

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 111 -2013-OEFA/TFA

Lima, 15 MAYO 2013

VISTO:

El Recurso de Apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA S.A. contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007666 del 07 de junio de 2010, en el Expediente N° 1650364-MEM; y el Informe N° 113-2013-OEFA/TFA/ST del 03 de mayo de 2013;

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes

1. El presente procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de los resultados de la supervisión regular llevada a cabo del 02 al 05 de octubre de 2006 en la Unidad Puerto Punta Lobitos y la concesión de beneficio Huincush (Planta de Filtrado de Huarney), ubicada en el distrito y provincia de Huarney, departamento de Ancash de titularidad de COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA S.A.¹ (en adelante, ANTAMINA), obrante en el Informe N° 014-2006-AWS/MA (Fojas 5 a 262).
2. Mediante Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007666 de fecha 07 de junio de 2010 (Fojas 349 a 352), notificada el 17 de junio de 2010, la Gerencia General del OSINERGMIN impuso a ANTAMINA una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por la comisión de una (01) infracción; conforme se detalla a continuación:

HECHO IMPUTADO	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
No adoptar las medidas de previsión y control	Artículos 5° y 6° del	Numeral 3.1 del	10 UIT

¹ COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA S.A., identificada con Registro Único de Contribuyente (R.U.C.) N° 20330262428.

<p>en el riego de los suelos con efluentes mineros metalúrgicos, toda vez que las aguas subterráneas del punto de monitoreo GA-B9:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Han incrementado su salinidad reflejándose ello en la elevada conductividad eléctrica - Han incrementado la concentración de los parámetros plomo y mercurio total en relación a la línea base del Estudio de Impacto Ambiental, alterando la calidad ambiental y contribuyendo al incumplimiento de los valores límite de la Ley General de Aguas 	<p>Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM²</p>	<p>punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM³</p>	
<p>MULTA TOTAL</p>			<p>10 UIT</p>

3. Mediante escrito con registro N° 1377099 presentado el 09 de julio de 2010 (Fojas 355 a 579), ANAMINA interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007666 de fecha 07 de junio de 2010, argumentando lo siguiente:

- a) No existe norma legal que establezca los Límites Máximos Permisibles (en adelante, LMP) que regulen la conductividad de los efluentes minero-metalúrgicos que se viertan a tierra.

Asimismo, los valores establecidos en la línea base del Estudio de Impacto Ambiental no califican como LMP.

² Decreto Supremo N° 016-93-EM - Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica, publicada el 01 de mayo de 1993.-

Artículo 5°.- El titular de la actividad minero-metalúrgica, es responsable por las emisiones, vertimientos y disposición de desechos al medio ambiente que se produzcan como resultado de los procesos efectuados en sus instalaciones. A este efecto es su obligación evitar e impedir que aquellos elementos y/o sustancias que por sus concentraciones y/o prolongada permanencia puedan tener efectos adversos en el medio ambiente, sobrepasen los niveles máximos permisibles establecidos.

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

³ Resolución Ministerial N° 353-2000-EM - Aprueban Escala de Multas y Penalidades a aplicarse por Incumplimiento de Disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus Normas Reglamentarias, publicada el 2 de setiembre de 2000.-

3. MEDIO AMBIENTE

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

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

- b) Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad, establecido en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, al haberse sancionado por el incumplimiento al artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, toda vez que dicha norma no regula el incumplimiento de Estándares de Calidad Ambiental sino que establece una obligación de evitar o impedir que aquellos elementos o sustancias que pudieran tener efectos adversos al ambiente, sobrepasen los Límites Máximos Permisibles.
- c) La estación de monitoreo GA-B9 está ubicada en el acuífero Cascajal, el cual contiene aguas salinas originadas de forma natural, debido a la naturaleza del propio suelo. Dicha condición era preexistente al inicio de sus operaciones; sin embargo, ello no fue documentado en la línea base del Estudio de Impacto Ambiental debido a que no se realizó un estudio minucioso de la hidrogeología de la zona.

En efecto, recién en enero del año 2001 se ha realizado un estudio hidrogeológico en el área, determinándose que las aguas subterráneas ya eran salinas desde antes del inicio de sus operaciones.

- d) No se debió evaluar la calidad del agua subterránea en función de los valores límites de la Ley General de Aguas, Decreto Ley N° 17752, toda vez que dicha norma se aplica para la regulación de las aguas superficiales y que los estándares de calidad son elaborados en función de cada cuerpo receptor.

Asimismo, la empresa recurrente señala que no existe sustento normativo para evaluar en un cuerpo receptor los parámetros plomo y mercurio total en función de los valores estándares de la clase I de la Ley General de Aguas.

- e) El OSINERGMIN sanciona a la apelante por la infracción al artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, el cual establece la obligación de los titulares mineros de poner en marcha y mantener programas de previsión y control contenidos en el Estudio de Impacto Ambiental; sin embargo, la empresa supervisora ha señalado que el titular minero ha cumplido con todos los programas de previsión y control establecidos en el Estudio de Impacto Ambiental, así como en sus modificatorias y adendas.
- f) La Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, quedó derogada por aplicación expresa de la Quinta Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
- g) Se ha vulnerado el Principio de Legalidad, establecido en el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez que la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, no tiene rango de ley.

- h) Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad, establecido en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, ya que la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM es una norma sancionadora en blanco, toda vez que las infracciones que contiene no reflejan ninguna conducta específica a ser sancionada.

II. Competencia

4. 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 Ambiente⁴, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.
5. En mérito a lo establecido en los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental⁵, el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental.
6. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325 dispone que mediante Decreto Supremo, refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación,


⁴ Decreto Legislativo N° 1013 - Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, publicado el 14 de mayo de 2008.-

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.


⁵ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 5 de marzo de 2009.-

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°, modificado por Ley N° 30011, publicada el 26 de abril de 2013.-

Funciones generales

11.1 El ejercicio de la fiscalización ambiental comprende las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, y sanción destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables establecidas en la legislación ambiental, así como de los compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental y de los mandatos o disposiciones emitidos por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), en concordancia con lo establecido en el artículo 17, conforme a lo siguiente:

(...)

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

(...)

supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA⁶.

7. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM⁷ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN⁸) al OEFA, y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010⁹, se estableció que el OEFA asumiría las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería desde el 22 de julio de 2010.
8. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley N° 29325¹⁰, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM¹¹, y el artículo 4° del Reglamento Interno del

⁶ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 5 de marzo de 2009.-

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

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

⁷ 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, publicado el 21 de enero de 2010.-

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

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

⁸ Ley N° 28964 - Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, publicada el 24 de enero de 2007.-

Artículo 18°.- Referencia al OSINERGMIN

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

⁹ Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD – Aprueban aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería entre el OSINERGMIN y el OEFA, publicada el 23 de julio de 2010.-

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

¹⁰ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 5 de marzo de 2009.-

Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental, modificado por Ley N° 30011, publicada el 26 de abril de 2013.-

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

¹¹ Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, publicado el 15 de diciembre de 2009.-

Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

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

Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución N° 005-2011-OEFA/CD¹², disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

III. Norma Procedimental Aplicable

9. Previamente al análisis de los argumentos formulados por ANTAMINA, este órgano colegiado considera pertinente, en virtud del principio del debido procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444¹³, establecer la normativa procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes.
10. En tal sentido, corresponde indicar que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN aprobado por Resolución de Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 640-2007-OS/CD; siendo aplicable posteriormente, el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, vigente desde el 14 de diciembre de 2012¹⁴.

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental: Resolver en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.

- a) *Proponer al Presidente del Consejo Directivo del OEFA mejoras a la normatividad ambiental, dentro del ámbito de su competencia.*
- b) *Ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley.*

¹² **Resolución de Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD - Aprueban Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 21 de julio de 2011.-**

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 para 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.

¹³ **Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001.-**

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 solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.*

(...)

¹⁴ **Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD - Aprueban Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 13 de diciembre de 2012.-**

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

IV. Análisis

IV.1 Protección constitucional al ambiente

11. De acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú¹⁵, toda persona tiene el derecho fundamental a “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.
12. El Tribunal Constitucional ha desarrollado en recurrente jurisprudencia que el contenido esencial del citado derecho fundamental está configurado por: 1) el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado; y, 2) el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado:

“En su primera manifestación, comporta la facultad de las personas de disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y sustantiva. La intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación. (...) Sobre el segundo acápite, (...) entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Evidentemente, tal obligación alcanza también a los particulares”¹⁶.

13. Asimismo, dicho Tribunal ha señalado que, además del numeral 22 del artículo 2° de la Constitución, existe un conjunto de disposiciones de la Carta fundamental referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, denominado “Constitución Ecológica”¹⁷, de las que se deriva un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover con el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Al respecto, ha señalado:

*“Así, en primer lugar, al ser los recursos naturales in totum, patrimonio de la Nación, **su explotación no puede ser separada del interés nacional**, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de las generaciones presentes y futuras”¹⁸. (Resaltado nuestro)*

*“(...) 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***

¹⁵ Constitución Política del Perú de 1993, publicada el 30 de diciembre 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.*

(...)

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 4.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de agosto de 2008, recaída en el Expediente 3610-2008-PA/TC, fundamento jurídico 33.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 11.

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 soportarán¹⁹ (Resaltado nuestro)

14. En ese sentido, Amartya Sen advierte que: *“un medio ambiente dañado que le niegue aire limpio a las futuras generaciones (...) seguirá estando dañado sin importar cuán ricas sean esas generaciones”²⁰.*

15. Sobre lo que implica el medio ambiente, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“(...) el medio ambiente es el mundo exterior que rodea a todos los seres vivos y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida y en cuya creación no ha intervenido la acción humana. En puridad, medio ambiente alude al compendio de elementos naturales —vivos e inanimados— sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivos (plantas, animales y microorganismos)”²¹.

16. En esa línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente²², prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.

17. 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. Es por ello que dichas medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico que regula la protección del medio ambiente y en los instrumentos de gestión ambiental.

¹⁹ Ibid. Fundamento jurídico 24.

²⁰ SEN, Amartya: *“Continuing the Conversation: Amartya Sen Talks with Bina Agarwal, Jane Humphries e Ingrid Robeyns”*. Feminist Economics N°9, 2003, p.330. Consultado el 26 de marzo de 2013: <http://csde.washington.edu/~scurran/files/readings/April28/recommended/ContinuingtheConversation.pdf> (traducción nuestra)

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de abril de 2005, recaída en el Expediente 0048-2004-AI, fundamento jurídico 27.

²² Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, publicada el 15 de octubre de 2005.-

Artículo 2°.- Del ámbito

(...)

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

18. En este orden de ideas, puede afirmarse que las normas sectoriales referidas a la protección y conservación del ambiente deberán interpretarse y aplicarse dentro del marco constitucional que regula el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado.

IV.2 Sobre el incumplimiento del artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM

19. Respecto a lo alegado en el literal a) del considerando 3 de la presente Resolución, es preciso señalar que el titular minero es responsable por las emisiones, vertimientos y disposición de desechos al medio ambiente que se produzcan como resultado de las actividades efectuadas en el área de su concesión.
20. En este sentido, recae sobre el titular de la actividad una obligación de cuidado y preservación del medio ambiente que se traduce en evitar e impedir que dichas emisiones, vertimientos o desechos causen o puedan causar efectos adversos, en razón de su grado de concentración o tiempo de permanencia en el medio ambiente; o sobrepasen los niveles máximos permisibles que resulten aplicables.
21. Por lo tanto, las obligaciones que subyacen del citado artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM se traducen en las siguientes exigencias:
- a) La adopción de las medidas necesarias para impedir o evitar, entre otros, que los elementos y/o sustancias generados como consecuencia de la actividad minera causen o puedan causar efectos adversos al ambiente;
 - b) No exceder los niveles máximos permisibles.
22. Lo expuesto precedentemente se condice con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, en el sentido que las normas ambientales son de orden público y se interpretan siguiendo los principios y normas contenidas en dicha Ley, la misma que recoge las obligaciones ambientales fiscalizables descritas en los literales precedentes.
23. En efecto, la obligación descrita en el literal a) se encuentra prevista, a su vez, en el artículo 74° y en el numeral 1 del artículo 75° de la Ley N° 28611, que establecen el régimen de responsabilidad general para los titulares mineros respecto de todos los efectos negativos derivados del desarrollo de sus actividades y que obliga a la adopción de las medidas de prevención y control del riesgo y daño ambiental; mientras que el numeral 32.1 del artículo 32° del mismo cuerpo legal, recoge la obligación de no exceder los LMP, a que se refiere el literal b), precedente.
24. Sobre el particular, el Oficio N° 857-2009-OS-GFM, mediante el cual se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador (Foja 263), precisa la conducta imputada en este extremo:

"Infracción a los artículos 5° y 6° del reglamento para la Protección Ambiental en la actividad Minero Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM:

La titular no ha adoptado las medidas de previsión y control en cuanto al riego de los suelos con efluentes minero metalúrgicos. En el punto de monitoreo denominado GA-B9 la salinidad de las aguas subterráneas se ha incrementado reflejándose en la elevada conductividad eléctrica. Asimismo, la concentración de los parámetros plomo y mercurio en dichas aguas se incrementó con relación a la línea base del Estudio de Impacto Ambiental, alterando su calidad ambiental y contribuyendo al incumplimiento de los valores límites de la Ley General de Aguas"

25. En ese contexto, se verifica que la obligación incumplida se condice con aquella descrita en el literal a) del considerando 21 de la presente Resolución, esto es, no haber adoptado medida alguna para evitar que se eleven los parámetros de conductividad eléctrica, plomo y mercurio total del agua subterránea en el punto de control GA-B9 en relación a la línea base del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Antamina, aprobado por Resolución Directoral N° 169-98-EM/DGM de fecha 15 de julio de 1998 y la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Antamina: Informe Complementario para el Puerto de Embarque de Antamina, aprobado por Resolución Directoral N°420-2003-EM-DGAA del 21 de octubre de 2003; alterando su calidad ambiental y superando los valores límite de la Ley General de Aguas.
26. Por ello, teniendo en cuenta que no se ha imputado el incumplimiento de límites máximos permisibles, lo alegado por la apelante no resulta atendible.
27. Ahora bien, corresponde señalar que con motivo de la supervisión regular llevada a cabo del 02 al 05 de octubre de 2006, en las instalaciones de la Unidad Puerto Punta Lobitos y la concesión de beneficio Huincush (Planta de Filtrado de Huarmey), se ha advertido la falta de adopción de las medidas de previsión y control en el riego de los suelos con efluentes mineros metalúrgicos para evitar que se altere la calidad de las aguas subterráneas, por lo siguiente:
- El incremento de la salinidad de las aguas subterráneas en el punto de monitoreo GA-B9:
28. La Tabla 3-7 referente a los datos químicos del agua subterránea, que corresponde a la modificación de la Tabla 3-1 del anexo P- I.3 del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Antamina (Foja 1922 de la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Antamina: Informe Complementario para el Puerto de Embarque de Antamina²³), estableció el valor de 4660 umhos/cm para el parámetro conductividad en el pozo Delmar.

23

Este documento se elaboró con el objeto de compilar de modo apropiado la información solicitada en las recomendaciones de la Comisión Técnica Multisectorial creada por Resolución Ministerial N°149-2001-PCM, que se encontraba disponible en el Estudio de Impacto Ambiental así como en los programas y proyectos asociados que fueron desarrollados con posterioridad a la aprobación del dicho Estudio de Impacto Ambiental. En ese sentido, el Informe Complementario del Puerto de Embarque de Mineral, no propone modificaciones a ningún componente del Estudio de Impacto Ambiental de ANTAMINA. (Foja 06 del Informe Complementario del Estudio de Impacto Ambiental del Puerto de Embarque de Antamina).

29. Sin embargo, en el Informe de Ensayo N° 41164 elaborado por el laboratorio CORPLAB PERÚ S.A., referente a la muestra de agua subterránea que obra en el Informe de Supervisión N° 014-2006-AWS/MA (Foja 206), se señala que en el punto de control GA-B9 se reportó un valor de 99900 uS/cm para el parámetro conductividad eléctrica.
30. Al respecto, para determinar cuál habría sido la causa del incremento de la salinidad de las aguas subterráneas, corresponde traer a colación lo señalado por VENTURA NAPA, quien sostiene lo siguiente:

*“los cambios en la calidad de las aguas subterráneas son causados, bien por la introducción de sustancias químicas o biológicas en el medio subterráneo debido a la actividad humana, por la interferencia cuantitativa con los esquemas naturales de circulación, por procesos completamente naturales, o bien por las diversas combinaciones posibles entre todos ellos”.*²⁴

31. De igual modo, cabe tener presente la información elaborada por el Grupo de Estudio Técnico Ambiental para Agua de DIGESA, en cuanto señala que:

“ (...) la salinidad del agua se determina midiendo su conductividad eléctrica. El agua pura tiene muy poca conductividad, por lo que la medida de la conductividad del agua nos da una idea de los sólidos disueltos en la misma.

*Así, la conductividad eléctrica indica la presencia de sales en el agua, lo que hace es aumentar su capacidad de transmitir una corriente eléctrica. La conductividad eléctrica del agua se utiliza como una medida indirecta de su concentración de sólidos disueltos totales o de minerales en el agua”.*²⁵

32. En ese sentido, habiendo ANTAMINA regado los suelos con efluentes mineros metalúrgicos, sin adoptar las medidas de previsión y control necesarias, ha alterado la calidad de las aguas subterráneas, toda vez que como producto de su actividad se ha determinado un incremento de la salinidad de las aguas, la que se ha visto reflejada a través del aumento de la conductividad eléctrica, en relación con el valor establecido en la línea base de su Estudio de Impacto Ambiental.

- El incremento de la concentración de los parámetros plomo y mercurio total en las aguas subterráneas en el punto de monitoreo GA-B9:

²⁴ VENTURA NAPA, Miguel. Contaminación de Aguas Subterráneas en Zonas Rurales y su Incidencia en la Agricultura y la Salud. Informes sobre Temas Hídricos: Prevención de la Contaminación del Agua y la Agricultura y Actividades Afines. En Anales de la Consulta de Expertos organizada por la FAO. Chile. 1992. Disponible en:
<http://books.google.com.pe/books?id=1-uuxpntvq8C&pg=PA175&dq=ventura+napa&hl=es&sa=X&ei=dwdaUbnHNYai9QTFuYDYCA&ved=0CDIQ6AEwAA#v=onepage&q=ventura%20napa&f=false>

²⁵ Información obtenida del documento denominado Parámetros Físico químicos, elaborado por GESTA AGUA – Grupo de Estudio Técnico Ambiental para Agua de DIGESA, en:
http://www.digesa.sld.pe/DEPA/informes_tecnicos/GRUPO%20DE%20USO%201.pdf

33. En la Tabla 3-7 referente a los datos químicos del agua subterránea, que corresponde a la modificación de la Tabla 3-1 del anexo P- I.3 del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Antamina (Foja 1922 de la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Antamina: Informe Complementario para el Puerto de Embarque de Antamina), se contemplan los siguientes valores en el pozo Delmar:

Parámetros	Pozo Delmar
Pb total	0.007 mg/L
Hg total	0.00008 mg/L

34. Sin embargo, en el Informe de Ensayo N° 41164 elaborado por el laboratorio CORPLAB PERÚ S.A. referente a la muestra de agua subterránea que obra en el Informe de Supervisión N° 014-2006-AWS/MA (Foja 206), para el punto de control GA-B9 se ha reportado los valores de 0.219 mg/L y 0.0216 mg/L para los parámetros plomo y mercurio total, respectivamente, conforme se advierte en el siguiente cuadro:

Parámetro	GA-B9
Pb total	0.219 mg/L
Hg total	0.0216 mg/L

35. De la comparación entre los resultados consignados en la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Antamina: Informe Complementario para el Puerto de Embarque de Antamina, aprobado por Resolución Directoral N°420-2003-EM-DGAA del 21 de octubre de 2003, para los parámetros plomo y mercurio total y los resultados del Informe de Ensayo N° 41164 elaborado por el Laboratorio CORPLAB PERÚ, se concluye que los resultados obtenidos durante la supervisión regular superan los valores establecidos en la línea base del citado instrumento de gestión ambiental.

36. De igual modo, si se compara los resultados contenidos en el Informe de Ensayo N° 41116 para los parámetros plomo y mercurio total con los valores establecidos en la clase I de la Ley General de Aguas²⁶, se verifica que también

²⁶ Decreto Supremo N° 261-69-AP- Reglamento de los Títulos I, II, III del Decreto Ley N° 177752, Ley General de Aguas, modificado por Decreto Supremo N° 007-83-SA y N° 003-2003-SA., publicada el **Artículo 82°.- Con la finalidad de preservar los cuerpos de agua del país, acorde con la clasificación descrita en el artículo precedente, regirán los siguientes tipos y valores límites:**

III. LÍMITES DE SUSTANCIAS POTENCIALMENTE PELIGROSAS

VALORES EN MG/M3.

USOS (2)

PARAMETRO	I	II	III	V	VI
Selenio	10	10	50	5	10
Mercurio	2	2	10	0.1	0.2
PCB	1	1	1+	2	2
Esteres Estalatos	0.3	0.3	0.3	0.3	0.3
Cadmio	10	10	50	0.2	4
Cromo	50	50	1,000	50	50
Níquel	2	2	1+	2	**
Cobre	1,000	1,000	500	10	*
Plomo	50	50	100	10	30
Zinc	5,000	5,000	25,000	20	**
Cianuros (CN)	200	200	1+	5	5
Fenoles	0.5	1	1+	1	100
Sulfuros	1	2	1+	2	2
Arsénico	100	100	200	10	50
Nitratos (N)	10	10	100	N.A.	N.A.

existe un exceso respecto de lo establecido en dicho cuerpo normativo, conforme se detalla en el siguiente cuadro:

Parámetro	GA-B9	Ley General de Aguas (Clase I)
Pb total	0.219 mg/L	0.050 mg/L
Hg total	0.0216 mg/L	0.002 mg/L

37. Conforme a lo indicado, se concluye que los resultados obtenidos durante la supervisión regular para los parámetros conductividad eléctrica, plomo y mercurio total están por encima de los valores establecidos inicialmente en la línea base del Estudio de Impacto Ambiental y la Ley General de Aguas; demostrándose que ANTAMINA no adoptó las medidas de previsión y control necesarias, durante el desarrollo de su actividad de riego de suelos con efluente minero metalúrgico, a fin de evitar que se altere la calidad de las aguas subterráneas. Esta omisión se vio reflejada en la elevada conductividad, así como en las elevadas concentraciones de plomo y mercurio en las aguas subterráneas.
38. En consecuencia, la referida empresa no cumplió con su obligación de impedir o evitar que elementos y/o sustancias generados como consecuencia de su actividad causen efectos adversos al ambiente; por lo que corresponde desestimar lo alegado por la apelante.

IV.3 En cuanto a la vulneración al Principio de Tipicidad

39. En el literal b) del considerando 3 de la presente Resolución, la apelante alega que se ha vulnerado el Principio de Tipicidad, establecido en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez que se la sanciona por incumplimiento al artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, no obstante que dicha norma no regula el incumplimiento de Estándares de Calidad Ambiental, sino que establece la obligación de evitar o impedir que aquellos elementos o sustancias que pudieran tener efectos adversos al ambiente sobrepasen los Límites Máximos Permisibles.
40. Sobre el particular, debe señalarse que efectivamente el citado artículo 5° no regula el incumplimiento de los Estándares de Calidad Ambiental, sino la obligación que tiene todo titular minero de adoptar las medidas necesarias para impedir o evitar, entre otros, que los elementos y/o sustancias generados como consecuencia de la actividad minera causen o puedan causar efectos adversos al ambiente, así como no exceder los niveles máximos permisibles, conforme se ha precisado anteriormente.

Límites de Concentración de Cianuro modificados por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 003-2003-SA, publicado el 29-01-2003, cuyo texto es el siguiente:

Cianuro (Cn)	Cianuro WAD	Cianuro WAD	Cianuro WAD	Cianuro Libre	Cianuro Libre
	80	08	100	22	22

41. Ahora bien, a efectos de demostrar que no se ha vulnerado el Principio de Tipicidad, resulta pertinente realizar una distinción 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; en tal sentido, el artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM constituye la norma sustantiva incumplida, mientras que el numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, constituye la norma tipificadora.
42. En ese contexto, debe indicarse que está acreditado el incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, toda vez que ANTAMINA no cumplió con su obligación de impedir o evitar que elementos y/o sustancias generados como consecuencia de su actividad causen efectos adversos al ambiente, por lo que debió adoptar las medidas de previsión y control a efectos de impedir que se altere la calidad del agua subterránea.
43. Conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, los parámetros conductividad eléctrica, plomo y mercurio total han sobrepasado los valores establecidos en la línea base de la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Antamina: Informe Complementario para el Puerto de Embarque de Antamina, aprobado por Resolución Directoral N°420-2003-EM-DGAA del 21 de octubre de 2003, así como los valores límite de la Ley General de Aguas; por lo que se concluye que debido a la actividad de riego de suelos con efluente minero metalúrgicos se han producido cambios en la calidad de las aguas subterráneas en relación a su estado inicial, produciendo así efectos adversos al ambiente.
44. De esta manera, habiéndose verificado el incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, correspondía sancionar a la recurrente de conformidad con el tipo establecido en el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM; por lo que no existe vulneración al Principio de Tipicidad.

En base a las consideraciones antes expuestas corresponde desestimar lo alegado por la apelante.

IV.4 Respecto de la preexistencia de altas concentraciones de salinidad en el Punto de Control GA-B9

45. En el literal c) del considerando 3 de la presente Resolución, ANTAMINA alega que el punto de monitoreo GA-B9 está ubicado en el acuífero Cascajal que contiene aguas salinas que se originan de forma natural, siendo dicha condición preexistente al inicio de sus operaciones. Este hecho no fue documentado en la línea base de su Estudio de Impacto Ambiental, toda vez que no se realizó un estudio minucioso de la hidrogeología de la zona.
46. Sobre el particular, debe señalarse que en el rubro denominado calidad de agua subterránea del numeral 3.1.1.7 referente a Recursos Hídricos e Hidrogeológicos

comprendido en la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Antamina: Informe Complementario para el Puerto de Embarque de Antamina, aprobado por Resolución Directoral N° 420-2003-EM-DGAA de fecha 21 de octubre de 2003, se describe lo siguiente:

“La calidad del agua subterránea fue analizada en una serie de muestras de los pozos existentes en el área de influencia del puerto. Generalmente in situ (...) con conductancia eléctrica entre 197 y 2020 uS/cm (moderada a medianamente alta salinidad) (...)”

Los resultados del análisis de calidad de agua subterránea en el laboratorio, identifican que la mayoría de metales y otros parámetros se encuentran dentro de los estándares de la Ley General de Aguas (...) Los parámetros que se encuentran sobre los límite se presentan en la tabla 3.7. (...)” (Foja 1866 de la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Antamina: Informe Complementario para el Puerto de Embarque de Antamina) (Lo subrayado es nuestro).

47. A mayor abundamiento, en la Tabla 3-7 referente a los datos químicos del agua subterránea, que corresponde a la modificación de la Tabla 3-1 del anexo P- I.3 del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Antamina (Foja 1922 de la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Antamina: Informe Complementario para el Puerto de Embarque de Antamina), se corrobora que el valor asignado para el parámetro conductividad eléctrica en el pozo Delmar corresponde al mismo valor que se estableció en la línea base del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Antamina que fue aprobado el 15 de julio de 1998.
48. De lo expuesto, se desprende que ANTAMINA tenía conocimiento sobre la condición salina de las aguas subterráneas desde la elaboración de la línea base del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Antamina; por ello, lo alegado por la apelante no resulta atendible.

En base a las consideraciones expuestas, corresponde desestimar lo alegado por la apelante en este extremo.

IV.5 En relación a los valores límite de la Ley General de Aguas y su aplicación a las aguas subterráneas

49. En cuanto a lo argumentado en el literal d) del considerando 3 de la presente Resolución, cabe señalar que no se está sancionando a la apelante por no cumplir con los valores límite de la Ley General de Aguas, sino que dichos valores han sido tomados de manera referencial para establecer que ANTAMINA no adoptó las medidas de previsión y control necesarias respecto al riego de los suelos con efluentes minero-metalúrgicos. Ello, en razón de que en el Informe de Ensayo N° 41164 elaborado por el laboratorio CORPLAB PERÚ S.A. referente a la muestra de agua subterránea se acredita altas concentraciones de plomo y mercurio total, lo que demuestra la alteración de la calidad de las aguas subterráneas.
50. Ahora bien, ANTAMINA alega que no existe sustento normativo para evaluar en un cuerpo receptor los parámetros plomo y mercurio total, en función de los

valores estándares de la clase I de la Ley General de Aguas. Sin embargo, en el ítem 6.2.3.1 referente a la calidad química de aguas subterráneas, contenido en el anexo 11 del escrito de levantamiento de observaciones del Informe Complementario del Puerto de Embarque de Antamina, presentado ante el Ministerio de Energía y Minas el día 19 de junio de 2003 con registro N° 416410 (Foja 156 del mencionado escrito), la referida empresa señaló lo siguiente:

“La composición química de las aguas subterráneas de los pozos indicados (...) son comparadas con la del agua de riego para elementos móviles en el suelo, pH y elementos de interés en la normativa peruana (estándar de calidad de agua Clase III (riego)). Esta comparación está orientada a identificar posibles vinculaciones entre el agua subterránea y el riego”. (Lo subrayado es nuestro).

51. De ese contexto se desprende que ANTAMINA evaluó la composición química de las aguas subterráneas, en función de la Ley General de Aguas. Al respecto, este órgano colegiado considera oportuno invocar el Principio de la Buena Fe, recogido en el ámbito administrativo dentro del Principio de Conducta Procedimental tipificado en el numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, en virtud del cual los administrados deben seguir una misma línea de actuación que tenga concordancia con sus comportamientos y declaraciones de voluntad iniciales²⁷.
52. Al respecto, MORÓN URBINA sostiene que una de las afectaciones a dicho Principio se configura cuando se produce un actuar en sentido contrario a los propios actos, es decir, con un acto posterior de ir en contra de esa confianza ya generada por el propio actuar anterior²⁸.
53. En tal sentido, el Principio de la Buena Fe implica la vinculación del autor a su declaración de voluntad inicial y a la imposibilidad de adoptar luego un comportamiento contradictorio, toda vez que la primera declaración ha generado una seguridad o expectativa (confianza) en otro individuo sobre dicho actuar inicial.
54. Consecuentemente, se concluye que ANTAMINA utilizó los valores límite establecidos en la Ley General de Aguas para monitorear la calidad del agua subterránea conforme lo señaló en su Estudio de Impacto Ambiental, por lo que lo alegado en su recurso de apelación respecto de este extremo no resulta atendible.





²⁷

Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001.-

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:

(...)

1.8 Principio de conducta procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.

²⁸

MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Editorial Gaceta Jurídica. 9na. Ed. Lima, julio 2011. p. 79.

55. Por otro lado, respecto al argumento relativo a que no se puede aplicar la clase I de la Ley General de Aguas para evaluar los parámetros plomo y mercurio total en el cuerpo receptor, debe señalarse que en el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Antamina, aprobado por Resolución Directoral N° 169-98-EM/DGM de fecha 15 de julio de 1998, se estableció lo siguiente:

"(...) el 37 % de los pozos se utilizan como fuente de abastecimiento de agua para fines domésticos, 12% para fines industriales y el 34% para fines agrícolas. El 17% restante de los pozos se emplea para abastecimiento de agua, tanto para fines domésticos como agrícolas"
(Foja 215 del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Antamina).

56. En consecuencia, se concluye que la clase I de la Ley General de Aguas es la que correspondía aplicar, en atención a lo dispuesto por el artículo 81° del Reglamento de los títulos I, II y III del Decreto Ley N° 17752, aprobado por Decreto Supremo N° 261-69-AP y modificado por Decreto Supremo N° 007-83-SA y N° 003-2003-SA, toda vez que el uso preferente de los pozos monitoreados en su línea base era el correspondiente a las aguas de abastecimiento doméstico.
57. Sin perjuicio de lo antes mencionado, es preciso señalar que en el supuesto que se hubiera comparado los resultados obtenidos para el parámetro plomo y mercurio total en el punto de control GA-B9 con los valores límites de la clase III de la Ley General de Aguas, también se habrían sobrepasado los referidos estándares ambientales.

En base a las consideraciones expuestas, corresponde desestimar lo alegado por la apelante respecto de este extremo.

IV.6 En relación al incumplimiento del artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM

58. En cuanto a lo argumentado en el literal e) del considerando 3 de la presente Resolución, conviene señalar que las entidades fiscalizadoras externas se limitan a inspeccionar de acuerdo a las labores que les fueron asignadas, es decir emitir opinión técnica sobre los hechos materia de supervisión; sin embargo, no son quienes finalmente otorgan la calificación jurídica de los hechos constatados.
59. Por ello, no resulta atendible lo alegado por la apelante en cuanto refiere que se la sanciona por infracción al artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, no obstante que la empresa supervisora ha señalado que el titular minero habría cumplido con todos los programas de previsión y control establecidos en su respectivo Estudio de Impacto Ambiental, esto es así porque en el presente caso, luego de la evaluación correspondiente, el órgano sancionador ha constatado que los hechos verificados también constituyen infracción al artículo 6° del mencionado Reglamento.
60. En efecto, la exigibilidad de todos los compromisos ambientales asumidos en los Estudios de Impacto Ambiental por parte del titular minero se deriva de lo dispuesto en el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, por las siguientes razones:

- De acuerdo al artículo 2° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM forman parte del EIA las medidas de previsión y control aplicables en las diferentes etapas que comprenden las operaciones mineras, y que tienen como propósito que su desarrollo se realice en forma armónica con el medio ambiente.²⁹
- En tal sentido, las medidas de previsión y control comprenderán aquellas actividades y programas que serán implementados antes y durante el proyecto para garantizar el cumplimiento con los estándares y prácticas ambientales existentes, abarcando la totalidad de los efectos generados por la actividad minera.

61. Sobre el particular, en su escrito de levantamiento de observaciones de la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Antamina: Informe Complementario para el Puerto de embarque de Antamina, presentado ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas mediante escrito con registro N° 416410 del 19 de junio de 2003, la apelante señaló lo siguiente (Foja 54 del escrito de levantamiento de observaciones):

"El proceso de lixiviación o lavado de sales tiene como objetivo diluir las sales existentes en el suelo para hacerlas descender hasta un nivel constante que permita el libre desarrollo radicular de las plantas. Este proceso no implica la saturación del suelo ni la alteración de la calidad del suelo o del agua subterránea. Se han evaluado los posibles impactos en función a las características físicas –químicas del suelo (...) y de calidad de agua del subsuelo. En la etapa inicial los suelos presentaban salinidades por sobre los 50 dS/m, valor que en la actualidad está por debajo de los 8 dS/m.

Por lo tanto la filtración del agua con las sales disueltas no generaría ningún impacto ambiental significativo en el eventual caso que entre en contacto con el agua subterránea. El impacto del lavado de los suelos es la rehabilitación de ellos para el desarrollo de la forestación". (El subrayado es nuestro).

62. En ese contexto, se desprende que ANAMINA se comprometió a no generar ningún impacto significativo sobre las aguas subterráneas.

²⁹ Decreto Supremo N° 016-93-EM - Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica, publicada el 01 de mayo de 1993.-

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

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

63. Sobre el particular, conforme ya se ha señalado precedentemente, mediante el Informe de Ensayo N° 41164 elaborado por el laboratorio CORPLAB PERÚ referente a la muestra de agua subterránea, se verificó que los parámetros conductividad, plomo y mercurio total sobrepasaron los valores establecidos en la línea base de la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Antamina: Informe Complementario para el Puerto de embarque de Antamina, así como los valores límite de la Ley General de Aguas para los parámetros plomo y mercurio total.
64. Por lo tanto, las acciones adoptadas por ANTAMINA no resultaron suficientes para evitar la alteración de la calidad del agua subterránea.
65. Cabe precisar que, de acuerdo con el punto 5.3.3 referente al monitoreo de calidad de suelos y agua subterránea de la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Antamina: Informe Complementario para el Puerto de embarque de Antamina, la referida empresa tiene la obligación de monitorear las aguas subterráneas³⁰.
66. Sin embargo, se advierte que dicho programa de monitoreo no está funcionando adecuadamente ya que éste no advirtió el incremento de los parámetros conductividad eléctrica y metales como plomo y mercurio total en las aguas subterráneas. De ello se desprende que ANTAMINA no cuenta con sistemas de control efectivos dentro de su programa de monitoreo para evitar la alteración de la calidad del agua subterránea.

En base a las consideraciones expuestas, corresponde desestimar lo alegado por la apelante respecto de este extremo.

IV.7 Sobre la vulneración de los Principios Legalidad y Tipicidad por el carácter infralegal de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM

67. En cuanto a lo argumentado en los literales f) al h) del considerando 3 de la presente Resolución, cabe señalar que la legalidad de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM se estableció a través del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, en concordancia con lo dispuesto en la Tercera Disposición Final de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821³¹; norma con rango de ley que permite la remisión a disposiciones reglamentarias para el ejercicio de la potestad sancionadora en el sector minero.

³⁰ Al respecto, en el mencionado punto se señala que "CMA tiene un programa de monitoreo de la calidad del agua subterránea en el área del puerto y en el área de irrigación" (Foja 1891 de la Modificación del EIA del proyecto Antamina: Informe Complementario para el Puerto de embarque de Antamina).

³¹ Ley N° 26821- Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, publicada el 26 de junio de 1997.-
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

68. 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 Ambiente³².
69. 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 el Decreto Supremo N° 016-93-EM.
70. A su vez, con relación a la vigencia de la citada Resolución Ministerial, cabe 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, siendo que por medio de su artículo 4° se autorizó a este Organismo a sancionar las infracciones en materia ambiental empleando el marco normativo y escalas de sanciones que venía aplicando el regulador³³.
71. 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 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 de estas disposiciones que se encontraban vigentes a la fecha de la promulgación de esta Ley.
72. 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 indicadas Leyes N° 28964 y N° 29325; y, en ese sentido, deviene válidamente aplicable por el OEFA.
73. Sin perjuicio de lo expuesto, resulta oportuno precisar que si bien la apelante sustenta el argumento materia de análisis en el Principio de Legalidad contenido

³² Decreto Supremo N° 014-92-EM - Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, publicada el 04 de junio de 1992.-

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.

³³ 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, publicada el 21 de enero de 2010.-

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.

en el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444, dicho dispositivo normativo fue publicado recién con fecha 11 de abril de 2001, esto es, con posterioridad a la dación de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM³⁴.

74. Por otro lado, en relación a la supuesta derogación de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM por aplicación de la Ley N° 27444, se debe precisar que acorde con el análisis expuesto previamente, la citada resolución cumple con las exigencias derivadas del citado Principio de Tipicidad. Asimismo, la Escala de Multas y Penalidades no se opone de modo alguno a la Ley N° 27444, toda vez que la naturaleza de la primera es la de tipificar infracciones administrativas, mientras que la segunda tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación administrativa sirva de protección al interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.
75. Finalmente, en cuanto a lo alegado por la apelante respecto a que la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM es una norma sancionadora en blanco, cabe señalar 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 de exhaustividad suficiente en la descripción de la conducta prohibida, de modo tal que se identifiquen los elementos de la conducta sancionable.
76. En tal sentido, considerando que la recurrente cuestiona el aspecto descrito en el párrafo precedente, corresponde determinar si el numeral 3.1 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.
77. 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. 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 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 (...).

³⁴

Constitución Política del Perú, publicada el 30 de diciembre de 1993.-

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 -Código Civil, publicada el 25 de julio de 1984.-

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.

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

78. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado, a través de la sentencia recaída en el expediente N° 0010-2002-AI/TC, 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 experiencia³⁵. 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.
79. Ahora bien, en reiterados pronunciamientos este Tribunal Administrativo ha señalado que el artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, prevé la obligación de adoptar las medidas necesarias para impedir o evitar, entre otros, que los elementos y/o sustancias generados como consecuencia de la actividad minera causen o puedan causar efectos adversos al ambiente. De igual modo, el 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, establece la obligación del titular minero de poner en marcha y mantener la totalidad de los programas de previsión y control contenidos en sus instrumentos de gestión ambiental, llámese Estudio de Impacto Ambiental y/o Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, debidamente aprobados.
80. En consecuencia, en el presente caso no se trata de una ley sancionadora en blanco, toda vez que el incumplimiento de la obligación ambiental fiscalizable contenida en los artículos 5° y 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM constituye infracción sancionable conforme al tipo contenido en el citado numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM³⁶.
81. De acuerdo a lo expuesto, este Órgano Colegiado considera que la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, no contraviene el Principio de Tipicidad.

En base a las consideraciones antes expuestas, corresponde desestimar lo alegado por la apelante.

³⁵ La sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

³⁶ En este sentido, se aprecia que la conducta ilícita tipificada en el numeral 3.1 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.

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, modificada por Resolución N° 014-2012-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

SE RESUELVE:

Artículo primero.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación presentado por COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA S.A. contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007666 de fecha 07 de junio de 2010, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución, quedando agotada la vía administrativa.

Artículo segundo.- DISPONER que el monto de la multa impuesta, ascendente a diez (10) 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 banco el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

Artículo tercero.- NOTIFICAR la presente Resolución a COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA 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 MARTINEZ
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental



HÉCTOR ADRIÁN CHAVARRY ROJAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental