

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado

Informe sobre la Resolución N° 004-2014-OEFA/TFA-SEP1

Autor/a

Fiorella Alexandra Chinchay Habich

Código del/a alumno/a:

20050841

Asesor/a:

Gabriela Ramírez Parco

Lima, 2020

RESUMEN

En este informe se analiza la Resolución N° 004-2014-OEFA/TFA-SEP1, emitida por el Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. La justificación radica en los constantes cambios normativos administrativos, el alto nivel de especialidad y el enfoque interdisciplinario para su resolución. Se parte de la hipótesis que la Resolución no respeta principios y normas del ordenamiento administrativo, ambiental y minero, todo lo cual nos aleja de la verdad material -reconocida como un valor que orienta la actividad del proceso sancionador- y de los fines del derecho administrativo -entre ellos, conocer si en el caso particular existió o no daño ambiental y cómo debe diferenciarse el daño potencial y el daño efectivamente causado-. Para ello se analiza la legislación vigente al momento de la Resolución, así como doctrina autorizada nacional y comparada y jurisprudencia. En este trabajo se concluye que la Resolución no cumple con los plazos previstos por el ordenamiento para su emisión, transgrede el principio de tipicidad -tanto en el aspecto relacionado a las normas sustanciales como en lo relacionado a la norma tipificadora-. En consecuencia, la Resolución no es correcta, ya que no se analizaron aspectos relevantes que hubieran cambiado el sentido del pronunciamiento.



Índice analítico

Introducción	3
Justificación de la elección de la resolución	5
Hechos consignados en la resolución de análisis	6
Identificación de problemas	7
Análisis y posición documentada sobre cada uno de los problemas de la resolución	7
• Sobre el cumplimiento de plazos en el Procedimiento Administrativo Sancionador en materia ambiental.....	8
• Sobre si el hecho imputado por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental a la empresa Nyrstar Coricancha S.A. se subsume en la tipificación del numeral 3.2 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.....	12
¿Qué se entiende por el principio de tipicidad en el PAS?.....	12
¿Qué incumplimientos tiene tipificados la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM?	16
¿Cómo comprende la legislación el daño ambiental?.....	22
• ¿El pronunciamiento del Tribunal de Fiscalización Ambiental en relación al principio de verdad material es correcto?... ..	28
Conclusiones	31
Bibliografía	32

Introducción

La modernidad se caracteriza por una confianza total en el progreso. Ese progreso es también por supuesto, y destacadamente, el progreso tecnológico e industrial. Ese progreso se ha venido incentivando y protegiendo por el Derecho porque mejoraba la situación y condiciones de vida de las personas. El desarrollo técnico e industrial gozaba en el siglo XIX y la mayor parte del XX de un amplio consenso social hasta que se hizo visible su lado oscuro con la degradación y deterioro del entorno natural —del “medio ambiente”— como consecuencia de la industrialización y la intervención humana potenciada en su agresividad por los medios técnicos de que se dotaban. Se produce entonces una ruptura del consenso social sobre el progreso técnico y en esa ruptura tiene su origen y génesis el Derecho del Medio Ambiente¹.

El conflicto entre el crecimiento económico -asociado al progreso tecnológico e industrial- y la protección del medio ambiente no es un fenómeno que haya surgido de modo imprevisto durante la última década. Como indica Esteve Pardo en la cita precedente, de un tiempo a esta parte, el paradigma que indica que el progreso tecnológico e industrial sólo genera beneficios y, por ende, mejora la calidad de vida se ha visto seriamente cuestionado.

En esa línea, una serie de eventos del siglo pasado contribuyeron a generar una preocupación colectiva por aspectos ambientales, previamente ignorados. Desde las voces pioneras, como Rachel Carson con su libro *La Primavera Silenciosa* de 1962, hasta eventos ampliamente conocidos como el incendio del río Cuyahonda (1969), la fuga de productos químicos en Bhopal (1984), la explosión del reactor de Chernóbil (1986), el derrame de Exxon Valdez (1989), entre otros; fueron terreno fértil para la creación de toda una rama del derecho dedicada a regular y controlar los impactos negativos que se producen en el ambiente.

Nuestro país no está exento de estas tendencias, por lo que, actualmente cuenta con copiosa legislación en materia ambiental, que se caracteriza por tener altos niveles de especialidad, interdisciplinariedad y ser protagonista de constantes cambios, que dificultan su conocimiento y aplicación.

La Resolución N° 004-2014-OEFA/TFA-SEP1 emitida por el Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, **el OEFA**) -elegida como objeto de análisis- es un buen ejemplo de todas las características señaladas en el párrafo precedente. Como se indicará en el cuerpo del informe, pese a que han transcurrido pocos años desde que se efectuó la supervisión especial que dio origen al Procedimiento Administrativo Sancionador, se ha producido el cambio de muchas de las normas a la luz de las cuales se resolvió la controversia.

En esa línea, a lo largo del presente trabajo se analizará el pronunciamiento del OEFA, a fin de absolver la pregunta: ¿La Resolución N° 004-2014-OEFA/TFA-SEP1, emitida por el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA, puede ser considerada correcta acorde al marco legal aplicable?

En la primera sección se cotejará si el Procedimiento Administrativo Sancionador se tramitó acorde a los plazos establecidos en las normas vigentes entre el 2011 y 2014. En caso contrario, se explica brevemente con qué opciones contaban las partes durante este periodo de tiempo.

Posteriormente, se analizará si la imputación efectuada por el OEFA correspondía con la tipificación aplicable a las actividades mineras en el 2011, para lo cual convendrá definir los alcances de este principio aplicable al derecho administrativo sancionador.

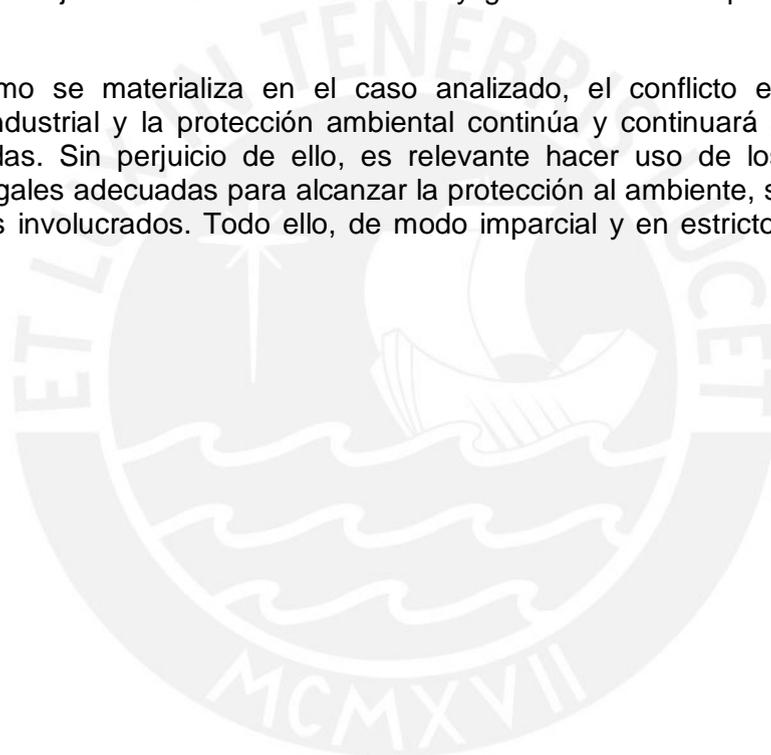
¹ ESTEVE PARDO, José. *Derecho del Medio Ambiente*. 3ed. Marcial Pons: Madrid. 2014. Página 13.

Ocupa un lugar especial en el análisis determinar si, en su intento de proteger el medio ambiente, la administración pública ha generado términos e interpretaciones forzadas, ocasionando la vulneración de los derechos y garantías que asisten a los administrados. Lejos de favorecer la protección del medio ambiente, este tipo de acciones pueden ser contraproducentes para la persecución de fines válidos para el ordenamiento jurídico. Esto, por ejemplo, habría ocurrido con el concepto de daño ambiental y una errónea atribución de significado al mismo, que transgrede la naturaleza del término y también otros principios del derecho aplicables al caso.

Finalmente, se examinará -de modo crítico- el rol del principio de verdad material en el caso que se desarrolla en la Resolución N° 004-2014-OEFA/TFA-SEP1.

Como conclusión del trabajo efectuado, se reafirma la importancia del Procedimiento Administrativo Sancionador en materia ambiental, como una herramienta válida para lograr la protección del medio ambiente. Sin perjuicio de ello, este objetivo válido no puede ser justificación para dejar de cautelar los derechos y garantías de los que deben gozar los administrados.

Finalmente, como se materializa en el caso analizado, el conflicto entre el progreso tecnológico e industrial y la protección ambiental continúa y continuará a lo largo de las siguientes décadas. Sin perjuicio de ello, es relevante hacer uso de los instrumentos y herramientas legales adecuadas para alcanzar la protección al ambiente, sin transgredir los derechos de los involucrados. Todo ello, de modo imparcial y en estricto apego al marco legal.



B. Justificación de la elección de la resolución

1. El pronunciamiento seleccionado para analizar es la Resolución N° 004-2014-OEFA/TFA-SEP1, emitida por el Tribunal de Fiscalización Ambiental (en adelante, **el TFA**) del OEFA, en el marco de un Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, **PAS**) seguido a la empresa Nyrstar Coricancha S.A. (en adelante, **Nyrstar**).
2. Al realizar la búsqueda de las resoluciones y sentencias puestas a disposición de los alumnos por la universidad, el primer criterio de selección fue la especialidad. Desde la facultad sentí inclinación por el derecho ambiental por lo siguiente:
 - (i) Tiene un carácter interdisciplinario, ya que deberá hacer referencia obligatoria a los saberes científicos (tales como la biología, geografía, química, medicina, etc.) para construir su regulación, así como para establecer su línea de evolución.
 - (ii) En nuestro país, se caracteriza por contar con diversas entidades que poseen competencias en materia ambiental. Por ello, su conocimiento, aplicación y diseño de políticas interinstitucionales implica un reto adicional.
 - (iii) Debido a su naturaleza, las acciones que se adopten tendrán efectos intergeneracionales, globales y asociados a las poblaciones más vulnerables.
 - (iii) Los graves problemas ambientales que aquejan a nuestro país y al mundo han alcanzado niveles críticos en los últimos años. Existe, entonces, la necesidad de brindar soluciones prontas, innovadoras y eficaces, sin perjuicio que estas medidas deben equilibrarse con el respeto y la protección de otros derechos y garantías.
3. Entre los documentos existentes, seleccioné la Resolución N° 004-2014-OEFA/TFA-SEP1, ya que, pese a su corta extensión, abarca varios aspectos interesantes en el derecho ambiental: constantes cambios normativos, alto nivel de especialidad e interdisciplinariedad.
 - a. Pese a que han transcurrido pocos años desde su emisión, muchas de las normas que la sustentaron han sido modificadas o derogadas.
 - b. Se trata de una rama del derecho que se aplica transversalmente a actividades tan diversas como la minería, la pesca, el aprovechamiento forestal, los impactos de ruido en la ciudad. En esa línea, debe adaptarse desarrollando legislación de cara a la actividad que regula y haciendo uso de lenguaje técnico.
 - c. Para brindar una solución acertada a los casos, los pronunciamientos deberán soportarse en tomas de muestras, informes técnicos, entre otros.
4. Adicionalmente, la resolución permite analizar uno de los temas más álgidos en materia ambiental: el daño. La interpretación que se le brinde a este concepto irradiará sus efectos hacia diversos ámbitos, abarcando desde la toma de decisiones hasta la imposición de sanciones por el incumplimiento de obligaciones ambientales.
5. A través del estudio de la resolución seleccionada, puede explorarse de modo crítico la actuación del OEFA en el marco de un PAS -además de la importancia intrínseca de este procedimiento (que afectará derechos de un administrado)-, no debemos olvidar que esta entidad ejerce rectoría en el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental - SINEFA. En tal sentido, la interpretación que efectúe de las normas influirá, a través de su función normativa, en la regulación ambiental de

nuestro país, pero también será tomada como referencia por otras entidades de fiscalización ambiental.

C. Hechos consignados en la resolución de análisis

6. Durante el último semestre del 2011, la empresa Nyrstar se encontraba efectuando el traslado de relaves de los Depósitos N° 1 y 2 hacia el Depósito de relaves Chinchán.
7. Atendiendo a ello, conforme se señala en la resolución materia de análisis, la Dirección de Supervisión del OEFA (en adelante, **la DS**) realizó una supervisión especial a la Unidad Económica Administrativa Coricancha (en adelante, **unidad Coricancha**) de titularidad de la empresa Nyrstar del 23 de septiembre al 1 de diciembre del 2011.
8. En mérito a ello, dicha dirección del OEFA emitió los siguientes documentos:
 - a. Informe de Supervisión N° 541-2012-OEFA/DS; e,
 - b. Informe Técnico Acusatorio N° 047-2013-OEFA-DS del 4 de abril del 2013.
9. En esa línea, la Subdirección de Instrucción e Investigación del OEFA emitió y notificó la Resolución Subdirectoral N° 263-2013-OEFA-DFSAI/SDI el 17 de abril del 2013, iniciando un procedimiento administrativo sancionador a Nyrstar por el siguiente hecho:

*“No evitar ni impedir la **disposición de relaves sobre el suelo**, ocasionando por el deterioro de la geomembrana que forma parte del sistema de revestimiento del Depósito de Relaves Chinchán, afectando la impermeabilidad de dicha infraestructura”².*
(Resaltado agregado)
10. En esta línea, en la citada resolución se añade que este hecho habría generado un “daño potencial” en el ambiente, siendo tipificado por la Subdirección en el numeral 3.2 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.
11. El 28 de febrero del 2014, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA (en adelante, **DFSAI**) emitió la Resolución Directoral N° 139-2014-OEFA/DFSAI imponiendo una sanción de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias a Nyrstar por el hecho imputado, al amparo de los siguientes argumentos³:
 - a. La disposición de relaves sobre el suelo puede producir consecuencias negativas sobre el ambiente, debido a que presentan elementos contaminantes.
 - b. Conforme a un muestreo de agua colectada en el Vaso del Depósito de Relaves Chinchán, existe un exceso de Arsénico respecto de lo establecido en los Límites Máximos Permisibles, aprobados mediante la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.
 - c. Nyrstar no adoptó las medidas necesarias para evitar la disposición de relaves sobre el suelo, ya que se afectó la impermeabilidad del sistema por la ruptura de la geomembrana de la instalación.
 - d. En consecuencia, se produjo un daño ambiental potencial, configurando la infracción 3.2 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.
12. Atendiendo a lo indicado, Nyrstar apeló la resolución, con los siguientes argumentos:

² Resolución N° 004-2014-OEFA/TFA-SEP1, fundamento 4.

³ Parafraseado de la Resolución N° 004-2014-OEFA/TFA-SEP1, fundamento 5.

- a. Para acreditar el daño ambiental o su potencialidad, se debe verificar que “estas sustancias hayan tenido contacto con el ambiente”.
 - b. El relave nunca estuvo en contacto con el suelo, ya que, mediante la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del Depósito de Relaves Chinchán y del Sistema de Transporte de Compañía Minera San Juan S.A. (en adelante, **el EIA**) se implementó un sistema de impermeabilización doble: (i) una capa de geosintético GCL; y, (ii) una capa de geomembrana de polietileno de baja densidad.
 - c. La colocación y compactación de relaves dañaron la capa de geomembrana de baja densidad. Sin embargo, durante su inmediata reparación, la capa de geosintético GCL actuó como impermeabilizante.
 - d. Las muestras tomadas en el Vaso del Depósito de Relaves Chinchán no pueden ser comparadas con los LMP, ya que no son efluentes.
13. Finalmente, el 9 de septiembre de 2014, la Primera Sala Especializada Permanente competente en las materias de Minería y Energía del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA emitió la Resolución N° 004-2014-OEFA/TFA-SEP1, revocando el pronunciamiento de DFSAI. Además, ordenó el archivo del procedimiento administrativo sancionador.

D. Identificación de los principales problemas jurídicos

14. Se advierte que el principal problema jurídico a resolver es: ¿La Resolución 004-2014-OEFA/TFA-SEP1, emitida por el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA puede ser considerada correcta acorde al marco legal aplicable?
15. Para absolver dicho problema, será necesario responder diversas preguntas:
- A. ¿Los pronunciamientos emitidos por el OEFA a lo largo del PAS, se ajustaron a los plazos establecidos por el marco legal vigente?
 - a. ¿Qué plazos resultaban aplicables a los pronunciamientos?
 - B. ¿El hecho imputado por el OEFA a Nyrstar se subsume en la tipificación del numeral 3.2 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, que exige la existencia de daño ambiental?
 - a. ¿Qué se entiende por el principio de tipicidad en el PAS?
 - b. ¿Qué incumplimientos tiene tipificados la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM?
 - c. ¿Cómo comprende la legislación el daño ambiental?
 - d. ¿Existe diferencia entre el daño ambiental y el daño ambiental potencial en nuestra legislación?
 - C. En relación al pronunciamiento del TFA, ¿Cómo debió acreditarse el daño potencial sin transgredir el principio de verdad material?
 - a. ¿Qué es el principio de verdad material?
 - b. ¿Cómo se debe acreditar el daño potencial en el caso en análisis?
- D. Análisis y posición documentada sobre cada uno de los problemas de la resolución, citando las fuentes en las que se sustenta su posición, e incluyendo su opinión fundamentada sobre la forma en que fue resuelto el caso sobre el que versa la resolución.**
16. La resolución emitida por el TFA contiene diversos aspectos a analizar, sobretudo en lo referido al respeto de los principios y garantías que amparan a los administrados. En la presente sección del informe, se realiza un análisis pormenorizado de los

mismos, ofreciendo alternativas de solución que se consideran apropiadas para resolver el caso en concreto.

17. Un paso obligatorio para el inicio de este trabajo es identificar el periodo temporal en el cual se produjeron los hechos. Si bien la resolución fue emitida por el TFA del OEFA el 9 de septiembre del 2014, la supervisión especial que dio origen al PAS inició el 23 septiembre del 2011.
18. Pese a que han transcurrido tan sólo 9 años desde la supervisión especial, se han producido copiosos cambios normativos relacionados al tema que nos ocupa. En tal sentido, con el fin enriquecer la investigación, se precisará brevemente cómo se abordan los temas principales en la regulación vigente.

1. Sobre el cumplimiento de plazos en el PAS ambiental

19. El primero de los problemas detectados en la resolución es la completa ausencia de análisis en torno al incumplimiento de los plazos legales que se produjo en la tramitación del PAS.
20. En el periodo en análisis, OEFA se organizaba internamente acorde a lo dispuesto en el Reglamento de Organización y Funciones, aprobado por medio del Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM. En ese contexto, los órganos de línea que intervinieron en diversos estadíos del caso fueron los siguientes⁴:

- **Dirección de Supervisión - DS:** Cumplía con la función de supervisión, elaborando el Informe de Supervisión y el Informe Técnico Acusatorio. Asimismo, de acuerdo al marco legal vigente, desempeñaba el rol de “autoridad acusadora”⁵.

⁴ Ello, de conformidad con los siguientes artículos:

Artículo 38.- Funciones de la Dirección de Supervisión

La Dirección de Supervisión tiene las siguientes funciones:

- a) Realizar las acciones de supervisión directa para asegurar el cumplimiento de las normas, obligaciones e incentivos establecidos en la legislación ambiental vigente a cargo de los administrados.
(...)
- i) Emitir el informe sustentado sobre la comisión de faltas o ilícitos administrativos sancionables de los casos que son puestos a su conocimiento y que ameriten la aplicación de una sanción.
- m) Efectuar verificaciones de campo cuando el caso lo amerite.
(...)

Artículo 40.- Funciones de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos

La Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos tiene las siguientes funciones:

- (...)
- n) Imponer las sanciones administrativas y/o medidas correctivas que correspondan, en el marco de los procedimientos sancionadores que se inicien en esta dirección; por tanto, se constituye en la primera instancia administrativa.
- o) Determinar el órgano instructor al interior de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, diferenciando en su estructura la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción y/o medida correctiva.
- p) Realizar la instrucción fiscalización de las actividades bajo su competencia, a fin 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.

Tribunal de Fiscalización Ambiental:

Artículo 19.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

- a) Resolver en segunda y última instancia administrativa, los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.
(...)

⁵ Reglamento de Supervisión Directa del OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA/CD.-

Artículo 5.- De las definiciones

Para efectos del presente Reglamento, resulta pertinente establecer las siguientes definiciones:
(...)

- **Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos - DFSAI:**
Cumplía un doble rol:

- (i) Autoridad instructora, función ejercida por el órgano instructor interno que emitía la resolución de inicio del PAS; y,
- (ii) Autoridad decisora, elaborando la resolución administrativa de primera instancia.

- **Tribunal de Fiscalización Ambiental:** Órgano resolutorio, encargado de emitir pronunciamiento como última instancia en fuero administrativo, en el caso de los recursos de apelación.

21. Cabe indicar que, en el 2017, se aprobó un nuevo Reglamento de Organización y Funciones que modificó parcialmente la estructura del OEFA. En relación a la resolución del caso el análisis, los órganos de línea que hubieran ejercido funciones son los siguientes⁶:

- **Dirección de Supervisión Ambiental en Energía y Minas** (en adelante, **DSEM**): encargada de emitir el informe de supervisión.
- **Dirección de Fiscalización y Aplicación de Incentivos** (en adelante, **DAI**): cumpliendo el rol de instrucción (a través de una subdirección) y emitiendo el pronunciamiento de primera instancia.

e) **Autoridad de Supervisión Directa:** Es el órgano titular de la función de supervisión directa dentro del OEFA, a cargo de la gestión de las acciones de supervisión directa de las actividades bajo competencia del OEFA. Asimismo, en su calidad de Autoridad Acusadora, es el órgano que elabora y presenta el Informe Técnico Acusatorio ante la Autoridad Instructora.

⁶ Ello, de conformidad con los siguientes artículos del Decreto Supremo N° 013-2017-MINAM:

Artículo 54.- Funciones de la Dirección de Supervisión Ambiental en Energía y Minas

La Dirección de Supervisión Ambiental en Energía y Minas tiene las siguientes funciones:

- a) Dirigir las acciones de supervisión del cumplimiento de las obligaciones ambientales contenidas en la normativa ambiental, en los instrumentos de gestión ambiental, en las medidas administrativas emitidas por los órganos competentes del OEFA y en otras fuentes de obligaciones ambientales en el sector Energía y Minas.
- b) Revisar y aprobar los Informes de Supervisión en el ámbito de su competencia.

Artículo 60.- Funciones de la Dirección de Fiscalización y Aplicación de Incentivos

La Dirección de Fiscalización y Aplicación de Incentivos tiene las siguientes funciones:

- a) Conocer y resolver en primera instancia los procedimientos administrativos sancionadores por incumplimiento a la normativa ambiental, a los instrumentos de gestión ambiental, a las medidas administrativas propuestas por los órganos competentes del OEFA y a otras fuentes de obligaciones ambientales
 - b) Imponer sanciones y emitir medidas correctivas, cuando corresponda.
- (...)

Artículo 62.- Funciones de la Subdirección de Fiscalización en Energía y Minas

La Subdirección de Fiscalización en Energía y Minas tiene las siguientes funciones:

- a) Instruir y tramitar los procedimientos administrativos sancionadores por incumplimiento a la normativa ambiental, a los instrumentos de gestión ambiental, a las medidas administrativas propuestas por los órganos competentes del OEFA, y a otras fuentes de obligaciones ambientales de las actividades de energía y minería.
- b) Emitir las resoluciones de inicio de los procedimientos administrativos sancionadores, imputar cargos e impulsar su tramitación, cuando corresponda.
- c) Proponer sanciones y medidas correctivas en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores tramitados en el ámbito de su competencia.
- f) Elaborar el informe final de instrucción sobre las infracciones investigadas, adjuntando el proyecto de resolución final que determine la existencia o no de la responsabilidad administrativa.

Artículo 20.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

El Tribunal de Fiscalización Ambiental tiene las siguientes funciones:

- a) Conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación interpuestos contra los actos administrativos impugnables emitidos por los órganos de línea del OEFA.
- (...)

- **Tribunal de Fiscalización Ambiental:** encargado de resolver en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación interpuestos contra los actos administrativos impugnables emitidos por los órganos de línea del OEFA
22. Teniendo claras las funciones y roles dentro del OEFA, corresponde analizar las normas referidas al procedimiento. Durante el período de tramitación del PAS, el OEFA -en ejercicio de su función normativa recogida en el Artículo 11° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, **Ley del SINEFA**)- aprobó diversos reglamentos que regulan los procedimientos de supervisión y potestad sancionadora a su cargo:
- **Reglamento de Supervisión Directa del OEFA**, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA/CD, vigente desde el 28 de febrero del 2013.
 - **Reglamentos de PAS:** Entre los años 2011 y 2014, estuvieron vigentes dos reglamentos de PAS, aunque sólo el último se aplicó en el caso en análisis, conforme se procede a explicar:
 - Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2011-OEFA/CD, vigente desde el 14 de mayo del 2011⁷.
 - **Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA**, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, vigente desde el 13 de diciembre del 2012 (en adelante, **Reglamento del PAS**).
23. En cuanto a los plazos, el numeral 11.2 del artículo 11° del Reglamento del PAS contemplaba que la DFSAI contaba con un periodo máximo de ciento ochenta (180) días hábiles para culminar el procedimiento. Es decir, el conteo iniciaba con la notificación de la resolución de imputación de cargos y, culminaba con el pronunciamiento de primera instancia⁸.
24. Sin embargo, como se observa en el siguiente cuadro, dicho plazo fue superado:

Cuadro N° 1
Conteo de plazos

Inicio de PAS	Fin de primera instancia
Resolución Subdirectoral N° 263-2013-OEFA/DFSAI-SDI	Resolución Directoral N° 139-2014-OEFA/DFSAI
Emitida y notificada: 17 de abril de 2013 ⁹	Emitida: 28 de febrero de 2014

⁷ El reglamento regula la actividad del OEFA desde iniciado el PAS por parte de la autoridad instructora. Atendiendo a que el PAS de Nyrstar no inició hasta abril del 2013, este dispositivo no resultó aplicable al caso concreto.

⁸ **Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD.-**
Artículo 11.- Inicio y plazo del procedimiento administrativo sancionador
11.1 *El procedimiento administrativo sancionador se inicia con la notificación de la resolución de imputación de cargos al administrado investigado.*
11.2 *El procedimiento administrativo sancionador deberá desarrollarse en un plazo máximo de ciento ochenta (180) días hábiles.*

⁹ La información respecto de la notificación fue provista por personal de OEFA vía telefónica, el 5 de octubre del presente año.

Fuente: Elaboración propia

25. El Reglamento del PAS no establecía con claridad las consecuencias de la superación del plazo dispuesto por parte del OEFA. Tal vez por ello, este aspecto no es mencionado en el análisis de la resolución emitida por el TFA, ni es incluido como argumento de Nyrstar en el recurso interpuesto (conforme se desprende de la resolución analizada).
26. Ahora bien, actualmente, debido a la modificación efectuada a la Ley N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, **LPAG**) a través del Decreto Legislativo N° 1272, este sería un supuesto de caducidad del PAS¹⁰.
27. Asimismo, conforme al derecho que asiste a todo administrado, es posible la interposición de recursos contra las resoluciones de sanción, en el plazo de quince (15) días hábiles desde su notificación¹¹. Es importante indicar que, una vez elevado el expediente, el TFA contaba con noventa (90) días hábiles para resolver el recurso¹²: confirmando, revocando o declarando la nulidad (total o parcial) de la resolución apelada¹³.
28. En esta línea, el expediente fue elevado al TFA por medio del Memorándum N° 727-2014-OEFA/DFSAI del 22 de abril del 2014 y se emitió la resolución el 9 de septiembre del mismo año. Es decir, luego de un periodo de noventa y seis (96) días hábiles. Nuevamente, se excedió el plazo establecido por el marco legal para un procedimiento sujeto a silencio administrativo negativo.

¹⁰ **Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.-**

Artículo 259.- Caducidad administrativa del procedimiento sancionador

1. *El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. La caducidad administrativa no aplica al procedimiento recursivo. Cuando conforme a ley las entidades cuenten con un plazo mayor para resolver la caducidad operará al vencimiento de este.*
 2. *Transcurrido el plazo máximo para resolver, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado administrativamente el procedimiento y se procederá a su archivo.*
 3. *La caducidad administrativa es declarada de oficio por el órgano competente. El administrado se encuentra facultado para solicitar la caducidad administrativa del procedimiento en caso el órgano competente no la haya declarado de oficio.*
- (...)

¹¹ **Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD.-**

Artículo 24.- Impugnación de actos administrativos

(...)

- 24.3 *El administrado sancionado podrá presentar recurso de apelación contra la imposición de sanción o el dictado de medida correctiva.*
- 24.4 *Los recursos administrativos deberán presentarse en el plazo de quince (15) días hábiles contado desde la notificación del acto que se impugna.*
- 24.5 *Concedido el recurso, sólo tiene efecto suspensivo la impugnación de la sanción impuesta.*

¹² **Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD.-**

Artículo 27.- Plazo para resolver el recurso de apelación

El Tribunal de Fiscalización Ambiental contará con un plazo máximo de noventa (90) días hábiles para resolver el recurso de apelación, contado desde la recepción de los actuados correspondientes.

¹³ **Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD.-**

Artículo 31.- Resolución del Tribunal de Fiscalización Ambiental

El Tribunal de Fiscalización Ambiental podrá confirmar, revocar o declarar la nulidad, parcial o total, de la resolución apelada.

29. En mi opinión, es un error que el TFA no desarrolle o aborde este aspecto reafirmando su competencia ante la ausencia de acción de parte del administrado. Ello, conforme a lo que se encontraba previsto en el numeral 188.4 del artículo 188° de la LPAG:

“(…) aun cuando opere el silencio administrativo negativo, la administración mantiene la obligación de resolver, bajo responsabilidad, hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos administrativos respectivos”¹⁴

(Resaltado agregado)

2. Sobre si el hecho imputado por el OEFA a Nyrstar se subsume en la tipificación del numeral 3.2 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM

30. Un aspecto básico para iniciar con el análisis de este problema es recordar que el hecho imputado a Nyrstar por la DFSAI del OEFA fue el siguiente:

“No evitar ni impedir la disposición de relaves sobre el suelo, ocasionado por el deterioro de la geomembrana que forma parte del sistema de revestimiento del Depósito de Relaves Chinchán, afectando la impermeabilidad de dicha infraestructura”.

31. Asimismo, la DFSAI indicó que esto habría generado un daño potencial en el ambiente, por lo que subsume la conducta en el numeral 3.2 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.

32. En la presente sección del informe se demostrará que la DFSAI vulneró el principio de tipicidad, ya que el numeral 3.2 -en el cual supuestamente se subsume el hecho ejecutado por Nyrstar- describe una conducta que tiene como elemento central y condición obligatoria “haber generado daño ambiental”. Sin embargo, en el caso en análisis, el OEFA atribuye a Nyrstar la generación de un “daño potencial”, que conforme a como se expondrá, no es otra cosa que un riesgo.

33. Este aspecto no fue analizado por el TFA, que revocó la sanción, amparado en la vulneración al principio de verdad material. Es decir, la administración ni siquiera pudo probar la existencia del mencionado riesgo.

¿Qué se entiende por el principio de tipicidad en el PAS?

34. El principio de tipicidad se encuentra reconocido en el numeral 2.24.d del artículo 24° de la Constitución que indica, “*nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley*”.

35. Este artículo recoge el principio de legalidad. Pero, ¿cuál es su relación con el principio de tipicidad? De acuerdo al Tribunal Constitucional, para la concreción del principio de legalidad en materia sancionadora, es necesaria la concurrencia de tres condiciones¹⁵:

- Exista una ley (*lex scripta*);
- La ley sea anterior a la comisión del hecho (*lex praevia*); y,

¹⁴ Cabe indicar que, pese a que este artículo ha sido modificado en la LPAG, mantiene los aspectos sustanciales analizados en el presente caso.

¹⁵ Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00197-2010-PA/TC. Javier Pedro Flores Arocutipá. Fundamento 2.

- La ley regule de modo específico el supuesto de hecho (*lex certa*).

36. Asimismo, el Tribunal Constitucional señala que, de dicho principio se desprenden dos garantías sumamente relevantes¹⁶:

Cuadro N° 2
Tipo de garantías comprendidas en el principio de legalidad

Garantía material	Garantía formal
<ul style="list-style-type: none"> • Aplicable al derecho administrativo sancionador y al derecho penal. • Favorece el respeto del principio de la seguridad jurídica. • Indica que es necesario la predeterminación de las conductas infractora y las sanciones correspondientes, a través de la <i>lex praevia</i> y <i>lex certa</i>. <p>Particularmente, es de interés recalcar la aplicación de la <i>lex certa</i>, que exige que el administrado esté en posición de conocer con suficiente grado de certeza todos los aspectos de la potencial sanción.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley o norma con rango de ley</i>

Fuente: Elaboración propia

37. Los párrafos precedentes podrían dar origen a una confusión terminológica, ya que parecería que desde la norma suprema sólo se protege el principio de legalidad. Sin embargo, en el contexto mencionado, el Tribunal Constitucional precisó que del principio de legalidad se desprende el subprincipio de tipicidad o taxatividad, enfocado en que las sanciones administrativas o penales “estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo, bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal”¹⁷.

38. Al respecto, Verónica Rojas explica la relación entre ambos principios con el siguiente cuadro¹⁸:

Cuadro N° 3
Relación de principios de legalidad y tipicidad

Principio de reserva de ley (principio de legalidad). Asociado a la garantía formal	<i>Lex scripta, Lex Praevia</i>
Principio de tipicidad	<i>Lex certa</i>

¹⁶ Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00197-2010-PA/TC. Javier Pedro Flores Arocutipa. Fundamento 4.

¹⁷ Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00197-2010-PA/TC. Javier Pedro Flores Arocutipa. Fundamento 6:
“Por consiguiente, y conforme a lo expuesto en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2192-2004-AA/TC, el subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo, bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal”.

¹⁸ ROJAS MONTES, Verónica. El principio de tipicidad y el principio de culpabilidad, ¿qué son y cómo aplicarlos? Portal virtual de Ius 360. En: <https://ius360.com/columnas/el-principio-de-tipicidad-y-el-principio-de-culpabilidad-que-son-y-como-aplicarlos-veronica-rojas/> Visitado el 16 de octubre de 2020.

Fuente: Extraído de ROJAS MONTES, Verónica. El principio de tipicidad y el principio de culpabilidad, ¿qué son y cómo aplicarlos?

39. Es decir, el principio de tipicidad se encuentra protegido a nivel constitucional como parte del principio de legalidad. Aunque usualmente se le relaciona sólo con el derecho penal, este resulta plenamente aplicable al derecho administrativo sancionador.
40. Sobre el particular, es una idea extendida en la doctrina¹⁹, que tanto el derecho administrativo como el derecho penal emanan del mismo poder del Estado, denominado *ius puniendi*. Es por ello que ambas áreas del derecho comparten diversos principios, aunque adaptados a la especial naturaleza de sus procedimientos y procesos, respectivamente.
41. Ahora bien, cuando se emitió la resolución materia de análisis, el principio de tipicidad se encontraba recogido en el artículo 230°.4 de la LPAG²⁰, acorde al siguiente detalle:

4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

42. Como resalta a la vista, la definición efectuada por la LPAG abarca elementos de lo que el Tribunal Constitucional ha definido como principio de legalidad (*lex scripta y lex praevia*) y también el principio de tipicidad (*lex certa*). Este aparente problema terminológico puede ser explicado por lo expuesto por Jorge Danós:

En el Capítulo dedicado al régimen administrativo sancionador se consagraron las reglas a las que debe sujetarse la potestad sancionadora administrativa en los dos niveles en que se manifiesta: (i) en el plano regulatorio, mediante el cual se tipifican las infracciones y sanciones, la LPAG establece principios y otras reglas que operan como parámetros para dicha función y (ii) en el plano aplicativo, mediante el cual se determina en los casos concretos la comisión de una infracción y la aplicación de las correspondientes sanciones a través del procedimiento administrativo sancionador, la LPAG también establece las reglas esenciales de procedimiento y los principios a los que debe sujetarse la administración pública para el ejercicio de dicha competencia²¹.

43. Esto nos permite llegar a varias conclusiones importantes:

- La aparente contradicción terminológica entre la definición efectuada por el Tribunal Constitucional y lo dispuesto por la LPAG, no debe resultar problemática, ya que los principios que rigen el PAS siempre deben interpretarse de modo

¹⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano. Lecciones de Derecho Administrativo. Valencia: Tirant lo Blanch. 2020. Décima edición. 1520 páginas. Página 983 y ss.

²⁰ Cabe indicar que, este artículo fue modificado mediante el Decreto Legislativo N° 1272 del 2016. En esa ocasión, se añadieron los siguientes párrafos, que de acuerdo a la definición brindada se encuentran más relacionados al principio de legalidad e, incluso, en principio *non bis in idem*:
"A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras."

²¹ Danós Ordoñez, Jorge. Evolución del Régimen Administrativo en el Perú. Páginas 493-513. En: La proyección del Derecho Administrativo peruano: estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP. coord. por Diego Zegarra Valdivia. Página 493.

sistemático. Estos principios enmarcarán el PAS, complementándose unos a otros a modo de red de protección frente a una posible arbitrariedad del Estado. Esto ocurre, por ejemplo, con los principios de legalidad y tipicidad, intrínsecamente ligados.

- Los principios pretenden garantizar que el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado estará limitada tanto en el plano regulatorio, como en su aplicación a los casos específicos que se resuelvan en el fuero administrativo.

Esta afirmación es especialmente relevante en el principio de tipicidad, en el cual podemos notar ambos elementos. Desde el plano regulatorio, le indica a la autoridad administrativa que no puede añadir nuevas conductas sancionables vía reglamento, salvo exista una excepción legal (colaboración reglamentaria).

Por su parte, desde el punto de vista de aplicación al caso concreto, el principio deberá entenderse como la necesidad de contar con una *lex certa*, que desarrolle de modo adecuado y preciso la conducta sancionable y sus consecuencias, sin admitir interpretaciones extensivas o analógicas, ya que conllevará a la limitación de derechos del administrado.

44. Si bien la tipificación de infracciones de obligaciones ambientales en materia minera vigente en el 2011 era cuestionable, no corresponde analizarla en el presente informe. Ello, debido a que el TFA no se encontraba en posición de inaplicar dicha norma en el caso concreto. De haberlo considerado pertinente, cualquier ciudadano pudo recurrir a un proceso constitucional para cuestionar su legalidad.
45. Por el contrario, una materia de obligatorio análisis en un PAS es determinar si la conducta que se atribuye al administrado se puede subsumir en la tipificación. Es decir, la aplicación del principio de tipicidad desde la perspectiva de *lex certa*. En este extremo, Ricardo Rivero señala que:

Característico del principio de tipicidad, aunque no del todo explicado en el precepto, es un mandato de descripción precisa de los hechos y las conductas, con proscripción del recurso a fórmulas vagas, generales, difusas o indeterminadas. Si los particulares no supieran a ciencia cierta por qué les puede sancionar la Administración, nadie actuaría de forma libre en un Estado de Derecho²².
(Resaltado agregado)

46. A esta definición, podemos añadir lo precisado por Luciano Parejo: *“la tipicidad concreta tal prescripción en el requerimiento de definición, suficiente para su identificación, del ilícito y de su consecuencia sancionadora²³”* (Resaltado agregado).
47. Es decir, el principio de tipicidad aplicado al caso concreto, abarcaría la verificación que tanto el supuesto de hecho, como la consecuencia jurídica se encuentren adecuada y correctamente delimitadas. Esta interpretación del principio de tipicidad brinda seguridad jurídica a los ciudadanos y favorece el cumplimiento de las conductas prohibidas o permitidas, ya que existe claridad en torno a estas y sus consecuencias.

²² RIVERO ORTEGA, Ricardo. Derecho Administrativo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. Página 211.

²³ PAREJO ALFONSO, Luciano. Lecciones de Derecho Administrativo. Valencia: Tirant lo Blanch. 2020. Décima edición. 1520 páginas. Página 991

48. Sólo resta añadir que, el principio de tipicidad resultaba plenamente aplicable al PAS del caso *in examine*. Más aún, es propicio acotar que el Reglamento del PAS declaraba que hacía suyos y reconocía los principios del PAS recogidos en la LPAG.
49. Finalmente, el artículo 3° del Reglamento del PAS del OEFA indicaba que, **en caso se tenga dudas sobre la existencia de infracción administrativa, se optará por declarar la inexistencia de infracción administrativa**²⁴.
50. Esta disposición impactará ciertamente en aquellos casos en los cuales la administración no pueda acreditar fehacientemente la comisión de la infracción. Sin embargo, tal como se encuentra recogida, también se aplicará en aquellos casos en los cuales la redacción o, incluso, posterior interpretación del tipo infractor o la sanción generen dudas en relación a la responsabilidad del administrado.

¿Qué incumplimientos tiene tipificados la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM?

51. Como parte del marco legal general en materia ambiental, nuestro país cuenta con la Ley N° 26821 - Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, la Ley N° 28245 - Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, la Ley N° 27446 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, la Ley del SINEFA, entre otras.
52. En adición a lo anterior, durante la tramitación del PAS, el sector minero contaba con las siguientes normas pertinentes al análisis del caso:
- Decreto Legislativo N° 109 - Ley General de Minería, con Texto Único Ordenado aprobado mediante el Decreto Supremo N° 014-92-EM, vigente desde el 3 de junio de 1992 (en adelante, **TUO de la Ley General de Minería**).
 - Reglamento del Título Décimo Quinto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, sobre el medio ambiente, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 016-93-EM²⁵ (en adelante, **antiguo Reglamento de Protección Ambiental**).
 - Tipificación de Infracciones, aprobada por la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM (en adelante, **las antiguas tipificaciones de minería**).
53. Ahora bien, cuando el OEFA califica y valora la conducta infractora, se remite al marco legal dividiéndolo en: (i) la norma sustantiva y, (ii) la norma tipificadora. En el caso en análisis, se consignó lo siguiente:

Cuadro N° 4
Normas relacionadas a la imputación del OEFA

Norma sustancial	Artículo 5° del antiguo Reglamento de Protección Ambiental
Norma tipificadora	Numeral 3.2 de las antiguas tipificaciones de minería

Fuente: Elaboración propia

²⁴ Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD.-
Artículo 3.- De los principios
(...)

3.2 Cuando la Autoridad Decisora tenga dudas sobre la existencia de infracción administrativa, decidirá por declarar la inexistencia de infracción administrativa en el caso concreto.

²⁵ Derogado por el Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM.

54. En tal sentido, en la presente sección del informe se procede analizar ambas normas, a fin de determinar si el hecho imputado se subsume en las disposiciones citadas, respetando el principio de tipicidad.

- **Norma sustancial**

55. El artículo 5° del antiguo Reglamento de Protección Ambiental se encontraba referido a obligaciones de los titulares de la actividad minera, en los siguientes términos:

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.

(Resaltado agregado)

56. La disposición contaba con dos secciones. El primer enunciado pre establecía que el titular minero -como Nyrstar- era responsable de todo vertimiento, emisión y disposición de residuos que se produjeran en mérito a su actividad. Esta visión era compatible con los principios de internalización de costos y responsabilidad ambiental recogidos en la Ley General del Ambiente²⁶.

57. El primero de ellos atribuye a la persona el deber de conservar el ambiente a través de dos mecanismos: a) si se trata de un riesgo al ambiente, deberá asumir las acciones de prevención y vigilancia correspondientes; en tanto que, b) si se trata de un daño ambiental, se deben asumir los costos de restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación. La construcción del principio es absolutamente válida, ya que permitirá al Estado aplicar una serie de instrumentos legales que compatibilizan la actividad económica con la conservación del ambiente de modo global.

58. Por otro lado, el principio de responsabilidad ambiental actúa *a posteriori* de haberse concretado el daño ambiental (que puede entenderse -acorde al contexto- como la degradación del ambiente y de sus componentes), considerando entre sus mecanismos la restauración, rehabilitación, reparación o, en su defecto, la compensación del perjuicio causado.

59. En consecuencia, esta sección del artículo dirigido a todo titular minero, adopta una visión global de la actividad, indicándole a las empresas que deben tomar acciones preventivas o, en su defecto, reparatorias.

60. La segunda sección del artículo 5°, soportado en la primera premisa, establecía la obligación en el administrado de impedir que se produzcan “efectos adversos en el

²⁶ Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente.-

Artículo VIII.- Del principio de internalización de costos

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente.

El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos.

Artículo IX.- Del principio de responsabilidad ambiental

El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar.

ambiente”, generando la superación de niveles máximos permisibles. ¿Cuáles son los medios por los cuales podría generarse este efecto adverso?

61. El contacto de algún componente ambiental con elementos o sustancias que, por (i) su concentración, y/o (ii) permanencia puedan afectar el ambiente.
62. En este extremo, considero pertinente acotar tres puntos en relación a la redacción de esta disposición. En primer término, el artículo 5° hace referencia a la posibilidad de generar efectos adversos sobre el ambiente. Es decir, los titulares de actividades mineras tendrían la obligación de impedir o evitar el riesgo y el daño ambiental (efecto adverso). Lo cual resulta lógico, por tratarse de una norma general.
63. Adicionalmente, esta interpretación se encuentra respaldada por el artículo 74° de la Ley General del Ambiente que, en su última sección, indica “(...) *esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión*”. Es decir, es claro que se exige al administrado evitar el riesgo y el daño al ambiente.
64. Por otro lado, el colofón del artículo contiene el enunciado “sobrepasen los niveles máximos permisibles establecidos”. Sin embargo, de la redacción de la norma no es posible concluir claramente si esta superación se debería presentar en: (i) la sustancia en contacto con el componente ambiental (riesgo introducido); (ii) el medio ambiente, a través de alguno de sus componentes, o; (iii) ambos aspectos.
65. Finalmente, la disposición es bastante general, ya que no establece el tipo de medidas que deberá adoptar el administrado. Esta libertad de medios es adecuada para una disposición general, que debería ser acotada por los instrumentos de gestión ambiental de cada unidad.
66. En este contexto, el OEFA le atribuye a Nyrstar *no evitar ni impedir la disposición de relaves sobre el suelo, ocasionado por el deterioro de la geomembrana que forma parte del sistema de revestimiento del Depósito de Relaves Chinchán, afectando la impermeabilidad de dicha infraestructura*.
67. Aunque la imputación de cargos no se examina de modo pormenorizado en la resolución del TFA, capta la atención que no se mencione qué medidas debería haber adoptado el administrado para impedir el supuesto contacto de la sustancia contaminante (relave) con el ambiente (suelo). Si bien se indica que el EIA exige la instalación de dos capas de impermeabilización (cuya existencia se infiere de los hechos), no se explica qué medidas debe adoptar ante una ruptura, producto de actividades también contempladas en la actividad.
68. En consecuencia, algunas preguntas que considero que debieron absolverse son:
 - a. ¿Qué medidas debían adoptarse ante esta eventualidad (ruptura de membrana)?
 - b. ¿Qué plazo era razonable para adoptar la medida? Es decir, ¿cuánto tiempo tenía Nyrstar para reparar la perforación de una de las membranas?
 - c. ¿Podía continuar sus actividades en tanto no efectúe la reparación?
69. Para ello, era obligatorio para la Sala remitirse a lo dispuesto por el EIA. En caso contrario, no es posible que la administración afirme que no se adoptaron las medidas para evitar el efecto adverso al ambiente, cuando ni siquiera se han establecido cuáles eran las medidas obligatorias.
70. Como se desprende de esta argumentación, la imputación resulta -a mi entender- poco clara en relación al incumplimiento de la norma sustancial. En consecuencia, ya

en este extremo -debido a la falta de desarrollo- la tipicidad de la conducta resultaría, cuando menos, cuestionable.

71. Más aún, como se analizará en la sección relativa a la verdad material, la autoridad deberá demostrar como parte de hecho imputado²⁷ que los relaves estuvieron en contacto con el componente ambiental presuntamente afectado. En caso que este aspecto esencial del tipo no pudiera demostrarse, no podrá imponerse una sanción al administrado.

- **Norma tipificadora**

72. El artículo 3° de las antiguas tipificaciones de minería comprendía las consecuencias jurídicas atribuidas a las conductas consideradas como infractoras en materia ambiental. Asimismo, en el caso en análisis, corresponderá la revisión de los numerales 3.1 y 3.2, que se resumen en el siguiente cuadro²⁸:

Cuadro N° 5
Resumen de tipificaciones relacionadas con el caso en análisis

Numeral	Tipo de infracción	Monto por infracción (pequeña minería y minería artesanal)	Monto por infracción (mediana y gran minería)
3.1 (Sección 1)	Infracción de “obligaciones ambientales” que se desprenden de normas aplicables al sector minero o instrumentos de gestión ambiental	2 UIT	10 UIT
3.1	Incumplimiento de recomendaciones formuladas en el proceso de supervisión o fiscalización	0.5 UIT	2 UIT
3.2 (Sección 1)	Si la infracción del numeral 3.1 es causa de un “daño al ambiente”	10 UIT	50 UIT (*) <i>independientemente de las obras de restauración que está obligada a ejecutar la empresa.</i>
3.2	Incumplimiento del PAMA	50 UIT	

Fuente: Elaboración propia.

73. Como se desprende del cuadro precedente, existen dos secciones de la tipificación, que requieren analizarse en el caso *in examine*.
74. La sección 1 del numeral 3.1 de las antiguas tipificaciones de minería hace referencia a que el administrado haya incumplido cualquier obligación comprendida en las normas ambientales aplicables al sector minero. Es decir, el elemento esencial lo

²⁷ Cabe indicar que, en esta sección del informe únicamente se analiza si la conducta imputada por el OEFA se encuentra debidamente tipificada. Sin perjuicio de ello, posteriormente, se analizará si la administración acreditó el hecho que se le imputa a Nyrstar.

²⁸ Sin perjuicio de ello, es propicio indicar que el numeral 3.3 de dicha resolución regula la infracción del daño catastrófico, otorgándoles otra sanción proporcional al efecto adverso ocasionado.

constituye el sólo incumplimiento de las normas ambientales o los instrumentos de gestión ambiental.

75. Por su parte, la sección 1 del numeral 3.2 comprende aquellas conductas que, constituyendo una infracción al numeral 3.1 **han generado**, además, “daño al ambiente”. Es decir, este tipo contiene dos elementos esenciales **que deben confluir de manera obligatoria para que el hecho se subsuma en el tipo**:

Gráfico N° 1
Elementos del tipo 3.2



Fuente: Elaboración propia

76. En adición a lo anterior, la consecuencia prevista para ambas infracciones en gran y mediana minería varía notablemente, siendo que en el caso del numeral 3.1 la sanción sería de 10 UIT por infracción, en tanto que, para el numeral 3.2 prevé una multa de 50 UIT por infracción. Si bien no es posible indicar que el OEFA graduará la sanción (ya que se trata de tasas preestablecidas), si se desprende que el legislador ha tratado de establecer sanciones diferenciadas y **proporcionales en función al resultado de la inconducta y al efecto adverso generado**.
77. Esta interpretación es coherente con el numeral 3.3 del mismo cuerpo legal que establece que, en caso la infracción de los numerales 3.1 y 3.2 sea causa de una “catástrofe ambiental” la multa para gran minería ascendería a 600 UIT. Es decir, a la tipificación subyace un criterio de proporcionalidad en función al impacto adverso ocasionado al bien jurídico protegido, que opera así:

Gráfico N° 2
Proporcionalidad en la tipificación



Fuente: Elaboración propia

78. Ahora bien, en el caso concreto, el OEFA indica que la omisión de Nyrstar de adoptar medidas para evitar el contacto de sustancias peligrosas con el ambiente (presunta

infracción contenida en el Numeral 3.1 de las antiguas tipificaciones de minería) ocasionó un daño ambiental potencial.

79. Ante dicha afirmación es lógico cuestionarnos ¿el daño ambiental y el daño potencial son un mismo concepto? En caso contrario, ¿el OEFA podría interpretar analógicamente la tipificación, de modo que, se entienda que si el daño ambiental genera una multa de 50 UIT, el “daño potencial” deberá generar la misma consecuencia?
80. Conforme se desarrollará en el informe, el daño ambiental y el daño potencial son conceptos diferenciados, por lo que no es posible incluir la conducta en la tipificación del numeral 3.2, por lo siguiente:
- El principio de tipicidad prohíbe de modo explícito efectuar analogía en relación a las infracciones (esto abarcaría tanto el supuesto de hecho, como en la consecuencia jurídica atribuida por el Estado).
 - Como se verifica, a la tipificación subyace la aplicación del principio de proporcionalidad, sancionado con mayor gravedad aquella conducta que origina un daño ambiental, en contraste con aquella acción u omisión que sólo constituye un incumplimiento de las obligaciones ambientales.
81. Más aún, en las resoluciones emitidas por el OEFA, con posterioridad al caso en análisis, suele incluirse el siguiente párrafo²⁹:
- (i) Exige que la norma describa los elementos esenciales del hecho que califica como infracción sancionable, con un nivel de precisión suficiente que permita **a cualquier ciudadano de formación básica** comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal (de acuerdo con el principio de taxatividad); y*
- (ii) En un segundo nivel -esto es, en la fase de la aplicación de la norma- la exigencia de que el hecho concreto imputado al autor se corresponda exactamente con el descrito previamente en la norma. **Si tal correspondencia no existe, ordinariamente por ausencia de algún elemento esencial, se produce la falta de tipificación de los hechos, de acuerdo con el denominado principio de tipicidad en sentido estricto.***
- (Resaltado agregado)
82. Es decir, ante la ausencia de uno de los elementos, que debe ser naturalmente entendido de la tipificación por cualquier ciudadano con formación básica, el hecho imputado simplemente debe entenderse como no tipificado.
83. Además, en el caso en concreto, añade³⁰:
- 48. Por otro lado, en lo concerniente al segundo nivel en el examen de tipificación, se exige que los hechos imputados por la Administración correspondan con la conducta descrita en el tipo infractor.*
- 49. Lo anterior evidencia la función garantista que circunscribe el principio de tipicidad dentro de los procedimientos administrativos sancionadores.*
- 50. En efecto, conforme señala Meseguer Yebra, para que la función que debe desempeñar el "tipo" de la infracción se cumpla, **debe existir una predicción razonable del ilícito y de las consecuencias jurídicas que lleva aparejada la conducta que la norma considera como ilícita.***
- 51. En ese sentido, puede considerarse suficiente la tipificación cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra.*
- (Resaltado agregado)

²⁹ Resolución N° 055-2019-OEFA/TFA-SMEPIM, fundamento 46.

³⁰ Resolución N° 055-2019-OEFA/TFA-SMEPIM, fundamentos 48-51.

84. Finalmente, antes de pasar a la siguiente sección, es propicio indicar que de las normas aplicables al caso, a la fecha, sólo se mantiene vigente el TULO de la Ley General de Minería, en tanto, el antiguo Reglamento de Protección Ambiental y las antiguas tipificaciones de minería han sido derogadas.

¿Cómo comprende la legislación el daño ambiental?

85. Tradicionalmente, el daño ambiental puede ser entendido de dos maneras³¹:
- (i) el daño ambiental que afectará directamente intereses de particulares (vida, salud, patrimonio, etc.); y,
 - (ii) el daño ambiental puro o autónomo.
86. En el caso del PAS en análisis, el daño ambiental que requiere el tipo es el “daño ambiental puro”, ya que, no exige que para declarar su existencia, también se haya perjudicado otros bienes jurídicos protegidos.
87. Esta definición debe enlazarse con el contenido de medio ambiente que ha recogido el Tribunal Constitucional, comprendiendo todos aquellos elementos que lo conforman sea en el entorno natural o urbano (agua, aire, suelo, flora, fauna); así como, las relaciones entre los mismos (clima, paisaje, ecosistema, entre otros)³². En el caso concreto, deberá verificarse que el presunto daño deberá afectar, al menos, alguno de los componentes citados.
88. Ahora bien, la Ley General del Ambiente brinda en su artículo 142° una definición del daño ambiental:
- Artículo 142.- De la responsabilidad por daños ambientales**
(...)
142.2 Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.
89. La redacción de esta disposición es ambigua y contiene contradicciones y falencias. En consecuencia, no es adecuado realizar una interpretación aislada y descontextualizada, sino que amerita efectuar un trabajo de interpretación amparado en los demás artículos de la Ley General del Ambiente, otras normas ambientales, la jurisprudencia y la doctrina, para brindarle un sentido acorde al ordenamiento.
90. Primero, como han identificado diversos autores³³, este artículo consta de tres elementos:
- (i) El daño es un menoscabo material en el ambiente y/o alguno de sus componentes;
 - (ii) Este puede ser causado contraviniendo o no, normas ambientales; y,
 - (iii) Los efectos negativos pueden ser actuales o potenciales.

³¹ Véase: DE LA PUENTE BRUNKE, Lorenzo. Responsabilidad por el daño ambiental puro y el Código Civil Peruano. En Themis: Revista De Derecho N° 60. 295-307. Página 296.

³² Véase: Sentencia N° 048-2004-AI/TC, fundamento 17. Ley N° 28258, Ley de Regalía Minera.

³³ Similar opinión manifiesta De La Puente en: DE LA PUENTE BRUNKE, Lorenzo. Responsabilidad por el daño ambiental puro y el Código Civil Peruano. En Themis: Revista De Derecho. 295-307 N° 60. Página 297.

“De este texto podemos identificar los tres elementos siguientes: (i) el menoscabo material, (ii) la generación de efectos negativos actuales o potenciales derivados del menoscabo material, y (iii) la independencia de éste respecto de si se ha contravenido o no disposición jurídica alguna”.

91. Una primera dificultad se encuentra cuando se debe relacionar el concepto de menoscabo material con la última premisa. Es decir, que al mismo tiempo tenga efectos actuales o potenciales.
92. El menoscabo material es definido por De la Puente como:
- Este elemento distintivo de la definición exige que se **haya verificado la existencia de un menoscabo o detrimento material infligido al ambiente**. Es decir, **exige una certeza de la existencia de tal menoscabo**, la misma certeza que es consideración básica que el derecho de daños peruano requiere para exigir una reparación³⁴.*
(Resaltado agregado)
93. Al contener el enunciado “menoscabo material”, la disposición hace referencia directa a un resultado dañoso real, concreto o cierto. Por tanto, cuando se completa la redacción del numeral 142.2 con la frase “genera efectos negativos actuales o potenciales” se origina una contradicción evidente.
94. Para superarla es necesario recurrir a otros artículos de la Ley General del Ambiente para entender a qué se refiere con dicha potencialidad. Primero, el término “potencialidad” o “potencial” no vuelve a ser usado, en relación con la responsabilidad del administrado en otra sección de la norma. Por el contrario, sí se verifica que en varios artículos, la Ley General del Ambiente diferencia el daño ambiental del riesgo de daño ambiental. Entre dichas disposiciones se encuentran:

Cuadro N° 6
Algunas menciones de la norma de daño y riesgo

Artículo	Contenido
Artículo VIII.- Del principio de internalización de costos	<i>Toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente.</i>
Artículo 11.- De los lineamientos ambientales básicos de las políticas públicas	<i>b. La prevención de riesgos y daños ambientales, así como la prevención y el control de la contaminación ambiental, principalmente en las fuentes emisoras. En particular, la promoción del desarrollo y uso de tecnologías, métodos, procesos y prácticas de producción, comercialización y disposición final más limpias.</i>
Artículo 43.- De la información sobre denuncias presentadas	<i>43.1 Toda persona tiene derecho a conocer el estado de las denuncias que presente ante cualquier entidad pública respecto de infracciones a la normatividad ambiental, sanciones y reparaciones ambientales, riesgos o daños al ambiente y sus demás componentes, en especial aquellos vinculados a daños o riesgos a la salud de personas. (...)</i>
Artículo 53.- De los roles de carácter transectorial	<i>53.1 Las entidades que ejercen funciones en materia de salud ambiental, protección de recursos naturales renovables, calidad de las aguas, aire o suelos y otros aspectos de carácter transectorial ejercen funciones de vigilancia, establecimiento de criterios y de ser necesario, expedición de opinión técnica previa, para evitar los riesgos y daños de carácter ambiental que comprometan la protección de los bienes bajo su responsabilidad. (...).</i>
Artículo 74.- De la responsabilidad general	<i>Todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impactos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades. Esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se</i>

³⁴ DE LA PUENTE BRUNKE, Lorenzo. La Noción Jurídica de Daño Ambiental y una Peculiar Argumentación del Tribunal de Fiscalización Ambiental. En: Derecho & Sociedad N° 42. 169-178. Página 176.

	<i>generen por acción u omisión.</i>
Artículo 75.- Del manejo integral y prevención en la fuente	<i>75.1 El titular de operaciones debe adoptar prioritariamente medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora de los mismos, así como las demás medidas de conservación y protección ambiental que corresponda en cada una de las etapas de sus operaciones, bajo el concepto de ciclo de vida de los bienes que produzca o los servicios que provea, de conformidad con los principios establecidos en el Título Preliminar de la presente Ley y las demás normas legales vigentes.</i>
Artículo 83.- Del control de materiales y sustancias peligrosas	<i>83.2 El Estado adopta medidas normativas, de control, incentivo y sanción, para asegurar el uso, manipulación y manejo adecuado de los materiales y sustancias peligrosas, cualquiera sea su origen, estado o destino, a fin de prevenir riesgos y daños sobre la salud de las personas y el ambiente.</i>
Artículo 113.- De la calidad ambiental	<i>d. Prevenir, controlar y mitigar los riesgos y daños ambientales procedentes de la introducción, uso, comercialización y consumo de bienes, productos, servicios o especies de flora y fauna.</i>

Fuente: Elaboración propia

95. Conforme se desprende del cuadro precedente, la norma es consistente en entender el riesgo y el daño como conceptos diferenciados. En caso contrario, si el daño comprendiera como parte de su naturaleza el riesgo, bastaría con la inclusión de este término en todos los artículos citados. Justamente, se les precisa, porque se les reconoce como conceptos distintos, aunque innegablemente ligados.
96. Esta conclusión nos obliga a releer el artículo 142° bajo una nueva óptica. La disposición pretende establecer responsabilidades ocasionadas por efectos adversos que puedan generarse (riesgo) o se generen (daño) en el ambiente. En esta lógica, es absolutamente válido que el legislador pretenda que los titulares respondan por los riesgos y daños (aunque al amparo de criterios de proporcionalidad). Más aún, esta interpretación se corresponde con el resto de dicho cuerpo legal.
97. Tal como se señaló en relación al artículo 5° del antiguo Reglamento de Protección Ambiental y el artículo 74° de la Ley General del Ambiente, desde una visión global, el Estado pretende que el administrado evite el riesgo y repare el daño. No obstante, el riesgo no puede ser entendido como daño, aunque el titular de la actividad minera esté obligado a evitarlo.
98. Todos los argumentos esgrimidos, no nos permiten sino colegir que la sección final del artículo 142° fue una desafortunada redacción, que ha producido una confusión terminológica que persiste y se ha extendido hasta nuestros días.
99. Lamentablemente, en el caso en concreto, el OEFA se limitó a efectuar una interpretación literal de la norma, pretendiendo ampliar el alcance del tipo infractor del numeral 3.2 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.
100. Pese a ello, en diversas normas aprobadas entre en 2011 y el 2014, reconoce la diferencia sustantiva entre daño ambiental y riesgo de daño ambiental, aunque manteniendo la errónea terminología de “daño ambiental potencial”. Así, por ejemplo, en el artículo 24° del Reglamento del PAS aprobado en el 2011, señalaba:

Artículo 24.- Medidas preventivas

*Las medidas preventivas se imponen únicamente cuando se evidencia **un inminente peligro o alto riesgo de producirse un daño grave al ambiente**, los recursos naturales o derivado de ellos, a la salud de las personas, así como para mitigar las causas que generan la degradación o el daño ambiental.*

Se entenderá que existe peligro o riesgo cuando la Dirección de Supervisión considere que pueda materializarse en el futuro inmediato o mediano un daño grave para el ambiente, recursos naturales, o derivado de ellos, a la salud de las personas, de continuarse con las condiciones existentes.

(...)

101. La diferencia se hace más precisa aún con la propia definición de la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD³⁵:

Daño real: Detrimento, pérdida, impacto negativo o perjuicio actual y probado, causado al ambiente y/o alguno de sus componentes como consecuencia del desarrollo de actividades humanas.

Daño potencial: Contingencia, riesgo, peligro, proximidad o eventualidad de que ocurra cualquier tipo de detrimento, pérdida, impacto negativo o perjuicio al ambiente y/o alguno de sus componentes como consecuencia de fenómenos, hechos o circunstancias con aptitud suficiente para provocarlos, que tienen su origen en el desarrollo de actividades humanas.

(Resaltado agregado)

102. En este contexto, en cada caso tendrá que definirse si el daño se trata de daño ambiental en sentido estricto o, si corresponde a un riesgo al que erróneamente se le ha denominado “daño potencial”.

103. Es decir, tenemos dos tipos de efectos (i) el daño ambiental, y (ii) el riesgo, también denominado daño potencial. Sin embargo, se trata de categorías distintas que, además, deben tener efectos jurídicos distintos. De la misma idea es De La Puente, que señala:

La certeza de la existencia de un daño, como es evidente, se distingue de la probabilidad de que se cause un daño -a esta probabilidad el TFA y el OEFA la llaman indebidamente «daño potencial». Si bien esta probabilidad puede motivar la actuación tutelar preventiva del Estado –el ámbito de la responsabilidad por generar una situación de riesgo- de ninguna manera tal probabilidad puede ser entendida como un tipo de daño.

La LGA atribuye responsabilidad diferente a quien genera una situación de riesgo ambiental, de quien genera una situación de daño ambiental. De tal manera que bajo la denominación genérica de «responsabilidad ambiental», el aplicador del derecho debe distinguir entre los casos de responsabilidad por haber generado una situación de riesgo ambiental, y los casos de responsabilidad por daño ambiental³⁶.

(Resaltado agregado)

104. La tesis también es asumida por Alejandro Ramírez que indica:

Finalmente, es relevante advertir que la LGA posee una gran ausencia conceptual, en la medida que define el daño ambiental, pero no posee ninguna definición del riesgo ambiental. La distinción entre ambas categorías es importante, toda vez que permite verificar conductas en cada caso que califican como daño y otras que, sin constituir daño, son pasibles de responsabilidad administrativa³⁷.

105. En el caso en análisis, la interpretación del numeral 3.2 de las antiguas tipificaciones en minería es clara al consignar como elemento esencial el daño ambiental, propiamente dicho. Ello, porque se trata de un elemento adicional que incrementa

³⁵ Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas previstas en el Literal d) del Numeral 22.2 del Artículo 22° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental de marzo de 2013. Es decir, antes de la imputación de cargo por parte de la autoridad instructora, en el caso concreto.

³⁶ DE LA PUENTE BRUNKE, Lorenzo. La Noción Jurídica de Daño Ambiental y una Peculiar Argumentación del Tribunal de Fiscalización Ambiental. En: Derecho & Sociedad N° 42. 169-178. Página 176-177.

³⁷ RAMÍREZ TORRES, Alejandro Jesús. Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales: “Análisis crítico de los conceptos de daño ambiental real y potencial aplicados por el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA en el subsector minería”. 2018. Página 18.

proporcionalmente la sanción impuesta al sólo incumplimiento de la norma contenido en el numeral 3.1 (que contendría implícito un incremento de riesgo por incumplir una medida de protección al ambiente).

106. Más aún, en el numeral 3.2 se indica que la sanción será independiente de las obras de restauración que está obligada a ejecutar la empresa. Para ello, debe existir como presupuesto, una degradación ambiental previa que sólo corresponde al daño ambiental y no se configura en el riesgo. Esto, además, se respalda por el contexto en el cual la propia Ley General del Ambiente introduce el concepto de restauración ambiental:

Artículo IX.- Del principio de responsabilidad ambiental

El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar.

(Resaltado agregado)

107. Esta interpretación también es efectuada por Lanegra, cuando explica los alcances de la remediación ambiental:

Los tres supuestos de remediación recogidos en la Ley General del Ambiente —restaurar, rehabilitar y reparar— refieren a lograr que la situación del ambiente o sus componentes retorne a la situación previa a la producción del daño ambiental —o, al menos, a una situación similar³⁸.

(Resaltado agregado)

108. Finalmente, aún cuando la administración presente duda en torno a si el riesgo, denominado “daño potencial”, se encuentre comprendido en el tipo, procederá aplicar el artículo 3° del Reglamento del PAS que indica que, en caso se tenga dudas sobre la existencia de infracción administrativa, se optará por declarar la inexistencia de infracción administrativa³⁹.
109. Como ya se había señalado, la duda en relación a la infracción favorecerá al administrado tanto si la carencia es probatoria, como si está referida a la tipificación de la infracción.
110. Otro aspecto problemático de este artículo es su vaguedad. Indica que se considera daño ambiental todo menoscabo material del ambiente o sus componentes. Sin embargo, la sola existencia humana implica un menoscabo material, por lo que, la norma debió tener una definición más específica en torno a aquella magnitud mínima que se califica como jurídicamente relevante para ser catalogada como daño.
111. Al respecto, diversos autores han ensayado lo consideran este estándar mínimo. Por ejemplo, en un reciente trabajo de investigación Alejandro Ramírez define lo que considera este estándar.

En ese sentido, la magnitud suficiente para calificar un impacto ambiental negativo como daño ambiental es la alteración del medio natural de manera que se provoque la destrucción de especies, la degradación de recursos naturales o modificaciones de similar índole que alteren las

³⁸ LANEGRA QUISPE, Iván. El daño ambiental en la Ley General del Ambiente. Derecho PUCP, (70), 187-196. Página 192.

³⁹ Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD.-

Artículo 3.- De los principios

(...)

3.2 Cuando la Autoridad Decisora tenga dudas sobre la existencia de infracción administrativa, decidirá por declarar la inexistencia de infracción administrativa en el caso concreto.

condiciones del medio ambiente. En otras palabras, uno de los criterios –sino el más importante– para determinar que un impacto ambiental negativo es daño ambiental es la capacidad de resiliencia del medio ambiente, pues solo un menoscabo capaz de alterar el equilibrio ambiental puede ser considerado daño ambiental.⁴⁰

112. Adicionalmente, como parte de la definición, el legislador indica que es daño ambiental “todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes”. Si bien no se trata de un error insalvable, cuando menos existe una falta de precisión en la redacción. ¿Cómo podría sufrir el ambiente un impacto, si no es a través de sus componentes? La falta de claridad en torno a este extremo ha llevado a muchos autores a sostener que sólo los daños catastróficos o que generen un profundo desequilibrio en un ecosistema en su conjunto pueden ser considerados daño.
113. Considero que es totalmente válido que la Ley General del Ambiente pretenda salvaguardar este bien jurídico, a través de la prevención de efectos negativos (también entendidos como el control de riesgos). Más aún, atendiendo a su carácter de ley marco, irradiará sus efectos a instrumentos de gestión ambiental preventivos, correctivos, fiscalización ambiental, entre otros. Sin embargo, esta necesidad de protección debe efectuarse por los canales adecuados, sin sacrificar la seguridad jurídica y el derecho de los administrados.
114. En conclusión, el OEFA le imputa a Nyrstar el no haber adoptado medidas para evitar que los relaves tengan contacto con el suelo, lo que, a su vez, habría originado “daño potencial”. De acuerdo a lo expuesto, el daño ambiental y el daño ambiental potencial, se tratan de conceptos jurídicos distintos, que deberán acarrear consecuencias jurídicas distintas y proporcionales al efecto que produzcan.
115. Asimismo, de la lectura del tipo, se desprende que el legislador habría pretendido castigar con 50 UIT los incumplimientos que, en adición, generen daño ambiental real. Por ello mismo, el tipo prevé que el administrado deberá adoptar las medidas de reparación que correspondan.
116. En tal sentido, el presunto daño potencial que le atribuye el OEFA a Nyrstar no estaría comprendido en el Numeral 3.2 de las antiguas tipificaciones, por lo que el hecho no se encuentra subsumido en la consecuencia jurídica prevista. Atendiendo a la errónea imputación de cargos efectuada por la autoridad instructora -que atenta abiertamente contra el principio de tipicidad- el TFA debió no sólo analizar el tema, sino declarar la nulidad de lo actuado al amparo del artículo 10° de la LPAG.
117. Para finalizar este punto, conviene citar a Natalia Veloso que señala que “(...) el principio de tipicidad se violentaría si la infracción y/o la sanción, no se encontraban descritas con un nivel de certeza tal que permitiera advertir que se trataba de una infracción punible o no se avizoraba claramente cuál sanción podía resultar de dicha conducta”⁴¹.
118. En el caso en análisis, la interpretación del tipo hace alusión contundente a que, a través de una infracción normativa, el administrado genera un daño ambiental que requiere reparación. En esa línea, la interpretación analógica del tipo, pretendiendo

⁴⁰ RAMÍREZ TORRES, Alejandro Jesús. Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales: “Análisis crítico de los conceptos de daño ambiental real y potencial aplicados por el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA en el subsector minería”. 2018. Página 27.

⁴¹ VELOSO GIRIBALDI, Natalia. El principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionatorio. En: Revista de derecho de la Universidad de Montevideo N° 36 (2019).

incorporar el riesgo, mal denominado “daño potencial”, es incorrecta. Ante ello, ni Nyrstar, ni otro administrado podría prever que la consecuencia de su accionar.

- **¿El pronunciamiento del TFA en relación al principio de verdad material es correcto?**

119. Considero que el pronunciamiento del TFA es correcto en relación a este extremo: la DFSAI vulneró el principio de verdad material. Sin perjuicio de ello, conforme se desarrollará en la presente sección, se hubiera enriquecido la resolución y brindado mayor predictibilidad para casos similares, si el TFA hubiera brindado alcances en torno a cómo debía probarse el riesgo ambiental (daño potencial).

120. El principio de verdad material se encontraba recogido en el artículo V del Título Preliminar de la LPAG:

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.

(Resaltado agregado)

121. Sobre el particular, Miriam Mabel Ivanega señala:

*La persecución de la realidad implica por parte de la Administración, actuar en forma coherente, correcta y con diligencia. Es decir, hacerlo con buena fe. La “verdad” en sí misma implica conformidad de lo que se dice con lo que se piensa o siente, por lo tanto cuando de ella se predica “lo material”, “lo objetivo”, **su búsqueda obliga a la Administración a hacer uso de todos los medios tendientes a obtenerla**; y ello con honradez, rectitud, sin conductas contradictorias⁴².*

(Resaltado agregado)

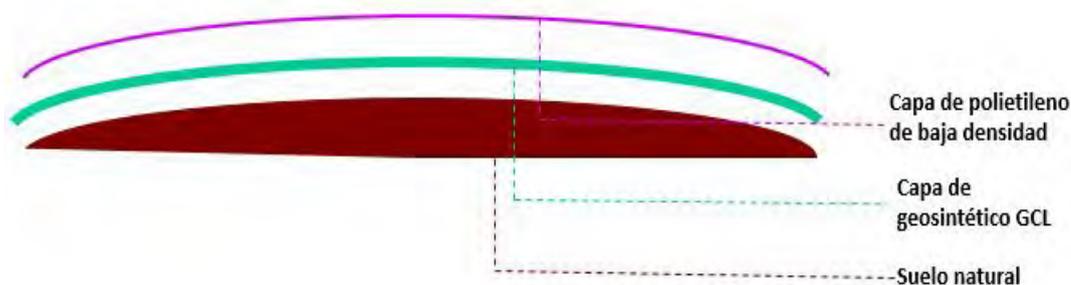
122. En el caso en análisis, la DFSAI le atribuye a Nyrstar que no adoptó las medidas necesarias para evitar que los relaves estuvieran en contacto con el suelo natural, generando un riesgo en el ambiente (“daño potencial”). Por el contrario, el administrado indica que el relave nunca tuvo contacto con el suelo natural, ya que -producto del traslado de relaves- únicamente se dañó una de las capas de impermeabilización.

123. Para dar respuesta a esta controversia es necesario indicar que, de conformidad con el instrumento de gestión ambiental de la instalación, el depósito de relaves Chinchán contaba con dos capas, acorde se muestra en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 3

⁴² IVANEGA, Miriam Mabel. El alcance del Principio de Verdad material en el Procedimiento Administrativo. En: Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Páginas 197 – 222. Página 213-214.

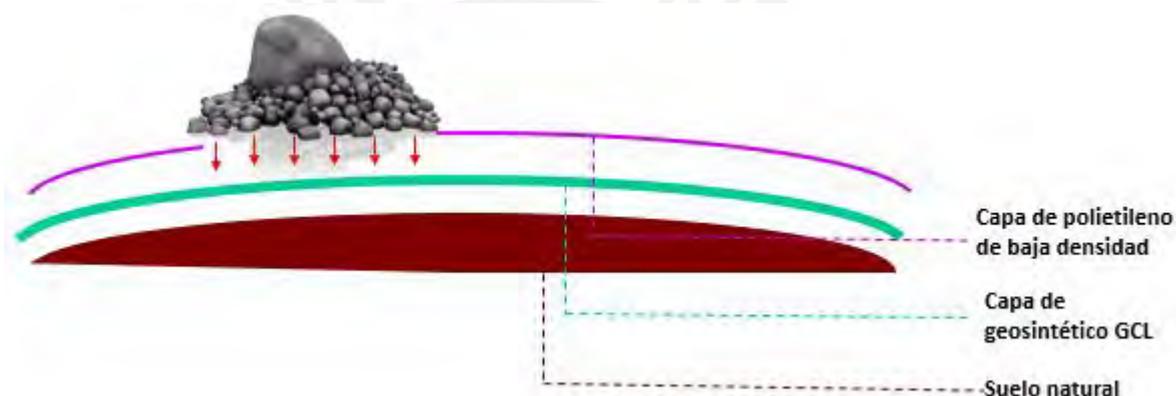
Diagrama de impermeabilización del depósito de relaves



Fuente: Elaboración propia

124. No obstante, ambas partes concuerdan que durante el traslado de relaves se perforó la capa de polietileno de baja densidad:

Gráfico N° 4
Diagrama de impermeabilización del depósito de relaves



Fuente: Elaboración propia

125. Si bien la ruptura de la capa de polietileno de baja densidad es un hecho pacífico, las partes no se encuentran de acuerdo en que el relave estuvo en contacto con el suelo natural. Peor aún, Nyrstar alega que sin contacto con este componente, no puede generarse el presunto daño ambiental potencial.
126. Ahora bien, atendiendo a que esta resolución se emitió en el marco de un PAS, corresponde a la administración pública probar la imputación, efectuando las acciones que se requieren para acercarse a la verdad⁴³.

⁴³ Asimismo, esta obligación de la administración pública se encuentra sustentada en los siguientes artículos de la LPAG, vigente al momento de tramitar el PAS en análisis:

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:

1.3. **Principio de impulso de oficio.-** Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

Artículo 162.- Carga de la prueba

162.1 La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la presente Ley.

127. El propio Reglamento de Supervisión vigente durante la elaboración del Informe Técnico Acusatorio señalaba el documento debía contener los hallazgos⁴⁴, que son puestos en consideración de la autoridad instructora a modo de infracciones, acompañados de los medios probatorios obtenidos durante los procesos de evaluación y/o supervisión⁴⁵.
128. Pese a ello, la DFSAI no probó que los relaves se encontraron en contacto directo con el suelo natural.
- **¿Había alguna forma en la cual pudo probarse el riesgo o “daño potencial” a causa de la ruptura de una de las membranas de impermeabilización?**
129. Considero que la respuesta es sí. Una vez determinadas las medidas que debía adoptar el titular, se pasará a un segundo nivel, dividido en dos partes:
- Acreditar que, acorde lo exige la norma sustancial presuntamente vulnerada, la sustancia por sus características, concentración o permanencia tenga la capacidad de afectar el ambiente.
 - Atendiendo a que DFSAI alega un “daño ambiental potencial” o riesgo sería necesario probar que la impermeabilización de la capa existente no era suficiente para mitigar el riesgo.
130. En esa línea, DFSAI trata de acreditar la peligrosidad de los relaves haciendo alusión a la muestra de agua colectada en el Vaso del Depósito de Relaves Chinchán, en la cual existe un exceso de Arsénico respecto de lo establecido en los Límites Máximos Permisibles aprobados mediante la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.
131. Considero que esta afirmación no es suficiente para probar la peligrosidad de los relaves. Algunas alternativas aceptables hubieran sido:
- Realizar una muestra de caracterización del relave, que pueda indicar las sustancias químicas que lo componen y en qué concentraciones.
 - Tomando como base la muestra de agua del Vaso del Depósito de Relaves Chinchán, efectuar un análisis técnico que permita concluir que el relave presenta las mismas o mayores concentraciones que el arsénico.
132. Una vez probado el primer punto, y entendiendo que el daño potencial no es otra cosa que riesgo, la DFSAI tendría que haber acreditado que la impermeabilización que presentaba una sola de las capas comprendidas en el EIA no era suficiente para proteger el suelo natural.
133. Sin perjuicio de ello, todos esos elementos probatorios hubieran resultado inoficiosos si DFSAI persistía en subsumir la conducta en el numeral 3.2 de las antiguas tipificaciones en minería, que exige como elemento esencial el daño ambiental. Es decir, nos bastaría el riesgo al que se denomina “daño potencial”.

⁴⁴ Los hallazgos son definidos como incumplimientos a las obligaciones ambientales fiscalizables. El Reglamento permite al administrado subsanar los hallazgos de menor trascendencia.

⁴⁵ Reglamento de Supervisión Directa del OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA/CD.-

Artículo 15.- Del Informe Técnico Acusatorio

5.1 Mediante el Informe Técnico Acusatorio, la Autoridad de Supervisión Directa somete a consideración de la Autoridad Instructora la presunta existencia de infracciones administrativas, y adjunta los medios probatorios que sustentan sus conclusiones. Estos medios probatorios comprenden los obtenidos en las actividades de evaluación o supervisión directa.

134. Sin perjuicio de ello, si hubiera sido relevante para probar el contacto de la sustancia contaminante con el componente ambiental, de lo contrario, la conducta habría sido absolutamente atípica.

E. Conclusiones

135. Acorde al análisis de la Resolución N° 004-2017-OEFA/TFA-SEP1 efectuada, se concluye lo siguiente:
- a. El marco legal vigente al momento de tramitarse el PAS indicaba que la DFSAI contaba con un plazo de ciento ochenta (180) días hábiles para emitir un pronunciamiento. No obstante, el periodo transcurrido entre la notificación de inicio del PAS y la resolución de DFSAI fue de 213 días hábiles. Sin embargo, el Reglamento del PAS no establecía consecuencias claras ante este incumplimiento del plazo.
 - b. Igualmente, desde elevados los actuados al TFA, este órgano resolutor contaba con noventa (90) días para emitir su decisión. No obstante, este plazo fue nuevamente vulnerado por la Sala.
 - c. El incumplimiento de los plazos citados no fue abordado por la resolución analizada. Esta omisión es inadecuada, sobretudo en relación al segundo plazo incumplido, ya que este acto se encontraba sometido a silencio administrativo negativo, por lo que, el TFA debió reafirmar su competencia ante la ausencia de acción de Nyrstar.
 - d. La resolución recurrida transgredía el principio de tipicidad en diversos extremos:
 - i. **Norma sustancial:** De la resolución materia de análisis no se desprende cómo Nyrstar incumplió la norma sustancial (artículo 5° del antiguo Reglamento de Protección Ambiental), ya que no se analizan las medidas que debió adoptar para evitar el presunto efecto adverso.
 - ii. **Norma tipificadora:** El OEFA consideró erróneamente que, la tipificación vigente a la fecha de emitida la resolución comprendía por igual las categorías de (i) daño ambiental y (ii) daño potencial ambiental (riesgo). Sin embargo, se trata de conceptos no equiparables y que, en consecuencia, acarrear distintos efectos jurídicos. Más aún, debido a que nos encontramos en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, en el cual no es posible efectuar una interpretación analógica, salvo sea en favor del administrado.
 - e. La vulneración al principio de tipicidad es una causal válida para declarar la nulidad del acto administrativo, retro trayendo el PAS hasta el momento en el cual se produjo el vicio. Es decir, hasta antes de la imputación de cargos efectuada por la autoridad instructora. Pese a ello, el TFA no se pronuncia, ni analiza este tema.
 - f. Por otro lado, el TFA efectuó un análisis adecuado en torno a la vulneración del principio de verdad material. No obstante, considero que un análisis en torno a cómo se debió acreditar el presunto riesgo al ambiente ocasionado, hubiera enriquecido el pronunciamiento y brindado predictibilidad a procedimientos similares.
 - g. En atención a lo anterior, concluyo que la resolución emitida por el TFA del OEFA no es correcta, ya que no se analizaron aspectos relevantes que hubieran cambiado el sentido del pronunciamiento.

Bibliografía

- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. 11 de abril de 2001.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente. 15 de octubre de 2005.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. 5 de marzo de 2009.
- DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. "Evolución del Régimen Administrativo en el Perú". En: ZEGARRA VALDIVIA, Diego (Coord). "La proyección del Derecho Administrativo peruano: estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP". Lima: Palestra Editores, 2019.
- DE LA PUENTE BRUNKE, Lorenzo. "Responsabilidad por el daño ambiental puro y el Código Civil Peruano". En Themis: Revista De Derecho N° 60 (2011).
- DE LA PUENTE BRUNKE, Lorenzo. "La Noción Jurídica de Daño Ambiental y una Peculiar Argumentación del Tribunal de Fiscalización Ambiental". En: Derecho & Sociedad N° 42 (2014).
- ESTEVE PARDO, José. "Derecho del Medio Ambiente". Tercera edición. Marcial Pons: Madrid. 2014.
- IVANEGA, Miriam Mabel. "El alcance del Principio de Verdad material en el Procedimiento Administrativo". En: Asociación Internacional de Derecho Administrativo: Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo.
- LANEGRA QUISPE, Iván. "El daño ambiental en la Ley General del Ambiente". Derecho PUCP N° 70 (2013).
- MINISTERIO DEL AMBIENTE. Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por medio del Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM. 15 de diciembre de 2009.
- MINISTERIO DEL AMBIENTE. Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por medio del Decreto Supremo N° 013-2017-MINAM. 21 de diciembre de 2017.
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM. 3 de junio de 1992.
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. Reglamento del Título Décimo Quinto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, sobre el medio ambiente, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 016-93-EM. 1 de mayo de 1993.
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. Tipificación de Infracciones, aprobada por la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM. 2 de septiembre de 2000.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS. 25 de enero de 2019.

- ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2011-OEFA/CD. 14 de mayo de 2011.
- ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD. 13 de diciembre de 2012.
- ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. Reglamento de Supervisión Directa del OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA/CD. 28 de febrero de 2013.
- ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas previstas en el Literal d) del Numeral 22.2 del Artículo 22° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. "Lecciones de Derecho Administrativo". Décima edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- RAMÍREZ TORRES, Alejandro Jesús. Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales: "Análisis crítico de los conceptos de daño ambiental real y potencial aplicados por el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA en el subsector minería". 2018.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. "Derecho Administrativo". Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- ROJAS MONTES, Verónica. "El principio de tipicidad y el principio de culpabilidad, ¿qué son y cómo aplicarlos?" Ius Et Veritas: Portal virtual de Ius 360. En: <https://ius360.com/columnas/el-principio-de-tipicidad-y-el-principio-de-culpabilidad-que-son-y-como-aplicarlos-veronica-rojas/> [Visitado el 16 de octubre de 2020]
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ
 - Sentencia N° 048-2004-AI/TC. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por José Miguel Morales Dasso contra la Ley de Regalía Minera.
 - Sentencia N° 00197-2010-PA/TC. Javier Pedro Flores Arocutipa.
- TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL DEL OEFA. Resolución N° 055-2019-OEFA/TFA-SMEPIM.
- VELOSO GIRIBALDI, Natalia. "El principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionatorio". En: Revista de derecho de la Universidad de Montevideo N° 36.

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

RESOLUCIÓN N° 004-2014-OEFA/TFA-SEP1

EXPEDIENTE N° 190-2013-OEFA/DFSAI/PAS
PROCEDENCIA DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN, SANCIÓN Y APLICACIÓN DE INCENTIVOS
ADMINISTRADO NYRSTAR CORICANCHA S.A.
SECTOR MINERÍA
APELACIÓN RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 139-2014-OEFA/DFSAI

SUM/LLA: "Se revoca la Resolución Directora/ N° 139-2014-OEFAIDFSAI, que sancionó a Nyrstar Coricancha S.A. por el incumplimiento del artículo 5° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica, aprobado por el Decreto Supremo N° 016-93-EM, de acuerdo con lo previsto en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Escala de multas y penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias, aprobada por la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, debido a que no está acreditado que los relaves generados por la administrada hayan estado en contacto con el suelo, por el deterioro de la geomembrana que forma parte del sistema de revestimiento del depósito de relaves Chinchán."

Lima, 9 de setiembre del 2014

I. ANTECEDENTES

1. Nyrstar Coricancha S.A.¹ (en adelante, **Nyrstar Coricancha**) es titular de la Unidad Económica Administrativa "Coricancha" (Tamboraque y Chinchán) (en adelante, **U.E.A. Coricancha**), ubicada en los distritos de San Mateo de Huánchor y Chicla, provincia de Huarochiri y departamento de Lima.
2. Entre el 23 de setiembre y el 1 de diciembre del 2011² la Dirección de Supervisión (en adelante, **OS**) del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, **OEFA**) realizó una supervisión especial permanente sobre el traslado de Concentradora Tamboraque hacia el Depósito de Relaves Chinchán en la U.E.A. relaves de los Depósitos de Relaves N° 1 y N° 2, de la concesión de beneficio Coricancha. En esta se constató el incumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables, tal como consta en el Informe N° 541-2012-OEFNDS (en adelante, **Informe de Supervisión**)³.

Sobre la base de los resultados contenidos en el Informe de Supervisión y en el Informe Técnico Acusatorio N° 047-2013-OEFA-DS (en adelante, Informe Técnico

Registro Único de Contribuyente N° 20342660429.

La supervisión especial permanente fue realizada los días 23 y 30 de setiembre; 7, 13, 19 y 27 de octubre; 4, 10, 18 y 25 de noviembre y el 1 de diciembre de 2011. En esta, se formularon observaciones generando las respectivas Actas de Supervisión.

Lima, 16 SET 0

.....
Martes, 16 de Julio de 2014
FEDAT.G.RIO

Acusatorio)4, la Dirección de **Fiscalización**, Aplicación de Incentivos (en adelante, **DFSAI**) del OEFA notificó a Nyrstar Coricancha la Resolución Subdirectora! N° 263-2013-OEFA-DFSAI/S comunicándole el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

4. Luego de evaluar los descargos presentados por Nyrstar Coricancha el 9 de mayo del 2013⁶, la DFSAI emitió la Resolución Directora! N° 139-2014-OEFA/DFSAI⁷ del 28 de febrero del 2014, a través de la cual sancionó a la administrada, con una multa de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, **UIT**), conforme se muestra en el Cuadro N° 1:

Cuadro N° 1: Detalle de la multa impuesta

N°	Hecho imputado	Norma Incumplida	Norma aplicable	Sanción
	No evitar ni impedir la disposición de relaves sobre el suelo, ocasionado por el deterioro de la geomembrana que forma parte del sistema de revestimiento del Depósito de Relaves Chinchán, afectando la impermeabilidad de dicha infraestructura.	Artículo 5° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM (en adelante, Decreto Supremo N° 016-93-EM)8.	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM que aprueba la escala de multas y penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias (en adelante, Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM)9	50 UIT
MULTA TOTAL				50 UIT

Fuente: Resolución Directora! N° 139-2014-OEFA/DFSAI
Elaboración: TFA

- 4 Fojas 3 a 32.
5 Fojas 278 a 281.
Fojas 283 a 341.
Fojas 356 a 365.

a DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM, Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica, publicado en el diario oficial El Peruano el 1 de mayo del 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.

RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM-VMM, que aprobó la escala de multas y penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de septiembre del 2000.

Anexo
3.2. MEDIO AMBIENTE

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

La autoridad minera podrá disponer además la paralización temporal de la actividad minero-metalúrgica o parte de ella, si el caso lo amerita. Dicha medida tendrá vigencia hasta la eliminación de las condiciones que dieron lugar a la ocurrencia o hasta que a criterio de la autoridad esté asegurada la no ocurrencia de hechos similares.

En concordancia con lo establecido en el Decreto Supremo N° 058-99-EM el incumplimiento del PAMA será sancionado con 50 UIT siguiéndose el procedimiento establecido en dicha norma.

Se comprende en dicho incumplimiento a quienes encontrándose dentro del plazo de ejecución del PAMA, presentan incumplimiento del cronograma de ejecución física e inversiones de los proyectos aprobados y a quienes habiendo culminado el cronograma del PAMA, no han cumplido con adecuar el impacto ambiental de sus operaciones conforme a lo establecido en las Resoluciones Ministeriales N° 011-96-EMNMM, N° 315-96-EMNMM y otras normas ambientales.

¹⁰ De manera adicional, a través de la citada Resolución, la DFSAI dispuso declarar reincidente a Nyrstar Coricancha por la comisión de la infracción sancionada, disponiendo la publicación de ello en el Registro de Infractores Ambientales del OEFA.



5. La Resolución Directoral N° 139-2014-OEFA/DFSAI se sustentó en los siguientes fundamentos:
- a) Nyrstar Coricancha no adoptó las medidas de previsión y control necesarias para evitar la disposición de relaves sobre el suelo, ocasionado por el deterioro de la geomembrana que forma parte del sistema de revestimiento del Depósito de Relaves Chinchán, afectando con ello la impermeabilidad de dicha infraestructura.
 - b) La disposición de relaves sobre el suelo puede producir consecuencias negativas en el ambiente, como la contaminación del suelo, por la presencia de elementos contaminantes presentes en el relave, entre ellos el arsénico (en adelante, **As**). En ese sentido, los resultados del muestreo del agua colectada en el vaso del Depósito de Relaves Chinchán acreditan que el nivel de concentración del parámetro As excedía los Límites Máximos Permisibles (en adelante, **LMP**)¹¹ previstos en la Resolución Ministerial N° 011-96-EMNMM, existiendo por tanto un supuesto de daño ambiental potencia¹ 2. En tal sentido, se ha configurado la infracción grave establecida en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.
6. El 01 de abril de 2014¹³, Nyrstar Coricancha apeló la Resolución Directoral N° 139-2014-OEFNDFSAI, argumentando lo siguiente:

t

- a) La obligación contenida en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM implica que las emisiones, vertimientos o desechos producidos en las instalaciones mineras sean dispuestos al ambiente con el debido cuidado, a efectos de no ocasionar daño ambiental. En tal sentido, para determinar la responsabilidad de un titular minero por el incumplimiento de la referida norma se debe verificar que estas sustancias hayan tenido contacto con el ambiente; de lo contrario, no podría ocasionarse un riesgo de daño ambiental o daño ambiental.
- b) En cumplimiento de dicha obligación, y a efectos de evitar que durante la disposición de relaves en el Depósito de Relaves Chinchán se genere daño al ambiente, en la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del Depósito de Relaves Chinchán y del Sistema de Transporte de Compañía Minera San Juan S.A.¹⁴ (en adelante, **EIA del Depósito de Relaves Chinchán y del Sistema de Transporte**)¹⁵ se estableció que el sistema de revestimiento estaría constituido "por una capa de geosintético GCL¹⁶ como barrera impermeabilizante sobre la cual se colocará una geomembrana de

Mariela Pilar Castillo Núñez
 FEDATARIO

Los resultados analíticos se encuentran acreditados mediante el Informe de Ensayo con valor oficial N° 106705U11 MA (foja 110).

Ello, debido a que el exceso del parámetro As puede ocasionar un daño ambiental a diversos elementos bióticos, tales como la fauna acuática, los seres humanos, vegetación, entre otros. (Resolución Subdirectoral N° 139-2014-OEFA/DFSAI, considerando 63).

Fojas 367 a 394.

La Compañía Minera San Juan (Perú) S.A. cambió su denominación a Nyrstar Coricancha S.A. según asiento registral N° 00006 de la Partida N° 11352175 del Registro de Personas Jurídicas de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP).

Acapítulo 3.2 "Descripción de las actividades a realizar" del Informe N° 1112-2009-MEM-AAM/WALJWBF/PR/AD/ISO/VRC, que sustentó la Resolución Directoral N° 294-2009-MEM-AAM, de fecha 25 de setiembre de 2009, que aprobó el EIA del Depósito de Relaves Chinchán y del Sistema de Transporte.

¹⁶ "Geosynthetic Clay Liner", por sus siglas en inglés.

4
g-
Jiu
Mariano
Núñez

polietileno de baja densidad"¹⁷. En virtud a ello, el doble revestimiento del depósito de relaves garantiza que no exista contacto directo de relaves mineros con el suelo, ya que cualquier deterioro que se genere a la segunda capa (geomembrana de polietileno de baja densidad) podía ser reparado sin riesgo de contacto directo por la existencia de la primera capa (geosintético GCL).

Las labores de colocación y compactación de relaves generaron daños a la segunda capa, razón por la cual se procedió a realizar las reparaciones

correspondientes de manera inmediata. En ese sentido, en ningún momento existió contacto directo de los relaves con el suelo natural, ya que la primera capa cumplió la función para la cual fue implementada; es decir, evitar cualquier contacto directo de los relaves con el suelo. Sin embargo, la DFSAI considerado ha d solo los daños a la segunda capa para sustentar que los es tuvieron contacto directo con el suelo, sin tener en cuenta que el geosintético GCL actuó como barrera impermeabilizante.

- d) La DFSAI ha considerado que las muestras tomadas en el punto VR han excedido los LMP para el parámetro As como argumento para sustentar la posible generación de un daño ambiental potencial, sin tomar en consideración que la descarga del punto de control VR no fue realizada al ambiente o a un cuerpo receptor. En tal sentido, las muestras tomadas en este punto no podrían ser consideradas como un efluente líquido minero - metalúrgico, ya que por definición estos deben ser descargados al ambiente, situación que no habría ocurrido en el presente caso. En virtud a ello, la DFSAI habría vulnerado el principio de verdad material establecido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, **Ley N° 27444**), al no haber verificado plenamente los hechos, y al no haber adoptado las medidas probatorias necesarias a fin de determinar la supuesta comisión del hecho infractor.

7. El 27 de agosto del 2014 la Primera Sala Especializada Permanente competente en las materias de Minería y Energía del Tribunal de Fiscalización Ambiental acordó citar a Nyrstar Coricancha a una audiencia de informe oral, la cual fue llevada a cabo el 3 de setiembre del 2014, conforme consta en el acta respectiva¹⁸.

11. COMPETENCIA

8. 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 Ambiente⁹, se crea el OEFA.
9. Según lo establecido en los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, modificada por la Ley N° 30011²⁰

¹⁷ Fojas 370 y 371

¹⁶ Foja 407.

¹⁹ DECRETO LEGISLATIVO N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, publicado en el diario oficial El Peruano el 14 de mayo de 2008.

Segunda Disposición Complementaria Final.- Creación de Organismos Públicos Adscritos al Ministerio del Ambiente
1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

Créase el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA como organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, constituyéndose en pliego presupuestal, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental que corresponde".



(en adelante, **Ley N° 29325**), 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.

- 10. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325 dispone que mediante Decreto Supremo, refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA²¹.
- 11. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM²² se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del Osinergmin²³ al OEFA, y mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFNCD del 20 de julio de 2010²⁴ se estableció que el OEFA asumiría las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería desde el 22 de julio de 2010.
- 12. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley N° 29325²⁵ y los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto

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

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

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

Artículo 11°.- Funciones generales

Son funciones generales del OEFA:

(...)

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

²¹ LEY N° 29325.

Disposiciones Complementarias Finales

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

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

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

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

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

Artículo 18°.- Referencia al OSINERG

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

²⁴ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 003-2010-OEFA/CD, Aprueban aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería entre el OSINERGMIN y el OEFA, publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de julio de 2010.

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

²⁵ LEY N° 29325.

Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

10.1 El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) cuenta con un Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) que ejerce funciones como última instancia administrativa. Lo resuelto por el TFA es de obligatorio cumplimiento y

Lima, **16'SET. 2 4**

.....

..fl_

.....

Ma n la Pil astillo Núñez
DATARIO

Supremo N° 022-2009-MINAM²⁶, y el artículo 3° - 1, del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobada por Resolución N° 032-2013-OEFNCD²⁷, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

111. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL AMBIENTE

13. Previamente al planteamiento de las cuestiones controvertidas a resolver, este Tribunal considera importante resaltar que el ambiente es el ámbito donde se desarrolla la vida y comprende elementos naturales, vivientes e inanimados, sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivientes (plantas, animales y microorganismos)²⁸.
14. En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente²⁹, 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.
5. En esa situación, cuando las sociedades pierden su armonía con el entorno y perciben su degradación, surge el ambiente como un bien jurídico protegido. En ese contexto, cada Estado define cuanta protección otorga al ambiente y a los recursos naturales, pues el resultado de proteger tales bienes incide en el nivel de calidad de vida de las personas.

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.

²⁶ DECRETO SUPREMO N° 022-2009-MINAM que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de diciembre de 2009.

Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

El Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) es el órgano encargado de ejercer funciones como última instancia administrativa del OEFA. Las resoluciones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento, y constituyen precedente vinculante en materia ambiental, siempre que se señale en la misma Resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley.

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

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

²⁷ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 032-2013-OEFA/CD, que aprueban el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de agosto de 2013.

Artículo 3°.- Competencia del Tribunal de Fiscalización Ambiental

El Tribunal de Fiscalización Ambiental es competente para pronunciarse sobre los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones emitidas por los órganos de línea del OEFA, las quejas por defecto de tramitación y otras funciones que le asigne la normativa de la materia.

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC. Fundamento jurídico 27.

²⁹ LEY N° 28611, Ley General del Ambiente, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre de 2005.

Artículo 2°.- Del ámbito

(...)

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



PERU

Ministerio del Ambiente

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

16. En nuestro sistema jurídico, el primer nivel de protección al ambiente es formal y viene dado por la elevación a rango constitucional de las normas que tutelan bienes ambientales, lo cual ha dado origen al reconocimiento de una "Constitución Ecológica", dentro de la Constitución Política del Perú, que fija las relaciones entre el individuo, la sociedad y el ambiente³⁰.
17. El segundo nivel de protección otorgado al ambiente es material y viene dado por su consideración (i) como *principio jurídico* que irradia todo el ordenamiento jurídico; (ii) como *derecho fundamental*¹ cuyo contenido esencial lo integra el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida; y el derecho a que dicho ambiente se preserve³²; y, (iii) como *conjunto de obligaciones* impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales³³.
18. Cabe destacar que en su dimensión como conjunto de obligaciones, la preservación de un ambiente sano y equilibrado impone a los particulares la obligación de adoptar medidas tendientes a prevenir, evitar o reparar los daños que sus actividades productivas causen o puedan causar al ambiente. Tales medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico que regula la protección del ambiente y en los respectivos instrumentos de gestión ambiental.
19. Sobre la base de este sustento, el Estado hace efectiva la protección al ambiente, frente al incumplimiento de la normativa ambiental, a través del ejercicio de la potestad sancionadora en el marco de un debido procedimiento administrativo, así como mediante la aplicación de tres grandes grupos de medidas: (i) medidas de reparación frente a daños ya producidos, (ii) medidas de prevención frente a riesgos conocidos antes que se produzcan; y (iii) medidas de precaución frente a amenazas de daños desconocidos e inciertos³⁴.
20. Bajo este marco constitucional que tutela el ambiente adecuado y su preservación, este Tribunal interpretará las disposiciones generales y específicas en materia ambiental, así como las obligaciones de los particulares vinculados a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador.

IV. CUESTIÓN CONTROVERTIDA

21. La cuestión controvertida a resolver en el presente caso es determinar si está debidamente acreditado que Nyrstar Coricancha dispuso los relaves sobre el suelo y, por lo tanto, si incumplió lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto Supremo Nº

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente Nº 03610-2008-PA/TC.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.
Artículo 2º.- 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.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente Nº 03343-2007-PA/TC (Fundamento jurídico 4) ha señalado lo siguiente:

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

³³ Sobre la triple dimensión de la protección al ambiente se puede revisar la Sentencia T-760/07 de la Corte Constitucional de Colombia, así como la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente Nº 03610-2008-PA/TC.

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03048-2007-PA/TC. Fundamento jurídico 9.

Lima, 1. 6.SET. 1014


Marta C III - N
FEnt. R. O

016-93-EM, configurándose con ello el supuesto de infracción grave establecido en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.

V. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

V.1 Si está debidamente acreditado que Nyrstar Coricancha dispuso los relaves sobre el suelo y, por lo tanto, si incumplió lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto Supremo N° 016-93-EM, configurándose con ello el supuesto de infracción grave establecido en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.

22. Nyrstar Coricancha alega que no se ha configurado incumplimiento alguno al artículo 5º del Decreto Supremo N° 016-93-EM, toda vez que la DFSAI no ha probado que los relaves hayan tenido contacto con el suelo, pues a efectos de evitar que durante la disposición de relaves en el Depósito de Relaves Chinchán se genere daño ambiental, el EIA del Depósito de Relaves Chinchán y del Sistema de Transporte estableció que el sistema de revestimiento estaría formado por dos capas; la primera, geosintético GCL, y la segunda, geomembrana de polietileno de baja densidad, lo cual habría garantizado que no exista contacto de los relaves con el suelo. Sin embargo, la DFSAI ha considerado solo los daños a la segunda capa para sustentar que los relaves tuvieron contacto directo con el suelo, sin tener en cuenta que la primera capa actuó como barrera impermeabilizante.

Al respecto, este Órgano Colegiado procederá a analizar si en el presente procedimiento administrativo sancionador se ha verificado plenamente los hechos que motivaron la Resolución Directora(N° 139-2014-OEFNDFSAI, en virtud del principio de verdad material, previsto en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 que, en concordancia con el numeral 6.1 del artículo 6º del mismo cuerpo legal, establece que los pronunciamientos emitidos por las entidades al interior de los procedimientos administrativos sancionadores solo podrán sustentarse en aquellos hechos que se encuentren debidamente probados³⁵.

24. En el presente caso, mediante la Resolución Directora(N° 139-2014-OEFNDFSAI, la DFSAI imputó a Nyrstar Coricancha el no haber adoptado las medidas de previsión y control necesarias para evitar la disposición de relaves sobre el suelo, ocasionando el deterioro de la geomembrana que forma parte del sistema de revestimiento del depósito de relaves Chinchán, afectando con ello la impermeabilidad de dicha infraestructura. Dicha situación habría generado el

³⁵ LEY N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada en el diario oficial El Peruano 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:

(...)

1.11. 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(..).

Sobre la base de lo expuesto, debe mencionarse que el principio de verdad material exige a la autoridad administrativa agotar los medios de prueba para investigar la existencia real de los hechos descritos como infracción administrativa, con la finalidad de que las decisiones adoptadas se encuentren sustentadas en hechos debidamente probados.

Artículo 6º.- Motivación del acto administrativo

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



incumplimiento del artículo 5º del Decreto Supremo Nº 016-93-EM, configurando la infracción prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial Nº 353-2000-EM-VMM.

- 25. Sobre el particular, cabe señalar que, de acuerdo con el artículo 5º del Decreto Supremo Nº 016-93-EM, el titular minero es responsable por las emisiones, los vertimientos y disposición de desechos al ambiente que se produzcan como resultado de los procesos efectuados en el área de su concesión, razón por la cual debe adoptar las medidas necesarias para impedir o evitar, que los elementos y/o sustancias generados como consecuencia de la actividad minera causen o puedan causar efectos adversos al ambiente³⁶.

- 26. Partiendo de ello se desprende que para imputar a un titular minero el incumplimiento de la obligación ambiental establecida en el artículo 5º del Decreto Supremo Nº 016-93-EM, es preciso acreditar que no se hayan adoptado las medidas de prevención y control para evitar e impedir que las emisiones, los vertimientos y disposición de desechos que se realicen sobre el ambiente causen o puedan causar efectos negativos.

Por otro lado, resulta oportuno señalar que el punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial Nº 353-2000-EM-VMM, prevé 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. Nº 016-93-EM** y su modificatoria aprobado por D.S. Nº 059-93-EM; D.S. Nº 038-98-EM, Reglamento Ambiental para Exploraciones; D. Ley Nº 25763 Ley de Fiscalización por Terceros y su Reglamento aprobado por D.S. Nº 012-93-EM, Resoluciones Ministeriales Nºs 011-96-EMNMM, 315-96-EMNMM 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. (Resaltado agregado)

1 Q Conforme a la citada disposición, se desprende que el incumplimiento del artículo 5º del Decreto Supremo Nº 016-93-EM configurará una infracción grave según lo fu] _g previsto en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial Nº 353-2000-EMNMM, s, se acredita que la conducta infractora es la causa de un

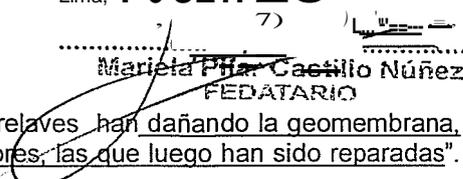
2;A el presente caso, este Organismo Colegiado observa que en el cuadro denominado "Observaciones detectadas durante la supervisión especial permanente", se con ignó lo siguiente³⁷.

³⁶ Cabe señalar que el artículo 5º del Decreto Supremo Nº 016-93-EM establece una segunda obligación, referida a que el titular de la actividad minero-metalúrgica no debe exceder los niveles máximos permisibles establecidos, en concordancia con el artículo 32º de la Ley Nº 28611.

³⁷ Foja 42.

El fedatario que suscribe certifica que el presente documento que se le ha tenido a la vista es COPIA FIEL DEL ORIGINAL, y al que me remito en caso necesario de lo que doy fe.

Lima, **16 SET. 20**


Mariela Pita Cactilio Nuñez
FEDATARIO

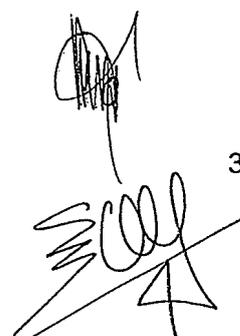
"(...) debido al acondicionamiento y retiro de relaves han dañado la geomembrana, observándose perforaciones en algunos sectores, las que luego han sido reparadas".
(Subrayado agregado)

29. Por otro lado, en el cuadro de "Presuntos Incumplimientos a la Normativa Ambiental" del Informe de Supervisión, se señaló³⁸ :

"Al realizar el acondicionamiento y retiro de relaves, desde la zona central hacia la zona norte del depósito de relaves Chinchán, se está dañando la geomembrana, observándose perforaciones en algunos sectores". (Subrayado agregado)

30. Asimismo, en el Acta de Supervisión del 4 de noviembre de 2011³⁹ del Informe de Supervisión se detalló lo siguiente:

"La geomembrana del depósito de relaves se encuentra dañada, la que afecta [sic] la impermeabilidad de dicha infraestructura; al respecto la empresa viene realizando el retiro de relaves (...) que ocupan la zona dañada de la geomembrana (...) de manera que les permita realizar la colocación del GCL y luego la geomembrana que será soldada térmicamente; para ello la empresa se ha comprometido a realizar el retiro de los relaves y conformar el talud de los relaves hasta la Progresiva 0+200 (...)".
(Subrayado agregado)

-  31. Cabe destacar que tales afirmaciones, se complementan con las Fotografías⁴⁰ N° 76, N° 77, N° 81, N° 85, y N° 94 contenidas en el Informe de Supervisión, que describen la existencia de sectores de la geomembrana⁴¹ dañados, señalándose incluso en esta última fotografía que la apelante "debe[n] continuar (...) con la reparación de la geomembrana"⁴² . Es decir, el Informe de Supervisión no hace referencia alguna a que los relaves del Depósito de Relaves Chinchán hayan tenido contacto directo con el suelo.

32. Por otro lado, en el Informe N° 1112-2009-MEM-AAM/WAL/WBF/PR/AD/ISONRC, del 23 de setiembre de 2009, que sustenta la Resolución Directoral que aprobó el EIA del Depósito de Relaves Chinchán y del Sistema de Transporte, se señaló lo siguiente respecto al sistema de revestimiento del Depósito de Relaves de Chinchán⁴³:

"El diseño del depósito de relaves contempla un sistema de subdrenaje, un sistema de revestimiento y colección de efluentes, una berma de contención, un canal de coronación y el canal de derivación adyacente (...)"

³⁸ Foja 42 (reverso).

³⁹ Foja 66 (reverso). De modo similar se señala en las Actas de Supervisión del 27 de octubre y 10 de noviembre del 2011.

⁴⁰ Fojas 94, 95 (reverso), 96 (reverso) y 99.

⁴¹ Las Geomembranas son láminas impermeables fabricadas con materiales sintéticos y cuya principal función es la de impermeabilizar el suelo o estructuras de concreto. Se fabrican con diversos materiales entre los que destacan plásticos como el PVC y el polipropileno.

ORTEGA-GAUCIN, David. *Sequía en Nueva León: Vulnerabilidad, Impactos y Estrategias de Mitigación*. Instituto del Agua del Estado de Nuevo León. México, 2012, p. 181.

Consulta: 29 de agosto de 2014.

http://books.google.com.pe/books?id=W0AANbM6l_kC&printsec=frontcover&source=abs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.

⁴² Asimismo, en la Fotografía N° 67 (foja 91, reverso), el supervisor señaló que se realizará el cambio del material GCL y la geomembrana, para luego soldarla térmicamente.

⁴³ Foja 12.



El sistema de revestimiento consistirá de una capa de geosintético GCL (Geosynthetic Clay Liner) como barrera impermeabilizante, sobre la cual se colocará una geomembrana de polietileno de baja densidad (LLDPE) texturada de un solo lado y de 2 mm de espesor".

- 33. No obstante lo anterior, durante la supervisión, no se hizo referencia alguna a si la capa de geosintético GCL estaba deteriorada; pues el supervisor se limitó a señalar únicamente que la geomembrana de polietileno de baja densidad se encontraba dañada, lo cual afectaba la impermeabilidad de la infraestructura del depósito de relaves.
- 34. Pese a ello, mediante la Resolución Directora! N° 139-2014-OEFA/DFSAI se sancionó a Nyrstar Coricancha por no haber adoptado las medidas de previsión y control necesarias para evitar la disposición de relaves sobre el suelo, ocasionando con ello el deterioro de la geomembrana que forma parte del sistema de revestimiento del depósito de relaves Chinchán, afectando así la impermeabilidad de dicha infraestructura. Dicha situación habría generado, según la DFSAI, el incumplimiento del artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, configurando una infracción grave de acuerdo con lo previsto en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.

[Handwritten signature and scribbles]

35. Siendo esto así, se tiene que la conclusión a la que arribó la DFSAI, referida a que Nyrstar Coricancha dispuso relaves sobre el suelo, se sustenta únicamente en una presunción, toda vez que ello no fue consignado en el Informe de Supervisión. Asimismo, dicha situación no se advierte en las fotografías que fon:pan par:ie d l mismo, no existiendo otro medio probatorio obrante en el expediente que acredite tal hecho⁴⁴.

36. En tal sentido, si bien es cierto que en el procedimiento administrativo sancionador la entidad tiene la facultad de llevar a cabo una valoración conjunta de todos los medios probatorios existentes en autos, esta actividad no es irrestricta, siendo que la misma no puede ser excesiva ni ir más allá de una inferencia lógica razonable.

37. Asimismo, corresponde precisar que conforme al principio de presunción de licitud, recogido en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444, la autoridad debe presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes, en tanto no se cuente con evidencia en contrario⁴⁵.

Sobre el particular, se señala que la presunción de licitud sólo cederá si la entidad puede acopiar evidencia suficiente sobre los hechos y su autoría, tener seguridad

que se han producido todos los elementos integrantes del tipo previsto, y un razonamiento lógico suficiente que articule todos estos elementos formando

44. Al respecto, en virtud del principio de verdad material previsto en la Ley N° 27444, en concordancia con el numeral 6.1 del artículo 6° del mismo cuerpo legal, los pronunciamientos emitidos por las entidades al interior de los procedimientos administrativos sancionadores sólo podrán sustentarse en aquellos hechos que se encuentren debidamente probados.

45. Ley N° 27444, Artículo 230°. Principios de la potestad sancionadora administrativa. La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
{...}

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

46. MORÓN URSINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 725.

Lima, 16"SET. 26))

Martela Pilar Castillo Núñez
FEDATARIO

39. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia dictada en el expediente N° 2868-2004-AA/TC que:

"El derecho de presunción de inocencia garantiza que toda persona no sea sancionada si es que no existe prueba plena que, con certeza, acredite su responsabilidad, administrativa o judicial, de los cargos atribuidos. Evidentemente se lesiona ese derecho a la presunción de inocencia tanto cuando se sanciona, pese a no existir prueba plena sobre la responsabilidad del investigado, como cuando se sanciona por actos u omisiones en los que el investigado no tuvo responsabilidad. (...)"⁷

40. En efecto, la Administración sólo podrá sancionar en la medida que tenga evidencia y certeza de que se han acreditado los elementos integrantes del tipo, de modo tal que no pueda sustentar una imputación en presunciones o medios probatorios que no ofrezcan convicción sobre la ocurrencia de los mismos. Siendo ello así, toda resolución sancionadora requiere contar con la certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos.⁴⁸
41. Por tanto, se desprende que la DFSAI motivó la resolución apelada sobre la base de hechos que no fueron identificados durante la supervisión ni que se precisan en el Informe de Supervisión, en el cual no se concluye que los relaves tuvieron contacto directo con el suelo y que por lo tanto, dichos elementos causaron daño ambiental. Por esta razón, no ha quedado acreditado que Nyrstar Coricancha infringió el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM.

42. En virtud de las consideraciones expuestas; corresponde revocar la Resolución Directoral N° 139-2014-OEFA/DFSAI la cual halló responsable y sancionó a Nyrstar Coricancha por el incumplimiento del artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, con una multa 50 UIT, prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-200-EM-VMM y, en consecuencia, archivar el presente procedimiento administrativo sancionador.

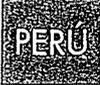
De conformidad con lo establecido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental; el Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, y la Resolución del Consejo Directivo N° 032-2013-OEFNCD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución Directoral N° 139-2014-OEFA/DFSAI del 28 de febrero del 2014; por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, y, en consecuencia, disponer el archivo del procedimiento administrativo sancionador.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del 24 de noviembre de 2004, recaída en el expediente N° 2868-2004-AA/TC, Fundamento jurídico 21.

^a García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo 11. Lima: Editorial Temis, 2011, p.1084.



Ministerio del Ambiente

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

SEGUNDO.- Notificar la presente resolución y Nrrstar Coricancha S.A. y remitir el expediente a la dirección de Fiscalización, SaJ"ción Y Aplicación de Incentivos, para los fines correspondientes.

Regístrese { comun/qu

.....
JAIME PEDRAZA DE LIPUENTE PARODI
Presidentg____/
Primera Sala Especializada Permanente
competente en las materias de Minería y Energía
Tribunal de Fiscalización Ambiental

.....
HUMBERTO ÁNGEL ZÚÑIGA SCHRODER
Vocal
Primera Sala Especializada Permanente
competente en las materias de Minería y Energía
Tribunal de Fiscalización Ambiental

.....
EMILIO JOSÉ MEDRAN SÁNCHEZ
Vocal
Primera Sala Especializada Permanente
competente en las materias de Minería y Energía
Tribunal de Fiscalización Ambiental



OEFA
Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

El fedatario que suscribe certifica que el presente documento que ha tenido a la vista es COPIA FIEL DEL ORIGINAL, y al que me remito en caso necesario de lo que doy fe.

Lima, **16 SET. 2014**

.....
Mariela Pilar Castillo Núñez
FEDATARIO

