada una de las cuadrillas. **Se verificó la preparación de los equipos de muestro, preservantes, refrigerantes, frascos y documentos relacionados por parte del laboratorio Inspectorate Services Perú SAC**”.* (El resaltado es nuestro) (SIC)

Al respecto se debe considerar que, por disposición del numeral 21.4 del artículo 21° de la Resolución N° 640-2007-OS/CD²³, la información contenida en los

²³ RESOLUCIÓN N° 640-2007-OS/CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DEL OSINERGMIN. Artículo 21°.- Inicio del Procedimiento (...)

Informes de Supervisión se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario. Por tanto, correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtuaran el contenido del mencionado informe, lo que no ocurrió, razón por la cual corresponde mantener el análisis contenido en dicho instrumento probatorio que acredita la aplicación correcta del Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua. De esta manera, no se ha producido vulneración alguna de los Principios de Verdad Material, Predictibilidad ni Debido Procedimiento invocados por la recurrente, correspondiendo desestimar lo alegado en este extremo.

Con relación a la vulneración del Principio de Legalidad

12. Respecto a lo alegado en el literal e) del considerando 2 de la presente Resolución, cabe señalar que la legalidad de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM se estableció a través de la Ley General de Minería con el texto concordado aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, de conformidad con lo establecido en la Tercera Disposición Final de la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales; norma con rango de ley que permite la remisión a disposiciones reglamentarias para el ejercicio de la potestad sancionadora en el sector minero²⁴.

En efecto, de acuerdo al literal l) del artículo 101° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, corresponde imponer sanciones y multas a los titulares de derechos mineros que incumplan con sus obligaciones o infrinjan las disposiciones señaladas en dicha Ley, su Reglamento y el Código del Medio Ambiente²⁵.

Es bajo el marco planteado que se emitió la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, norma que estableció la Escala de Multas y Penalidades por incumplimientos, entre otros, de obligaciones ambientales, dentro de las cuales se encuentran aquellas contenidas en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

Asimismo, se tiene que mediante Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERGMIN, se declaró que; en tanto se aprueben por el regulador los procedimientos de

21.4. Los Informes Legales, Informes Técnicos, Actas Probatorias, Cartas de Visita de Fiscalización, Actas de Supervisión, constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario.

²⁴ LEY N° 26821. LEY ORGANICA PARA EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES.
DISPOSICIONES FINALES

Vigencia de convenios de estabilidad y de leyes especiales sobre recursos naturales

Tercera.- Mantienen su plena vigencia, entre otras, las siguientes leyes sobre recursos naturales promulgadas con anterioridad a la presente, incluyendo sus modificatorias o complementarias: (...)

- Ley General de Minería con el texto concordado publicado por Decreto Supremo No 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería

²⁵ DECRETO SUPREMO N° 014-92-EM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA.

Artículo 101°.- Son atribuciones de la Dirección General de Minería, las siguientes:

l) Imponer sanciones y multas a los titulares de derechos mineros que incumplan con sus obligaciones o infrinjan las disposiciones señaladas en la presente Ley, su Reglamento y el Código de Medio Ambiente.

fiscalización de las actividades mineras a su cargo, seguirán vigentes las disposiciones sobre esta materia contenidas, entre otras, en la Escala de Sanciones y Multas aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, siendo de aplicación todas las normas complementarias que se encontraban vigentes a la fecha de la promulgación de esta Ley.

A su vez, con relación a la vigencia de la citada Resolución Ministerial, corresponde señalar que, a través del Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, en concordancia con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA. Así, el artículo 4° de la mencionada Ley, autorizó al OEFA a sancionar las infracciones en materia ambiental empleando el marco normativo y escalas de sanciones que venía aplicando el regulador²⁶.

Por lo tanto, la legalidad de la Escala de Multas y Sanciones, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, viene dada por la Ley General de Minería y complementada por las Leyes N° 28964 y N° 29325; y, en ese sentido, deviene en válidamente aplicable por el OEFA.

De otro lado, cabe indicar que el artículo 103° de la Constitución Política, en concordancia con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, establece la regla de la aplicación inmediata de la ley, lo que implica que desde su entrada en vigencia ésta se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. De este modo, los hechos cumplidos bajo la antigua ley se rigen por aquélla, mientras que los efectos o hechos producidos luego de la entrada en vigencia de la nueva ley se rigen por ésta²⁷.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha explicado la citada regla de derecho, entre otros, a través de los fundamentos N° 72, 73 y 74 de la sentencia recaída en el expediente N° 00008-2008-PI/TC, cuyo texto es el siguiente²⁸:

²⁶ DECRETO SUPREMO N° 001-2010-MINAM. APRUEBAN INICIO DEL PROCESO DE TRANSFERENCIA DE FUNCIONES DE SUPERVISIÓN, FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN EN MATERIA AMBIENTAL DEL OSINERGMIN AL OEFA.

Artículo 4°.- Referencias Normativas

Al término del proceso de transferencia de funciones, toda referencia a las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental que realiza el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, se entenderá como efectuada al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, pudiendo este último sancionar las infracciones en materia ambiental que hayan sido tipificadas mediante normas y reglamentos emitidos por el OSINERGMIN, aplicando la escala de sanciones que para tal efecto hubiere aprobado dicho organismo regulador.

²⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

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

DECRETO LEGISLATIVO N° 295. CODIGO CIVIL.

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo III.- Aplicación de la ley en el tiempo

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

²⁸ La Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00008-2008-PI/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00008-2008-AI.html#_ftn22

"72. En ese sentido, este Tribunal ha pronunciado en reiterada jurisprudencia que nuestro ordenamiento jurídico se rige por la teoría de los hechos cumplidos, estableciendo que "(...) **nuestro ordenamiento adopta la teoría de los hechos cumplidos** (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes' (STC 0606-2004-AA/TC, FJ 2). **Por tanto, para aplicar una norma (...) en el tiempo debe considerarse (...) consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas**". (El resaltado es nuestro)

Asimismo, el Principio de Irretroactividad regulado en el numeral 5 del artículo 230° de la Ley N° 27444, prevé que serán aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

En este marco normativo, cabe indicar que a la fecha en que se configuraron los hechos que sustentaron la infracción imputada así como la imposición de la sanción, resultaba aplicable la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM. Por tal razón, correspondía sancionar a VOLCAN según los tipos infractores contenidos en dicho dispositivo legal, lo que es conforme a las reglas de aplicación temporal de las normas arriba citadas.

De otro lado, a través del artículo 17° de la Ley N° 29325, modificado por el artículo único de la Ley N° 29514, se estableció la potestad tipificadora de infracciones ambientales por vía reglamentaria a favor del Ministerio del Ambiente. Por ello, dicha entidad emitió el Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM, que aprueba el Cuadro de Tipificación de Infracciones Ambientales y Escala de Multas y Sanciones aplicables a la Gran y Mediana Minería respecto de Labores de Explotación, Beneficio, Transporte y Almacenamiento de Concentrados de Minerales, publicado el 10 de noviembre de 2012²⁹.

Sin embargo, pese a lo alegado por la recurrente, dicho Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escalas de Multas y Sanciones aprobado por Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM, no resulta aplicable al presente caso dado que no se encontraba vigente a la fecha de comisión de la infracción o imposición de la sanción, ni constituye una norma sancionadora más favorable a VOLCAN; esto último, por cuanto se mantienen las infracciones por incumplimiento de los LMP incluso con una multa mayor a la prevista en la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, la que alcanza hasta diez mil (10,000) UIT.

²⁹ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. MODIFICADA POR LEY N° 29514.

Artículo 17°.- Infracciones

Mediante decreto supremo, refrendado por el Ministro del Ambiente y en vía reglamentaria, se tipifican las conductas sancionables administrativamente por infracciones ambientales previstas en la Ley núm. 28611, Ley General del Ambiente, y demás normas sobre la materia.

LEY N° 29514. LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 17° DE LA LEY N° 29325, LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL, Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

SEGUNDA.- Vigencia y derogatoria

La presente Ley entra en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano y deroga toda disposición que se le oponga

Por las consideraciones expuestas, corresponde desestimar los argumentos de la impugnante en este extremo.

Respecto a la transgresión del Principio de Tipicidad

13. Con relación a lo alegado en el literal f) del considerando 2 de la presente Resolución, resulta oportuno indicar que, dentro de las exigencias derivadas del Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, se encuentra la exigencia de exhaustividad suficiente en la descripción de la conducta prohibida, de modo tal que se identifiquen los elementos de la conducta sancionable.

En tal sentido, considerando que la recurrente cuestiona el aspecto descrito en el párrafo precedente, corresponde determinar si el numeral 3.2 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM satisface dicho aspecto específico del Principio de Tipicidad, al ser la norma tipificadora aplicable al presente caso.

Al respecto, cabe indicar que el numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, señala lo siguiente:

*“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 los casos de pequeño productor minero la multa será de 2 UIT por infracción (...).**” (El resaltado es nuestro)*

Adicionalmente, se establece en el numeral 3.2 del punto 3 de la referida norma, los supuestos específicos que ameritan el incremento de la sanción, como se observa a continuación:

“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 (...).”

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que en la determinación de las conductas infractoras está permitido el empleo de los llamados “conceptos jurídicos indeterminados”, siempre que su concreción sea razonablemente factible

en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia³⁰. A su vez, cabe agregar que las empresas del sector minero cuentan con capacidad técnica, administrativa y financiera para identificar las obligaciones a las que están sujetas.

Ahora bien, el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM establece como obligación ambiental fiscalizable, que los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado a partir de las muestras provenientes de los efluentes minero-metalúrgicos, deben cumplir con los LMP regulados en su Anexo 1; obligación de tipo permanente, cuyo incumplimiento acarrea la configuración de daño ambiental, descrito en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611³¹.

Siguiendo lo expuesto, deviene válido concluir que el incumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables contenidas en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM constituyen infracción sancionable conforme al tipo contenido en el numeral 3.2 del punto 3 Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM³².

En atención a lo expuesto, éste cuerpo colegiado considera que la infracción tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no contraviene el contenido del Principio de Tipicidad, en particular en lo relativo a la exhaustividad en la descripción de la conducta típica³³.

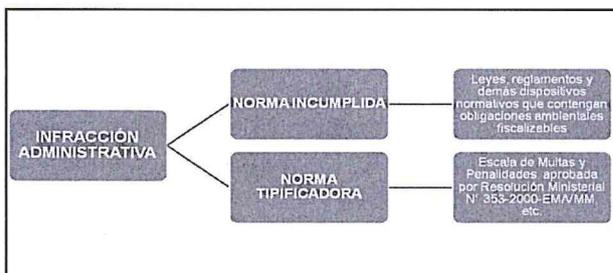
De otro lado, resulta oportuno indicar que en reiterados pronunciamientos éste órgano colegiado ha explicado la diferencia entre norma sustantiva y norma tipificadora, ya que mientras la primera de éstas prevé la obligación cuyo incumplimiento se imputa, la segunda califica dicho incumplimiento como infracción, atribuyéndole la respectiva consecuencia jurídica.

³⁰ La sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC, es una de naturaleza normativa; encontrándose disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

³¹ Sobre la configuración del daño ambiental como consecuencia del incumplimiento de los LMP corresponde remitirse al considerando 15 de la presente resolución.

³² En este sentido, se aprecia que la conducta ilícita tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución N° 353-2000-EM/VMM es una infracción precisa e inequívoca, respecto del incumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables que se imponen al titular minero. Y, asimismo, se verifica que existe una predeterminación normativa de la conducta y sanción correspondiente, no dando lugar a posibles interpretaciones extensivas o analógicas al momento de aplicar las normas que contienen la infracción tipificada.

³³ Las infracciones imputadas se componen de dos elementos a saber: a) Norma sustantiva, que prevé la obligación ambiental fiscalizable cuyo incumplimiento se imputa; y b) Norma tipificadora, que califica dicho incumplimiento como infracción, atribuyéndole la respectiva consecuencia jurídica. Lo explicado se gráfica del siguiente modo:



Así las cosas, en el presente caso el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM constituye la norma sustantiva incumplida, mientras que el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, configura la norma tipificadora.

Por tal motivo, carece de sustento lo señalado por VOLCAN en el sentido que el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM no puede ser considerado como base de tipificación de infracciones por no prever la conducta antijurídica sancionada.

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

Sobre la configuración de daño ambiental por exceso de LMP y la vulneración de los Principios de Debido Procedimiento y Verdad Material en relación a la infracción al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM

14. Con relación a lo alegado en el literal g) del considerando 2 de la presente Resolución, conviene señalar que, por disposición del Principio de Debido Procedimiento, establecido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, los administrados tienen el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho, lo que implica que los pronunciamientos de la autoridad administrativa deben sustentarse en la debida aplicación e interpretación del conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico vigente.

Por su parte, el Principio de Verdad Material regulado en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, prevé que los pronunciamientos que emiten las entidades al interior de los procedimientos administrativos sancionadores sólo podrán sustentarse en aquellos hechos que se encuentren debidamente probados.

En este contexto normativo, considerando que VOLCAN cuestiona la configuración del daño ambiental como consecuencia del incumplimiento de los LMP, el mismo que constituye elemento normativo de la infracción grave tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, resulta pertinente determinar los alcances de la categoría "daño ambiental", en este supuesto³⁴.

Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611³⁵, define el daño ambiental como todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno

³⁴ ANDALUZ define el concepto y la importancia de los LMP como se indica a continuación:

"El LMP es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y/o biológicos que caracterizan a un efluente o a una emisión, que al ser expedida causa o puede causar daño a la salud, al bienestar humano y al ambiente.

Los LMP sirven para el control y fiscalización de los agentes que producen efluentes y emisiones, a efectos de establecer si se encuentran dentro de los parámetros considerados inocuos para la salud, el bienestar humano y el ambiente. Excederlos acarrea responsabilidad administrativa, civil o penal, según el caso." (el subrayado es nuestro)

ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. Manual de Derecho Ambiental. Editorial Iustitia. Lima, 2011.

³⁵ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 142°.- De la responsabilidad por daños ambientales (...)

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 potenciales³⁶.

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

A su vez, en cuanto al segundo elemento, éste se refiere a que en la configuración del daño ambiental no es indispensable que los efectos negativos del menoscabo material producido por las emisiones contaminantes al ambiente sean actuales, sino que resulta suficiente que dichos efectos negativos sean potenciales³⁷. Precisamente, los LMP se han establecido explícitamente señalándose que su

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.

³⁶ Sobre el concepto de daño ambiental se pronuncian BIBILONI y LANEGRA:

BIBILONI señala que:

"(...) un daño ambiental es una lesión física no limitada a un espacio o a un tiempo determinados, por eso sus consecuencias se expanden rápidamente irradiando en todas sus direcciones, tanto en el espacio como en el tiempo. Un hecho generador de daño ambiental hoy constituye siempre la posibilidad de otro daño mañana".

BIBILONI, Héctor Jorge. El Proceso Ambiental.-LexisNexis.- Buenos Aires, 2005.

LANEGRA sostiene sobre el daño ambiental, en el marco de la Ley General del Ambiente Ley N° 28611 que:

"El daño ambiental lo sufre el ambiente o sus componentes, y representa por lo tanto un "menoscabo material". Sus efectos pueden incluir daños "no materiales", pero, nuevamente, ellos no forman parte de aquel. ¿Qué es el ambiente y sus componentes? La Ley General del Ambiente señala que lo comprenden "...los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida" Pero son muchos los elementos que conforman el medio. Por ello la Ley precisa que son "...los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros." (Artículo 2.3). Así, cuando uno introduce un contaminante al ambiente que tuviera la posibilidad de modificar el medio humano y dañar su salud, está generando un daño ambiental" (el subrayado es nuestro).

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

³⁷ En esa línea, es importante citar a PEÑA CHACÓN 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 CHACÓN, Mario. Daño Ambiental y Prescripción.

Ver: http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/19/06_mario_penia_chacon.html

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. Por tanto, 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 nocivos³⁸.

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, no requieren ser inmediatos o actuales, bastando la potencialidad de los mismos. De esta manera, la alusión al daño ambiental incluye la potencialidad de dicho daño, aspecto que sin duda conlleva el exceso de los LMP³⁹.

Por lo expuesto, el exceso del LMP aplicable al parámetro pH reportado en los puntos de control E-1 y E-7 respectivamente, configura la situación de daño ambiental definida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, exceso del LMP que se encuentra acreditado con los resultados contenidos en los Informes de Campo N° 07-08-0449 (Foja 37) y N° 07-08-0443 (Foja 38) emitidos por el laboratorio acreditado INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C. (ver pie de página N° 3 y 6).

Asimismo, el artículo 3.2 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM señala que las infracciones que causan daño al medio ambiente serán consideradas como infracciones graves.

Por tanto, habiéndose acreditado el exceso del LMP aplicable al parámetro pH; y en consecuencia, configurado la situación de daño ambiental; se ha incurrido 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. Por dicha razón correspondía aplicar la sanción prevista en dicho tipo legal, quedando desvirtuada




³⁸ Al respecto, PEÑA CHACÓN sostiene:

"Así lo ha entendido la jurisprudencia argentina en el fallo de 1995 Almada contra Copco S.A. donde 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".

PEÑA CHACÓN, Mario. Daño Ambiental y Prescripción.

Ver: http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_penachacon03.pdf

³⁹ 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.

la presunción de licitud a favor de la apelante, regulada en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

Finalmente, corresponde también señalar que de acuerdo al análisis formulado en los párrafos precedentes, en el presente procedimiento administrativo sancionador se respetaron las garantías inherentes al Debido Procedimiento y el Principio de Verdad Material, al emitirse una decisión motivada adecuada al contenido de las normas que integran el ordenamiento positivo y sustentada en la acreditación de los hechos que sustentan la infracción imputada a VOLCAN.

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

Sobre el ejercicio arbitrario y abusivo de la potestad sancionadora

15. Respecto a lo alegado en el literal h) del considerando 2 de la presente Resolución, cabe señalar que, conforme al análisis expuesto por este Órgano Colegiado en los considerando 12 y 13 de la presente Resolución, el presente procedimiento administrativo sancionador ha observado el contenido de los Principios de Tipicidad y Legalidad, previstos en el artículo 230° de la Ley N° 27444, razón por la cual el ejercicio de la potestad sancionadora de la primera instancia administrativa se realizó según lo especificado en el numeral 229.1 del artículo 229° de la referida Ley, careciendo de sustento lo alegado por VOLCAN en el sentido que se haya incurrido en un ejercicio abusivo del mismo⁴⁰.

Asimismo, con relación a la supuesta configuración del delito tipificado en el artículo 376° del Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 635, conviene recalcar 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 de conformidad con la primera Disposición Final del mismo cuerpo legal; las alegaciones que formulen 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 pertinencia⁴¹.


⁴⁰ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 229°.- Ámbito de aplicación de este Capítulo

229.1 Las disposiciones del presente Capítulo disciplinan la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados.


⁴¹ 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.

RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 010-93-JUS. TEXTO ÚNICO 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.

Son también improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer:

Sistema Peruano de Información Jurídica Ministerio de Justicia

1. Hechos no controvertidos, imposibles, o que sean notorios o de pública evidencia;
2. Hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvencción o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos.

Sin embargo, el Juez puede ordenar la actuación de medios probatorios cuando se trate de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesales;

3. Los hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario; y

4. El derecho nacional, que debe ser aplicado de oficio por los Jueces. En el caso del derecho extranjero, la parte que

A su vez, cabe agregar que los procedimientos administrativos sancionadores tienen por finalidad determinar la ocurrencia de los hechos imputados a los administrados a título de infracción, de modo tal que acreditada su comisión, se impongan las sanciones legalmente establecidas.

En tal sentido, considerando que lo señalado por VOLCAN no se vincula con los hechos materia de sanción ni con el objeto de los procedimientos administrativos sancionadores, sino que pretende establecer una supuesta responsabilidad de tipo penal como consecuencia del ejercicio de la potestad sancionadora del OEFA, en aplicación del numeral 163.1 del artículo 163° de la Ley N° 27444, corresponde desestimar lo alegado por impertinente⁴².

Por lo tanto, corresponde desestimar lo alegado por VOLCAN en este extremo.

Sin perjuicio de ello, queda expedito el derecho de la apelante para hacer uso de los medios de defensa legal que le franquea el ordenamiento jurídico para cuestionar lo resuelto por esta entidad.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental; Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA y Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, modificado por Resolución N° 014-2012-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA.

Con la participación de los vocales Lenin William Postigo de la Motta, José Augusto Chirinos Cubas, Héctor Adrián Chávarry Rojas y Francisco José Olano Martínez y la abstención de la vocal Verónica Violeta Rojas Montes.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación presentado por VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. contra la Resolución Directoral N° 144-2012-OEFA/DFSAI de fecha 05 de junio de 2012, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución, quedando agotada la vía administrativa.

lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido. La declaración de improcedencia la hará el Juez en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo. El medio de prueba será actuado por el Juez si el superior revoca su resolución antes que se expida sentencia. En caso contrario, el superior la actuará antes de sentenciar.

⁴² 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)

ARTÍCULO SEGUNDO.- DISPONER que el monto de la multa, ascendente a cien (100) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación al número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

ARTÍCULO TERCERO.- NOTIFICAR la presente resolución a VOLCAN COMPAÑÍA MINERA 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



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