

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**INFORME JURIDICO SOBRE RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO NRO.
131-2010-OS/CD DE FECHA 27 DE MAYO DEL 2010. PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO SANCIONADOR INICIADO POR OSINERGMIN A LA
EMPRESA SOUTHERN PERÚ COPPER CORPORACIÓN**

**Trabajo de Suficiencia Profesional para optar por el Título de
Abogado que presenta:**

LUZ GIOVANNA MACEDO PALOMINO

**ASESOR
JORGE ARMANDO DIAZ MONTALVO**


Lima, 2022

INFORME DE SIMILITUD

Yo, Jorge Armando Diaz Montalvo, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del informe jurídico titulado, “INFORME JURÍDICO SOBRE RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO NRO. 131-2010-OS/CD DE FECHA 27 DE MAYO DEL 2010. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR INICIADO POR OSINERGMIN A LA EMPRESA SOUTHERN PERÚ COPPER CORPORATION”, de la autora Luz Giovanna Macedo Palomino, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 28%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 12/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 24 de enero de 2023

<u>Diaz Montalvo, Jorge Armando</u>	
DNI: 43198239	Firma 
ORCID https://orcid.org/0000-0002-6659-787X	

RESUMEN

El presente trabajo me permite identificar como la Administración en algunos casos no actúa de acuerdo a la legalidad que rige al Derecho Administrativo Sancionador, esta actuación de Osinergmin no se encuentra acorde a la normativa de la LPAG, donde sus actuaciones debieron estar sujetas a las garantías que le son inherentes al administrado, derechos que deben estar contenidos en el respeto a los principios, la jerarquía de normas, la competencia, donde la aplicación de sanciones de primera instancia debe seguir un cauce previo y formal antes de imponer una sanción, donde el administrado debe saber porque se le sanciona para ejercer su derecho de defensa y ofrecer pruebas que demuestren el grado de veracidad de sus afirmaciones.

La determinación de la responsabilidad administrativa debe ser aplicada como un medio, no como un fin, es un medio para la protección de principios y otros derechos, en el caso concreto el administrado considera vulnerados los principios de legalidad, tipicidad, debido procedimiento administrativo, el derecho de defensa y el principio del non bis in ídem, los mismos que en el informe se demostrará como éstos han sido vulnerados.

Finalmente, la Constitución, la LPAG, el Tribunal Constitucional a través de jurisprudencia, en doctrina y otros documentos que han servido de sustento para demostrar que el ius punendi que impone el Estado a través de sus instituciones estarán sujetas a control y posterior revisión de sus actuaciones, los mismos que de considerarse vulnerados podrán agotar la vía administrativa y ser impugnados en la vía judicial.



Palabras claves

Legalidad, tipicidad, debido procedimiento administrativo, derecho de defensa y non bis in ídem.

ÍNDICE

Carátula.....	1
Resumen.....	2
Índice.....	3
Cuadro de datos principales del Caso.....	4
I. Introducción	
1.1 Justificación de la Elección	4
1.2 Presentación del Caso.....	5
II. Identificación de Hechos relevantes.....	5
2.1 Antecedentes.....	5
2.1.1 Osinergmin.....	5
2.1.2 Southern Perú Cooper Corporation.....	5
2.2 Hechos relevantes del caso.....	6
2.2.1 Primera Instancia.....	6
2.2.2 Segunda Instancia.....	7
III. Análisis de los Problemas Jurídicos.....	8
3.1 Análisis de Problemas controvertido central.....	8
3.1.1 Principio de Legalidad.....	9-11
3.1.2 Principio de Tipicidad.....	12-13
3.1.3 Principio del Debido Procedimiento Administrativo.....	14-16
3.1.4 Principio de Derecho de Defensa.....	17-19
3.1.5 Principio del Non nis in ídem.....	19-22
3.2 Análisis del Problemas Secundarios.....	23
3.2.1 Era Osinergmin competente para fiscalizar y Sancionar... ..	23
3.2.1.1 Competencia de Osinergmin.....	23-24
3.2.1.2 Rol de la Dirección General de Salud.....	24-26
3.2.2 Se puede regular una infracción con Decreto Supremo ó Resolución Ministerial, como se condice con el principio de legalidad y tipicidad.....	27
3.2.2.1 PAMA.....	27
3.2.2.2 LMP.....	27
3.2.2.3 Aprobación PAMA de Southern.....	28
3.2.2.4 Inicio del PAS a Southern.....	28
3.2.2.5 Incorrecta aplicación del PAS.....	28-30
3.2.3 La Responsabilidad Administrativa fue determinada por Osinergmin de forma adecuada.....	31
3.2.3.1 Necesidad de un PAS.....	31
3.2.3.2 Noción de Proced. Adm. Sancionador.....	32
3.2.3.3 Alcance, contenido y límites de fiscalización.....	32
3.2.3.4 El control de la Responsabilidad Administrativa..	33
3.2.3.5 Responsabilidad Administrativa.....	33
VI. Posición de la Candidata.....	34-36
V. Anexos.....	37-40
VI. Conclusiones	42-43
VII. Bibliografía	44-45

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

No. Exp. / No. Resolución o Sentencia / nombre del caso	Expediente Nro. 2007-024
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	Derecho Administrativo Sancionador
Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes	Resolución Concejo Directivo Nro. 131-2010-OS/CD
Demandante / Denunciante	Organismo Supervisor de la Inversión en Energía Minera – OSINERMIN
Demandado / Denunciado	Southern Perú Copper Corporation – Sucursal Perú
Instancia administrativa o jurisdiccional	Primera y Segunda Instancia Administrativa
Terceros	Dirección General de Salud Ambiental-DIGESA, Ministerio de Energía y Minas, Gerencia de Fiscalización Minera
Otros	<i>Principio de legalidad, Principio de tipicidad, Principio del debido procedimiento administrativo, derecho de defensa, principio de non bis in ídem, competencia, jerarquía normativa y responsabilidad administrativa</i>

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección de la resolución

El presente caso es un Procedimiento Administrativo Sancionador, que cuestionará cinco principios en la determinación de infracciones y sanciones, principios que se encuentran amparados en la Constitución, la LPAG jurisprudencia, doctrina y todo artículo que nos pueda ilustrar en el tema, siendo una interesante oportunidad que me brinda el programa de segunda especialidad de derecho administrativo, para con entusiasmo investigar respecto de una controversia entre el Estado (que través de sus entidades competentes) y un administrado (en el caso concreto será una persona jurídica), la empresa Souther Perú quien de primera instancia tendrá que probar que actuó con respeto a las normativas ambientales emitidas en el Perú, país donde ejecuta el proyecto, y de la otra parte la Administración a través de OSINERMIN quien ha realizado el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, en el caso concreto se analizará si la Entidad ha emitido un pronunciamiento bajo el debido procedimiento administrativo, respetando los principios de legalidad, tipicidad, derecho de defensa, debido procedimiento y el principio del non bis in ídem, así como, determinar la competencias de los órganos encargados de hacer cumplir las normas ambientales y autorizaciones, la jerarquía de normas y la correcta aplicación de la responsabilidad administrativa.

1.2. Presentación del caso

El informe jurídico analiza la sanción impuesta a la Empresa Southern Perú Copper Corporation (en adelante Southern), emitida por el Consejo Directivo del Organismo Sancionador de Energía y Minas (en adelante Osinergmin), con Resolución Nro. 131-2010-OS/CD la administración declara infundado el recurso de apelación presentado por el administrado contra la Resolución de Gerencia Nro. 1195-2008-1-O/GFM; la controversia se inicia por los supuestos incumplimientos de PAMA, LMP y normas ambientales, se cuestionan infracciones a las medidas de previsión y control sobre vertimientos de aguas y, por incumplimiento de normas al Programa de Adecuación y Manejo Ambiental-PAMA que superan los límites máximos permitidos-LMP.

Así tenemos, que en atención al principio del debido procedimiento se analizaran los hechos realizados por el administrado y por la administración en el desarrollo de un procedimiento administrativo sancionador, quienes deberán actuar acordes a los límites que impone la constitución, la LPAG, las Leyes generales y especiales, entre otra normativa pertinente y al momento de sancionar verificar que se hayan respetado las garantías que le son inherentes a todo administrado.

II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes

- 2.1.1 Institución Pública que inicia el PAS: Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minas- **OSINERGMIN**¹
- 2.1.2 Administrado: **Empresa Southern Perú Cooper Corporation** en adelante Southern, empresa que tiene sucursal en el Perú, en el caso en concreto sobre la Fundición y Refinería de Cobre en Ilo, respecto de este proyecto se inician actividades en el año 1994, a inicios de la década de 1990 especialmente en la actividad minera, en esos años el Estado procedió a implementar una serie de reformas que tenían como principal meta, generar una plataforma económica que resultara interesante para atraer inversionistas. Es así como se promulgaron leyes que flexibilizaban los procedimientos administrativos y otorgaban garantías y seguridades de inversión a los privados, en ese contexto Southern ingresa a invertir en el Perú.
- 2.1.3 Con escrito de fecha 11 de diciembre del 2007, la Empresa Southern informa a Osinergmin la culminación satisfactoria de la III Etapa del Proyecto denominado Modernización de la Fundición Ilo, indicando que se ejecutaron la totalidad de los proyectos contemplados en el PAMA de Southern, cumplidos de acuerdo con lo establecido en la Resolución Ministerial Nro. 011-96-EM-VMM, la adecuación al PAMA por la empresa Southern fue aprobado por Resolución Ministerial Nro. 042-97-EM/DGM de fecha 31 de enero de 1997 y modificada por la Resolución Nro. 023-2002-EM/DG y Resolución Nro. 366-2003-EM/DGAA, dicho escrito ingresa con fecha 01 de febrero del 2007 al Ministerio de Energía y Minas con registro Nro. 1664442.
- 2.1.4 El Consejo Directivo del OSINERGMIN remite con Oficio Nro. 391-2007-MEM/DGM de fecha 19 de abril del 2007, la carta remitida por Southern a la

¹ Es una entidad pública que tiene la finalidad de poder regular y supervisar a la totalidad de las empresas que se encuentran dentro del ámbito minero, eléctrico y de hidrocarburos.

Dirección General de Minería, con el objeto que se tomen las respectivas acciones de fiscalización por ser de su competencia.

2.2. HECHOS RELEVANTES DEL CASO

2.2.1 PRIMERA INSTANCIA

2.2.1.1 La Dirección General de Minería (en adelante DGM) del Ministerio de Energía y Minas (en adelante MEM), al tomar conocimiento que la Empresa Southern concluyo la III Etapa del Proyecto "Modernización de la Fundición Ilo" y, debiendo verificarse el cumplimiento del Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (en adelante PAMA), con el objeto que se realice la fiscalización a la Empresa que permita determinar si se cumplió con el PAMA, toma las siguientes acciones:

2.2.1.2 OSINERMINING designa a la Empresa Fiscalizadora Externa Tecnología XXI SA (en adelante Tecnología XXI), con Oficio Nro. 065-2007-OSINERMINING-OPC de fecha 4 de mayo del 2007, para que realice la auditoría ambiental, la misma que se realizó con la asistencia técnica de Consultora Deloitte.

2.2.1.3 La empresa Tecnología XXI con cartas de fechas 04 de julio del 2007 y 19 de noviembre del 2007 presentó informes de las auditorías ambientales del PAMA efectuadas a la Empresa Southern.

2.2.1.4 La Gerencia de Fiscalización Minera de Osinergmin con los resultados de la auditoría ambiental, con oficios Nro. 248-2007-OS-GFM de fecha 28 de noviembre del 2007 y 034-2008-OS-DGM del 15 de enero del 2008, inicio procedimiento administrativo sancionador a Southern, al haberse detectado el incumplimiento a los compromisos PAMA, LMP e infracciones a las normas ambientales.

2.2.1.5 Con la **Resolución de Gerencia Nro. 1195-2008-1-OS-GFM** del 22 de abril del 2008, se sancionó a Southern con las siguientes Multas:

a. Multa de 103.75 UIT por incumplimiento de 2 proyectos de su Programa de Adecuación y Manejo Ambiental-PAMA y por 2 infracciones graves al superar los Límites Máximos Permisibles (LMP) de acuerdo con el siguiente detalle:

- 3.75 UIT por incumplimiento de dos proyectos PAMA en el Proyecto de planta de metales preciosos y de selenio y mejora en la zona de lavado de carros de ferrocarril;

b. Multa de 100 UIT por dos infracciones graves respecto de la vulneración de límites máximos permisibles para los parámetros de partículas de las emisiones de la chimenea del horno Isasmelt y parámetro arsénico en el afluente líquido de la fundición (Fu-i-9);

Además, se sancionó a la empresa con una segunda multa de 70 UIT por infracción al Art. 104 de la Ley General de Salud, Ley General del Ambiente y su Reglamento respecto de la Protección Ambiental para las actividades Minero-Metalúrgicas.

La Multa de 70 UIT se configuro de la siguiente manera:

- 50 UIT por descarga no autorizada de vertimientos de tres afluentes líquidos hacia el mar, provenientes de la fundición.

- 20 UIT por dos infracciones vinculadas a la emisión del material articulado en el circuito de chancado, sin haber adoptado medidas de previsión y control para evitar o reducir dicha emisión.

Finalmente, se requirió a Southern que presente el Plan de Cese de Proceso/Instalación en el plazo máximo de cuatro (04) meses.

2.2.1.6 Southern con cartas de fechas 11 y 13 de diciembre del 2007, 08 y 30 de enero del 2008 efectuó los descargos en su defensa por cada uno de los puntos por

los presuntos incumplimientos que dieron inicio al procedimiento administrativo sancionador en su contra.

- 2.2.1.7 La consultora Deloitte, con fecha 13 de diciembre del 2007 presentó informe de la Auditoría Financiera del Proyecto "Modernización de la Fundición PAMA" de la "Fundición y Refinería de Cobre-Ilo".

Con la Resolución Nro. 1195-2008-1-OS/GFM se resuelve: primero, se acumulan procedimientos administrativos sancionadores iniciados a Southern incoados a través de Oficio Nro. 248-2007 y Nro. 034-2008 en aplicación al artículo 149 de la LPAG; segundo sancionan a Southern por el Incumplimiento de dos proyectos contenidos en el PAMA y por dos infracciones graves al superar los Límites Máximos Permitidos de vertimientos de agua imponiéndosele multas, asimismo, por Infracciones al artículo 104 de la Ley General de Salud, los artículos 74 y 75.1 de la Ley General del Ambiente y los artículos 5 y 6 del Reglamento de Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo Nro. 016-93-EM.

2.2.2 SEGUNDA INSTANCIA

- 2.2.2.1 La Empresa Southern con Escrito de fecha 21 de mayo del 2008, no estando de acuerdo con la Resolución de la Gerencia General del Osinergmin, al amparo del inciso 30.2 del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Osinergmin y dentro del plazo legal interpone Recurso de Reconsideración.

- 2.2.2.2 La empresa Southern argumenta y solicita la nulidad de lo actuado, considerando de primera instancia que se vulneran los principios de legalidad, tipicidad, el debido procedimiento administrativo, el derecho de defensa y el principio del non bis in ídem.

Asimismo, considera que Osinergmin ha ejercido competencias que no le correspondían y que la Resolución no se adecuó a lo exigido por el principio de legalidad y tipicidad, en el sentido que se determinaron las sanciones en base a Resoluciones Ministeriales y a un Reglamento, ambas normas infralegales; se vulneró el principio del debido procedimiento administrativo cuando no se valoraron las pruebas debidamente, por lo tanto se vulneró su derecho de defensa y el principio del non bis in ídem al determinar dos veces una misma sanción al mismo administrado por el mismo hecho, finalmente no aplicó la norma especial que debía aplicarse en caso de infracciones e incumplimientos respecto del PAMA.

- 2.2.2.3 Con Informe de la Gerencia de Fiscalización Minera Nro. 260-2008-GFM, de fecha 08 de enero del 2008, se analiza recurso de reconsideración presentado por Southern y se reencauza como recurso de apelación.

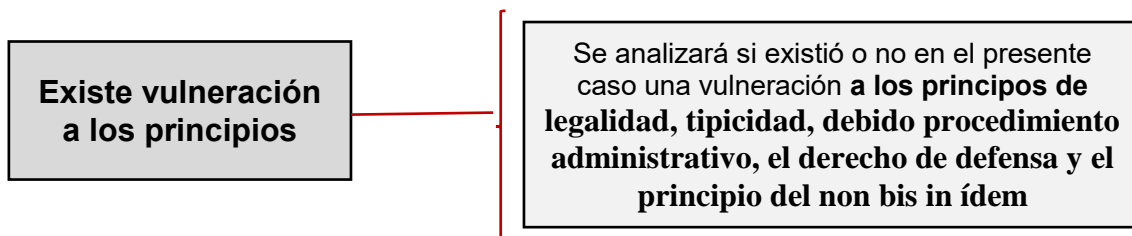
- 2.2.2.4 Evaluados los actuados respecto de los incumplimientos de los compromisos PAMA, LMP en emisiones y afluentes y de adoptar medidas de previsión y control, Osinergmin argumenta cada uno de los puntos controvertidos y resuelve declarar infundado el recurso de apelación, presentado por la Empresa Southern contra la Resolución de la Gerencia General Nro. 1195-2008-1-OS-GFM.

Se declara agotada la Vía administrativa.

III. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Problema Controvertido Central

¿La decisión emitida a través de la Resolución 131-2010-OS/CD, vulnera los principios de legalidad, tipicidad, debido procedimiento administrativo, el derecho de defensa y non bis in ídem; en el marco del procedimiento seguido contra la Empresa Southern?



En el presente trabajo, se ha determinado que el bien jurídico a proteger a través del procedimiento administrativo sancionador es el Medio Ambiente, se realizará el análisis de la conducta infractora de un administrado en un procedimiento administrativo sancionador, que activa el ius imperium de la administración, en protección del medio ambiente, que hoy ha tomado un lugar importante en el Perú y el mundo entero, su tratamiento es primordial en los temas de agenda nacional e internacional, es por esta razón que el Estado tiene como finalidad hacer cumplir la normativa ambiental, sin que ello signifique que deba ser contraria a la inversión privada, siendo que esta inversión de los administrados tiene importancia en el desarrollo del país.

En doctrina, para el ordenamiento jurídico administrativo, Morón ha manifestado que la incorporación positiva en cuanto a los principios se encuentra distribuidos de acuerdo con cada sector en cuanto a una determinada acción administrativa, siendo la inobservancia un principio que involucra un nivel de gravedad considerable en referencia con la norma sustantiva y procedimental.²

En ese orden de ideas, tenemos el caso concreto de la Resolución del Consejo Directivo Nro. 131.2010-OS/CD emitida por Osinergmin, que dispone confirmar la Resolución de la Gerencia General que sanciona a la Empresa Southern, por su parte Southern cuestiona la vulneración de los principios de legalidad, tipicidad, debido procedimiento administrativo, derecho de defensa y el non bis in ídem, principios que individualmente y en su conjunto unos con otros, tendrán un contenido que el ordenamiento jurídico peruano le reconoce de acuerdo a la realidad de los hechos, entendidos los principios como derechos fundamentales de reconocimiento constitucional, privilegiados en el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, pasaremos a realizar un análisis de cada uno de los principios que se encuentran cuestionados por la empresa Southern, para determinar si estos fueron vulnerados por Osinergmin a través de la Resolución de la Gerencia General Nro. 1195-2008-OSGFM (en primera Instancia administrativa) y la Resolución del Consejo Directivo Nro. 131-2010-OS/CD (segunda instancia administrativa), de los argumentos jurídicos que cada una de las partes aporta al proceso, se valorará la pertinencia en aplicación de la normativa.

² Morón (2017), señala que la legalidad está relacionada con la normativa superior esencial que amerita el respeto hacia la correcta administración de los organismos públicos.

3.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En Jurisprudencia, el principio de legalidad se configura como un ejemplo de la subordinación de la Administración al Derecho³, debido a que ha sido definido por el Tribunal Constitucional y la doctrina como uno de los más importantes para la función administrativa en el marco de la tramitación de los procesos administrativos sancionadores, numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo respaldan, la disposición de cumplir con exigencias que le dan garantía a este principio y la doctrina se encuentra alineada en ese sentido, más aún tratándose de procedimientos administrativos sancionadores.

Asimismo tenemos que, con Exp. 00020-2015-PI/TC⁴, el Tribunal Constitucional afirmó que existen principios básicos que deben contar con garantías en el ejercicio de la potestad sancionadora y no será posible la arbitrariedad por parte del Estado; debido a que para imponer sanciones la infracción deberá encontrarse tipificada y prevista en una norma con rango de Ley⁵.

Encuentra respaldo constitucional en el literal d), artículo 2.24 de la Constitución⁶, asimismo encontramos que el artículo IV del título preliminar del TUO de la LPAG⁷, respecto al principio de legalidad nos refiere que se deberá actuar con respeto a la Constitución, la Ley y el derecho.

La LPAG como norma que regula el procedimiento administrativo, es muy clara cuando requiere que la potestad sancionadora debe encontrarse determinada en la Ley, de acuerdo al 248.1 y para mayor garantía para el administrado refiere que para que este principio se cumpla, las autoridades administrativas deben actuar cumpliendo con la normativa emitida de acuerdo a ley, asimismo, debe contar con competencia atribuida por Ley para cumplir con los fines que se le otorga, entonces se entiende que para que las entidades puedan establecer sanciones a los administrados, debe ser observando los principios del artículo 248 y las garantías que le son inherentes al administrado.

Así tenemos en el caso concreto, que Osinergmin con Resolución del Concejo Directivo Nro. 131-2010-1-OS/GFM de fecha 27 de mayo del 2010, declara infundado el recurso de apelación presentado por la Empresa Southern contra la Resolución de la Gerencia General Nro. 1195-2008-1-OS/GFM respecto del Incumplimiento de dos proyectos contenidos en el PAMA, dos infracciones graves al no superar los LMP e incumplimientos de adoptar medidas de previsión y control en su concesión de beneficio en la "Fundición y Refinería de Cobre Ilo".

Osinergmin, argumenta respecto del principio de legalidad, que si bien el artículo 248.1 de la LPAG pone en manifiesto que únicamente la norma con rango de ley, puede llegar a contar con la capacidad de sanción, también se debe tomar en consideración los reglamentos.

Southern por su parte argumenta que el principio de legalidad en materia sancionatoria exige que las normas que atribuyen infracciones se deben encontrar reguladas en una norma con rango de Ley, tal como lo establece la LPAG en el artículo 248.1.

³ <https://iuslatín.pe/Derecho Administrativo: ¿en qué consiste el principio de legalidad? | IUSLatin>.

⁴ Serva (2017), ha valorado al principio de tipicidad como aquel ejercicio de potestad de sanción en cuanto a la administración y la tramitación de determinados procedimientos administrativos.

⁵ Exp. 00020 – 2015 – PI / TC, señala que el principio de legalidad, tipicidad y debido procedimiento; así como, el non bis in ídem, ahondan en el ejercicio de potestad de sanción.

⁶ Literal d), artículo 2.24 de la constitución, nadie puede llegar a ser procesado ni condenado en cuanto a la exposición o demostración de un hecho de acuerdo a validar una infracción punible.

⁷ Artículo IV del título preliminar del TUO de la LPAG, toda entidad administrativa debe de actuar de acuerdo con lo señalado por la ley y el derecho.

Así entonces, tenemos en doctrina, de acuerdo a lo señalado por Moron⁸, el principio de legalidad estaría compuesto por dos componentes:

1. En materia de atribución de competencia en el ámbito sancionador: Debe ser otorgada por norma con rango de ley y no será posible que esta potestad sea habilitada si no se encuentra contenida en una norma con rango de ley.
2. Respecto de la determinación de sanciones: Las consecuencias jurídicas por la comisión de incumplimientos administrativos deberán encontrarse establecidos en normas con rango de ley.

En ese sentido, nos encontramos frente a un caso de reserva de ley, establecida en la LPAG, pero no en la constitución, por lo que la reserva no será absoluta sino relativa.

El Tribunal Constitucional⁹ respecto de la potestad reglamentaria menciona que esta potestad no es ilimitada debido a que se encuentra sujeta a control posterior por parte de la Administración y que esta se encargará de analizar la transgresión en la que haya incurrido la ley o el reglamento. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 3663-2005-PC/TC¹⁰, nos dice que la subordinación de la ley por parte de la administración no puede contradecir a la constitución y la ley.

En ese sentido, se puede señalar que los reglamentos no llegan a contar con la capacidad de ley, debido a que son inferiores hacia aquellas que sí cuentan con una valoración o rango de ley.¹¹

En el presente caso, respecto del Reglamento de Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica nos encontramos frente a un reglamento no a una Ley, en ese sentido, siguiendo a la interpretación del Tribunal Constitucional, expediente 010-2002-AI/TC, para superar el principio de legalidad, impone la existencia de una Ley “lex scripta”, entendida como “Ley Cierta”.

En doctrina, se puede manifestar la admisión de la colaboración reglamentaria respecto a la normatividad vigente en relación con el principio de tipicidad, legalidad y la capacidad que se tiene en un procedimiento administrativo de sancionar.¹²

En ese sentido, el reglamento podrá admitirse como una colaboración, para que la ley que le da origen pueda ser desarrollada de manera más precisa en los puntos que sea necesaria esa precisión, sin embargo, en ningún caso la autorizará a realizar cambios sustanciales que la ley no haya desarrollado y/o a interpretar o argumentar el desarrollo del contenido de la ley que regula, en el caso en concreto, no podrá citar una ley que de manera general dice que el titular de la actividad minera deberá actuar de una determinada manera y mucho menos si se trata de determinar una sanción, como lo apreciaremos a lo largo del informe, dentro del procedimiento administrativo sancionador deberá existir de manera clara y precisa la determinación de la infracción que ha cometido el administrado, además esa potestad que a través de reglamento se le ha otorgado a la administración debe ser determinada de manera explícita a través de una ley.

⁸ Morón (2017), únicamente la normativa ofrece a las entidades una potestad de sanción y el ofrecimiento de consecuencias administrativas.

⁹ Carmona (2017), el Tribunal Constitucional expone la relación en cuanto a la potestad reglamentaria y la no limitación en términos del control jurisdiccional posterior, valorando con ello la transgresión.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 3662 – 2005 – PC/TC, expone la subordinación de ley en cuanto al ejercicio de la potestad atribuida hacia la administración y valora la potestad normativa secundaria en cuanto a la incorporación del ordenamiento jurídico.

¹¹ Rebollo, pág. 228

¹² Nieto (2005, p. 260)

Por lo expuesto, respecto de la determinación de multa a través del Reglamento de Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica, de primera instancia los artículos 5 y 6 sólo establecen de manera general lo que un titular minero debiera hacer ante riesgo y daño ambiental, por lo tanto, como nos dice Zegarra respecto del reglamento *"...con la clara limitación de que este no pretenda crear figuras, el objetivo es suplir la deficiencias de la normativa"*.

Siendo el principio de legalidad uno de mayor importancia en el derecho administrativo, debido a que todas las autoridades administrativas deberán actuar con respeto a la constitución, la ley y al derecho, entendida la reserva legal, cuando ninguna autoridad podría atribuirse competencia sancionadora sobre un administrado, sin antes estar facultada por una norma expresa con rango de ley que la habilite, Osinergmin no podría sustentar la sanción a través de reglamento, en el supuesto caso, que este reglamento pase las exigencias requeridas, que de primera instancia haya sido aprobado mediante ley, y que no desnaturalice el contenido de la ley atribuyéndose facultades más allá que es complementar, aclarar o precisar lo que en la ley esta determinado.

Respecto de las infracciones determinadas en el artículo 104 de la Ley de Salud y los artículos 74 y 75.1 de la Ley General del Ambiente, si bien es cierto son Leyes que tienen jerarquía que la habilitaría a pasar la exigencia requerida de *lex scripta*, estas leyes sólo mencionan de manera general la infracción y como lo veremos más adelante con mayor detalle en el principio de tipicidad, las infracciones deben estar previstas expresamente en una norma con rango de Ley, sin admitir interpretación extensiva o análoga tal como lo señala la LPAG en su artículo 248.4.

Asimismo tenemos, que la Resolución del Concejo Directivo 131-2010-OS/CD, Osinergmin luego de evaluar los argumentos sobre la solicitud de nulidad y la reconsideración de Southern, argumenta sobre cada uno de los puntos de la Resolución de la Gerencia General y, respecto del primer sustento para sancionar a la Empresa Southern, lo hace en base a las Resoluciones Ministeriales Nro. 315-06-EM/VMM y Nro.011-93-EM, ambas resoluciones que no tienen rango de Ley.

A continuación presentaré Cuadro de la posición de las partes respecto del principio de legalidad, análisis y nuestra posición:

PRINCIPIO VULNERADO	OSINERGMIN	SOUTHERN	NORMATIVA	POSICIÓN
PRINCIPIO DE LEGALIDAD	OSINERGMIN, argumenta del principio de legalidad, que si bien el artículo 248.1 de la LPAG señala que "sólo por norma con rango de ley se puede atribuir potestad sancionadora, en donde se señala que esta debe de respetar las conductas sancionadoras.	SOUTHERN por su parte argumenta que el principio de legalidad en materia sancionatoria exige que las normas que atribuyen infracciones se deben encontrar reguladas en una norma con rango de Ley, tal como lo establece la LPAG en el artículo 248.1.	LA LPAG, art. 248, inc. 1 reconoce que "sólo por norma con rango de Ley cabe atribuir a las Entidades la potestad sancionadora"	De lo expuesto, apreciamos que existe una controversia por la exigencia en la normativa que debe existir una ley, la misma que autorizará a la Administración a imponer una sanción y en consecuencia vía interpretación del Reglamento no se puede transgredir lo que la Ley no norma, ni mucho menos sancionar sin que esa infracción este previamente determinada de manera clara y precisa en la Ley.

3.2 EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD

En la normativa de la LPAG, el artículo 248, inciso 4¹³, respecto del principio de tipicidad, dispone que sólo constituyen conductas sancionables, aquellas infracciones que cuando sean determinadas a los administrados se encuentre previstas en normas con rango de Ley, sin admitir interpretación extensiva o analoga.

En jurisprudencia, tenemos la sentencia del Expediente N° 00197-2010-PA/TC¹⁴, el Tribunal Constitucional cito al principio de tipicidad, señalando que el literal 2.24 de la Constitución establece que nadie podrá ser procesado ni sancionado por una conducta no calificada como infracción en la Ley y que la misma deberá ser expresa e inequívoca.

En doctrina Diego Zegarra¹⁵ nos dice que si bien es cierto los conceptos jurídicos son interminados en algunas ocasiones respecto de la tipificación, esto no puede significar que se pretenda crear figuras diferentes o incorporar conceptos jurídicos indeterminados, lo único que podrá hacer es suplir deficiencias de la normativa.

En ese sentido, tenemos que el sustento de la resolución de Concejo Directivo emitido por Osinergmin que sanciona a Southern respecto de los supuestos incumplimientos a la normativa ambiental, tiene como base al artículo 104 de la Ley General de Salud¹⁶ y al artículo 74 y 75 de la Ley General del Ambiente¹⁷, los citados artículos describen de manera general las prohibiciones de prevención del riesgo y ambientales de cualquier titular minero.

Por su parte, Southern sustenta que si bien es cierto las dos normas citadas, tienen rango de ley, la ley de salud y la ley del ambiente, sin embargo, ninguna de ellas satisface ni la tipificación de la conducta sancionable, ni la especificación de la sanción aplicable.

En ese sentido, Morón¹⁸ indica que el contenido del principio de tipicidad exige el cumplimiento de tres aspectos concurrentes:

- a) La reserva de ley para la descripción de las conductas pasibles de sanción administrativa, salvo se permita colaboración reglamentaria.
- b) La exigencia de certeza suficiente en la descripción de las conductas sancionables
- c) La prohibición de interpretaciones extensivas y analógicas.

Respecto al primer aspecto, la conducta infractora deberá estar tipificada en la ley o reglamento, una ley debe habilitarlo, la realidad es que en la práctica no es frecuente que las leyes incluyan un catálogo de infracciones y sus correspondientes

¹³ Art. 218, inc. 4, representa la conducta sancionable dentro del ámbito administrativo, valorando las infracciones previstas dentro de la normatividad vigente, entre otras consideraciones explicadas de forma profunda dentro del apartado mencionado.

¹⁴ Expediente N° 00197 – 210 – PA / TC, manifiesta que el principio de legalidad se encuentra manifestado dentro de la normativa constitucional, principalmente en el artículo 2.24, literal d.

¹⁵ Zegarra (2016), señala que hoy en día llega a ser aceptada el empleo de conceptos jurídicos indeterminados en cuanto a la tipificación de infracciones, sin que se llegue a poner en manifiesto la disconformidad con la exigencia de la claridad descriptiva del tipo que conduzca a la lex certa.

¹⁶ Ley de Salud (26842), artículo 104, toda persona natural o jurídica, tiene la prohibición de eliminar desechos que contaminen el medio ambiente.

¹⁷ Ley del ambiente (28611), artículo 74 y 75, ponen en manifiesto que toda persona natural y jurídica que elimina un desecho es responsable de los efectos generados en el medio ambiente; así como, el adoptar medidas de prevención de riesgos y compensación de daños.

¹⁸ Morón (2017), pone en señalamiento comentarios relacionados con los comentarios acerca de la ley del procedimiento administrativo general, en cuanto a la conducta infractora, el cumplimiento de la certeza suficiente y la valoración del principio de tipicidad.

sanciones, es por esta razón que serán desarrolladas por un reglamento normativo, y esta colaboración deberá estar establecida en la ley.

En el segundo aspecto, la certeza que exige la norma es que esas conductas infractoras debieran tener suficiente sustento y atenerse a la responsabilidad y sanción que le corresponde al administrado.

El tercer componente del principio de tipicidad, la determinación de conducta, deberá ceñirse a la obligación de tipificar infracciones y sanciones, donde el funcionario competente describirá la conducta de manera restrictiva, donde no existirá interpretación extensiva o análoga.

En ese orden de ideas, respecto de la determinación de sanciones por parte de Osinergmin a la empresa Southern por incumplimiento por vertimiento de aguas al mar de Ilo, cuyo sustento de la sanción en los artículos 5 y 6 del Reglamento¹⁹ para la Protección Ambiental de la Actividad Minero Metalúrgica, como podemos apreciar de los artículos son normas generales que describen a todo titular minero que sea responsable de vertimientos.

La Empresa Southern alega en su recurso de reconsideración que, respecto de los supuestos incumplimientos determinados por Osinergmin, en ellos no se establece claramente cuál es la ley que tipifica la infracción y cuál es la ley que establece la sanción, vulnerándose el principio de legalidad y el principio de tipicidad administrativa; en el caso de la mención al Reglamento la empresa manifiesta que la potestad sancionadora debe estar prevista en una ley.

Tanto el artículo 5 de la Ley de Protección Ambiental Minero Metalúrgica, nos habla de *"un titular minero"* por lo tanto, nos hace referencia a cualquier titular minero que sea responsables de vertimientos de desechos al ambiente, porque es perjudicial para el medio ambiente, y el artículo 6 nos dice que *"es obligación del titular minero los programas de previsión y control"* y, de manera general hace mención a los EIA, PAMA entre otros que pudieran tener efectos negativos en el medio ambiente, sin embargo, el contenido del principio de tipicidad exige la certeza suficiente en la descripción de las conductas sancionables, como bien lo manifiesta el TC *"Lex certa"*

En ese sentido, la Resolución 131-2010-OS/CD vulnera el principio de tipicidad, es contraria al artículo 2.24 inciso d) de la constitución y al artículo 248.4 del TUO de la LPAG, respecto de los incumplimientos al PAMA y a los vertimientos de agua al mar de Ilo sin autorización, en este punto porque no es la competente para sancionar, las normas que sirven de sustento a Osinergmin sólo establece en las normas generales precauciones que todo titular debe tener a la normativa ambiental.

A continuación presentaré Cuadro de posición de las partes, análisis de normativa y nuestra posición:

¹⁹ Reglamento para la protección ambiental en cuanto a la actividad minero-metalúrgica, valorando la información señalada en el artículo 5 y 6, relacionada con las responsabilidades del emisor de desechos y las obligaciones de compensación de este.

PRINCIPIO VULNERADO	OSINERGMIN	SOUTHERN	NORMATIVA	POSICIÓN
PRINCIPIO DE TIPICIDAD	Respecto de los supuestos incumplimientos a la normativa ambiental, y para sancionar aplica como base a Ley General de Salud, Ley General del Ambiente y Reglamento de Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica aprobado por Decreto Supremo Nro. 016-93-EM.	Por su parte, Southern sustenta que, si bien es cierto las dos normas, tienen rango de ley, la ley de salud y la ley del ambiente, sin embargo, ninguna de ellas satisface ni la tipificación de la conducta sancionable, ni la especificación de la sanción aplicable. Respecto del Reglamento no cumple con el requisito exigido de ser una norma con rango de Ley.	El artículo 248, inciso 4, respecto del principio de tipicidad, en donde se manifiesta la reglamentación y caracterización de las conductas sancionables dentro del apartado administrativo.	Resulta un aspecto fundamental en el derecho administrativo, que cuando se sanciona la infracción debe encontrarse tipificada de manera expresa y debe estar contenida en una norma con rango de ley, amparadas en sustento constitucional, la ley de la LPAG, en jurisprudencia y doctrina. La Resolución de Osinergmin no ha determinado con la exigencia suficiente en la descripción de las conductas sancionables, sustenta en base a normas que de manera general enuncian responsabilidad de cualquier titular minero en no dañar medio ambiente.

3.2 EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

FUNDAMENTO NORMATIVO, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO

En el Perú, la observancia al debido proceso y la tutela jurisdiccional encuentra amparo en el artículo 139, inc. 3 de la Constitución²⁰, nos refiere que ninguna persona podrá ser desviada de la jurisdicción predeterminada en la ley, siendo así que el debido proceso es una garantía para todo administrado, en el sentido que deben cumplirse los actos procedimentales que la ley exige para que el acto final pueda calificarse como válido a la luz del ordenamiento jurídico.

El debido procedimiento administrativo, es un derecho de todos los administrados, como bien lo estipula el Artículo IV, inc 1.2 del Título Preliminar de la LPAG²¹, en este procedimiento el administrado tiene el derecho a un debido procedimiento administrativo, que previo a las decisiones administrativas que emita, debiera contar con las garantías como el derecho de defensa, a ser notificado, tener acceso al expediente, derecho a una audiencia, derecho de ofrecer pruebas, pluralidad de instancias y, entre otras a recibir una resolución motivada en derecho.

Siendo el pronunciamiento de las decisiones de la administración importante, debido a que tiene efectos para el administrado y para una mejor comprensión respecto de

²⁰ Constitución en el artículo 139, inc. 3, las personas no pueden ser desviadas de la jurisdicción establecida por ley.

²¹ Artículo IV, del título preliminar del TUO de la LPAG, apartado 1.2, hace referencia al derecho de las personas en relación con el procedimiento administrativo.

la motivación de las resoluciones, el numeral 4 del artículo 3²² del TUO de la LPAG, en concordancia con el artículo 6²³ del TUO de la LPAG, establece que el acto administrativo debe estar motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico, en ese sentido, se entiende que la motivación exige a la autoridad administrativa que justifique toda decisión que adopte, con hechos debidamente probados y las razones jurídicas que la sustenten.

Así tenemos, al Texto Único Ordenado de la Ley 27584 que regula el proceso contencioso administrativo, en su artículo 1, nos dice que el artículo 148 de la Constitución *“tiene como finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo”*, se rige por los principios indicados en el artículo 2 de la Ley, principio de integración, igualdad procesal, favorecimiento del proceso y suplencia de oficio, asimismo *“deberá estar sujeto a los principios del derecho procesal, sin perjuicios de la aplicación supletoria de los principios del derecho procesal civil en los casos que sea compatible”*.

En ese sentido, la administración a través de las entidades mediante las cuales actúa deberá estar sujeta a los límites que la ley le impone y el control de Poder Judicial, que todas las actuaciones de la administración deberán respetar; asimismo, deberá estar sujeto y en concordancia de acuerdo a cada caso en concreto y congruencia de la causa con los principios del derecho procesal, principios del derecho civil y principalmente las leyes generales y especiales que la componen.

En jurisprudencia, la sentencia del Expediente N° 06389-2015-PA/TC²⁴, el Tribunal Constitucional nos dice en la sentencia que las garantías del debido proceso será exigible a cualquier órgano estatal o particular que con sus decisiones y actos afecten derechos de las personas, entonces no sólo deberán respetar el Poder Judicial, las cortes arbitrales y los órganos sancionadores administrativos, por lo que en todo procedimiento sancionador se deben cumplir las garantías mínimas como el derecho de defensa y el derecho a ser sometido a procedimiento regular previsto en la ley.

En este extremo el Tribunal Constitucional es enfático en pronunciarse en el sentido que el debido procedimiento deberá ser respetado por la administración, sea esta estatal o particular, dado que los actos indefectiblemente recaerán sobre el administrado y su patrimonio de ser el caso, por lo tanto, deberá ser aplicado por el Poder Judicial, los árbitros y en el caso de la administración todas las Entidades que la conforman, con la exigencia de cumplir con las garantías mínimas que le son inherentes al administrado.

En doctrina el Doctor Morón²⁵, ahonda en el contenido mínimo de garantía en cuanto a los derechos administrativos que llegan a implicarse dentro de la sede administrativa en relación con el respeto hacia el derecho de la defensa con una serie de garantías de principios y derechos en contra de la transgresión y la predisposición de la defensa constitucional.

La Empresa Southern alega en su recurso de reconsideración presentado de fecha 21 de mayo del 2008 y, al amparo del inc. 302 del artículo 30 de Reglamento del

²² Artículo 3, numeral 4, título preliminar del TUO de la LPAG, ahondando en el artículo 3, relacionados con la validez del acto administrativo.

²³ Artículo 6, numeral 1, título preliminar del TUO de la LPAG, relacionado con la motivación en cuanto a una relación concreta con los hechos probados.

²⁴ Tribunal Constitucional, ahonda en las garantías que están relacionadas con el debido proceso, pudiendo ser exigibles de acuerdo con lo manifestado por el órgano estatal en cuanto a la comprensión de que sus decisiones pueden afectar los derechos de otra persona.

²⁵ Morón (2017)

Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERMIN, indicando que la Resolución de la Gerencia General Nro. 1195-2008-1-OS/GFM adolece de vicio insubsanable de nulidad, debido a que adjunta elementos probatorios que deberán ser evaluados y considerados de acuerdo a Ley, por esta razón se estaría vulnerando entre otros el principio al debido procedimiento administrativo, de acuerdo al artículo 45 de la Constitución y al artículo 248, inc 2 de la LPAG, en ese sentido, es obligación para la Administración de no imponer sanciones sin que exista un procedimiento administrativo efectivo, con la finalidad de proteger los derechos del involucrado.

*En doctrina la Dra. Salmón*²⁶, hace una reflexión en cuanto al debido proceso y la relación que se llega a manifestar en cuanto a la Corte Interamericana y procesos nacionales, en donde se debe de considerar la existencia de garantías comprendidas dentro de los alcances del principio del debido proceso, el cual cuenta con un fundamento directo dentro de la constitución, considerando con ello el reconocimiento del derecho de todo individuo a no ser sancionado, sin que se someta hacia la defensa respectiva de este. Así mismo, se puede señalar que la potestad de la administración pública se encuentra determinada en el ofrecimiento de garantías del respeto hacia el derecho de las personas, en cuanto a que la administración pueda ser iniciada lícitamente y ofrecer con ello, respeto hacia el imputado²⁷.

En ese sentido, tenemos que la exigencia esencial para la validez de cualquier procedimiento administrativo sancionador, no ha sido suficiente, debido a que no ha valorado suficientemente las pruebas ofrecidas, y que estas pruebas se encontraban en poder de la administración incluso con la debida anticipación debido a que fueron entregadas con cargo ante MEM antes del inicio del PAS.

A continuación presentaré Cuadro de la posición de las partes respecto del principio del debido procedimiento administrativo, análisis de normativa y nuestra posición:

PRINCIPIO VULNERADO	OSINERMIN	SOUTHERN	NORMATIVA	POSICIÓN
DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	OSINERMIN argumenta que en virtud de lo señalado en los párrafos antecedentes, que al no existir una vulneración por la tipicidad y legalidad, no ha existido vulneración al debido proceso.	Sustenta argumentando que la Resolución adolece de vicio insubsanable de nulidad, porque se presentaron elementos probatorios que no fueron debidamente valorados, por esta razón se estaría vulnerando entre otros el principio al debido procedimiento administrativo de acuerdo al artículo 45 de la Constitución y al artículo 248, inc. 2 de la LPAG.	La LPAG reconoce en el artículo IV, Punto 1.2 que todos los administrados tienen el derecho a un procedimiento administrativo justo previo a las decisiones administrativas, tiene que cumplir reglas, escuchar al administrado, valorar las pruebas que este ponga a su conocimiento y la decisión debe ser motivada.	La Resolución Nro. 131-2010-OS/CD emitida por OSINERMIN es contraria al artículo 139.3 de la Constitución y al artículo Art. IV, inc. 1.2 y art. 3, num 4 y art. 6 de la LPAG, por lo tanto, la Administración al momento que sanciona a la Empresa Southern ha aplicado una normativa errónea, vulnera el principio de especialidad y no ha tomado en cuenta todos los elementos (pruebas) que en su oportunidad alcanzó la empresa, finalmente, no motivo de la manera debida la determinación de la sanción.

²⁶ Salmón y Balnco (2021)

²⁷ ídem

3.4 PRINCIPIO DEL DERECHO DE DEFENSA

La garantía del derecho de defensa, reconocida en el artículo 139²⁸, inciso 14 de la Constitución expone que ninguna persona puede verse afectada por la privación de mantener una defensa coherente en cuanto a las garantías de su libertad.

La Corte Suprema ha desarrollado el contenido las garantías básicas en la Casación N°8125-2009²⁹. Pone en manifiesto que todo individuo llega a tener el derecho hacia la defensa en cuanto a la exposición de sus argumentos propios con la finalidad de que se pueda ofrecer una valoración coherente de los hechos.

En el caso que nos ocupa, OSINERMING de primera instancia, en la Resolución de la Gerencia General Nro. 1195-2008-1-OS/GFM respecto del incumplimiento de dos proyectos PAMA, determina que el titular minero Southern se encuentra incurso en el inciso B2.a del artículo 48 del RPAAMM y dice que si bien se verificó el avance de las actividades de inversión efectuadas, no se determinó el cumplimiento e incumplimiento definitivo del PAMA y LMP; que en los informes de fiscalización no se evidenció los documentos sustentatorios y que la empresa en sus descargos no aportó medios probatorios suficientes.

La Empresa Southern, sustenta que OSINERGMIN nunca respetó su derecho de defensa en tanto no informó que normas con rango de ley y que conducta se habría infringido, no ha notificado las conductas previstas, no ha valorado pertinentemente las pruebas ofrecidas, por estas razones la empresa no ha tenido la oportunidad de formular una defensa adecuada a las imputaciones, quedando en estado de indefensión.

En ese sentido, tenemos que una decisión motivada y fundada en derecho, permite a la administración que su actuación no sea arbitraria, sino más bien esta sustentada en la aplicación del contenido de la ley y al ordenamiento jurídico en concordancia con el numeral 4 del artículo 3 de la LPAG.

Esta motivación estará implícita en un estado de derecho democrático, que se define en los artículos 3 y 43 del Constitución, como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrario.

Asi tenemos que en Jurisprudencia, en la sentencia 090-2004-AA/TC³⁰, el Tribunal analizó que es un deber de la administración motivar las decisiones administrativas y que tiene una especial relevancia cuando éstas determinaran sanciones.

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0649-2002-AA/TC³¹, estableció que es una garantía del derecho de defensa que toda persona puede defenderse en todo tipo de proceso, incluso el administrativo. Esto exige a ser informada con la debida precisión y anticipación con la respectiva calificación jurídica, precisando que ley los tipifica y que prevé la sanción.

Abundante jurisprudencia se ha pronunciado sobre el Debido Procedimiento Administrativo, siendo uno de los principios más importantes como garantía del administrado, asi tenemos que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en

²⁸ Art. 139, inc. 14, relacionado con el principio de la persona de no ser privado de su derecho a la defensa.

²⁹ Corte Suprema, Casación N° 8125 – 2009, ahonda en la exposición de información de acuerdo con el derecho a la defensa.

³⁰ Lizarraga (2013), pone en manifiesto información relacionada con la sentencia 090 – 2004 – AA/TC

³¹ Expediente N° 0649 – 2002 – AA/TC, en donde se establece el derecho que tienen todas las personas en cuanto a la defensa.

sentencia con Expediente N° 05986-2015-PA/TC ³², señalando que el principio le impone a la administración pública la obligación de respetar ciertos derechos básicos, cuya vulneración vicia de validez todo acto administrativo o sanción que se imponga.

En ese sentido, tenemos que Osinergmin a través del Consejo Directivo en la Resolución Nro. 131-2010-OS/CD sustenta textualmente en su argumento respecto del debido proceso y derecho de defensa *“se desprende que al no existir una vulneración por la tipicidad y legalidad de la norma que regula las infracciones imputadas a Southern, no ha existido vulneración del debido proceso, pues se señaló cuál era el supuesto de infracción en cada caso, y en consecuencia, tampoco se ha vulnerado el derecho de defensa”*.

El artículo 254, inciso 4 de la LPAG ³³, respecto de las características del procedimiento sancionador, indica que se otorgará al administrado un plazo de cinco (05) días para formular alegaciones y utilizar los medios de defensa, lo que le permitirá al administrado adjuntar todas aquellas pruebas que deberán ser pertinentemente analizadas.

El artículo 173 inciso 2 de la LPAG ³⁴ respecto de la carga de la prueba nos refiere que corresponde al administrado adjuntar pruebas con la presentación de documentos, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, en ese sentido el derecho de defensa es una garantía del administrado a que las pruebas que presente sean valoradas de la forma debida antes del pronunciamiento de la administración.

En el caso en concreto, tenemos que Southern manifiesta que no recibió notificación con la determinación clara y precisa de la sanción, que hubo indeterminación de la normativa y la infracción cometida y que aún sin tener claro los hechos que se le imputan respecto de una infracción a la normativa ambiental, realizó la presentación con escrito de fecha 21 de mayo del 2008 de los descargos, adjunto las pruebas respecto de los balances, resultados de monitoreos ambiental de calidad de agua, resolución de DIGESA que demostraba que había sido sancionada respecto de los vertimientos de agua al mar de Ilo, documentos de supervisiones especiales y otros planes de cese que fueron inspecciones realizadas en el año de la determinación de la sanción a la empresa, las mismas que se realizaban como control por parte de la administración, y que en dichas inspecciones nunca se les realizaron observaciones.

En ese sentido, tenemos una descripción de las pruebas presentadas por Southern: Informe de Auditoria Ambiental de verificación de la Ejecución del PAMA de la Fundición y la Refinería de Cobre, realizada del 08 al 18 de mayo del 2007; el Reporte de Monitoreo de calidad del aire de la ciudad de Ilo correspondiente a los meses de marzo, abril, y mayo del 2007, los resultados de monitoreos obrantes en el informe de Supervisión Anual de Supervisión Ambiental 2007 realizada del 16 al 26 de julio del 2007, el Informe de Supervisión Especial del Levantamiento de Recomendaciones realizada del 15 al 17 de febrero del 2008, entre otros, pruebas que sustenta Southern no fueron valoradas de manera conjunta con los hechos descritos del caso.

³² Expediente N° 05986 – 2015 – PA / TC, ha establecido la coherencia y congruencia que se llega a tener en cuanto al procedimiento administrativo dentro de la administración pública.

³³ Artículo 254, LPAG32, inciso 4, relacionado con los caracteres del procedimiento sancionador

³⁴ Artículo 173.2, LPAG – Carga de la prueba

Diego Zegarra³⁵, sustenta que para garantizar el derecho de defensa respecto de un procedimiento administrativo sancionador, no se agota únicamente en verificar si han concurrido los requisitos de validez del acto administrativo, sino que es indispensable que la resolución manifieste una exposición clara de los hechos probados a través de dicha actuación.

A continuación presentaré Cuadro de la posición de las partes respecto del principio del defensa, análisis de normativa y nuestra posición:

DERECHO VULNERADO	OSINERGMIN	SOUTHERN	NORMATIVA	POSICIÓN
PRINCIPIO DE DEFENSA	Manifiesta que respecto de los incumplimientos por parte de Southern, si bien se verificó el avance de las actividades de inversión efectuadas, no se determinó el cumplimiento o incumplimiento definitivo del PAMA y LMP; que en los informes de fiscalización no se evidenció los documentos sustentatorios y no se encontró medios probatorios suficientes.	La Empresa Southern en su defensa, sustenta que Osinergmin nunca respetó su derecho de defensa, en tanto no informó que normas con rango de ley y que conducta se habría infringido, no ha notificado las conductas previstas, no ha valorado pertinentemente las pruebas ofrecidas, por estas razones la empresa no ha tenido la oportunidad de formular una defensa adecuada a las imputaciones, quedando en estado de indefensión.	En la Cn. Art. 139.14 ninguna persona puede ser privada del derecho de defensa en ningún estado del proceso en el procedimiento administrativo sancionador. El artículo 254.1 de la LPAG, inc. 4 respecto de los caracteres del procedimiento sancionador, nos dice que se otorga a administrado de utilizar los medios de defensa como adjuntar pruebas. Art. 173 de la LPAG ratifica la presentación de pruebas.	Por lo expuesto, Osinergmin debió sustentar, en el sentido que para que se configuren los requisitos de validez de una resolución, principalmente tenga una exposición de motivos clara y suficiente, asimismo es indispensable que, en su estructura, la resolución debió realizar, una valoración más exhaustiva de las pruebas actuadas y la comprobación de los hechos probados en dicha actuación. Además, tener en cuenta que las pruebas se encontraban en poder de la administración, debido a que fueron alcanzadas al MEM con escritos por parte de la empresa.

3.5 EL PRINCIPIO DEL NON BIS IN ÍDEM

El Alto Tribunal³⁶ ha interpretado que el principio del non bis in ídem es un derecho fundamental implícito en el contenido del derecho al debido proceso del artículo 139° inciso 3 de la Constitución.

La cláusula 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁷, señala que un reo absuelto no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos, asimismo la cláusula 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos señala que ninguna persona podrá ser Juzgada, ni sancionada por un delito por el cual ya haya cumplido condena o en su defecto haya sido absuelto por sentencia firme.

³⁵ Zegarra (2011), ahonda en el derecho a la defensa en cuanto a las garantías en ofrecimiento de una resolución administrativa que tiene que ver con el procedimiento administrativo sancionador.

³⁶ Sboyer, valora el caso de Carlos Ramos Colque – STC N° 2050 – 2002 – AA/TC

³⁷ Guerra (2013), hace referencia a la cláusula 8.40 en cuanto a la convención americana relacionado con los derechos humanos

Así tenemos, que en el artículo 141 de la Ley General del Ambiente - Ley Nro. 28611³⁸, respecto de la prohibición de la doble sanción, existe una prohibición para imponer sucesiva o simultáneamente más de una sanción por el mismo hecho, para que ello se configure deberá existir identidad del sujeto, hecho y fundamento, en los casos donde existan sanciones sucesivas se aplicará la infracción de mayor gravedad.

En la LPAG, artículo 248³⁹, respecto de los principios de la potestad sancionadora, en su ítem 11 nos refiere al principio del non bis in ídem, indicando que es una garantía de todo administrado, que por un mismo hecho no podrá ser sancionado dos veces, ni podrá ser objeto de dos procesos distintos, en consecuencia, este principio se conecta con los principios de legalidad y proporcionalidad.

En su versión más abstracta, el non bis ídem llega a contar con un significado doble en cuanto a la sinterización de la prohibición del doble castigo y la vertiente material, llegando a exponer con ello las sanciones meritorias del administrado por una misma infracción; así como, su complemento relacionado con el doble procesamiento.

VERTIENTE MATERIAL	VERTIENTE PROCESAL	NORMATIVA
Significa que recaigan dos sanciones sobre el mismo administrado por una misma infracción.	Si alguien fue sometido a un proceso, no se cuenta con la posibilidad de ser procesado por la misma acción dos veces, tomando como referencia a la misma persona.	El artículo 248 de la LPAG, en el ítem 11, ofrecer las garantías a favor del administrado en cuanto a no ser sancionado dos veces por el mismo hecho.



MISMO ADMINISTRADO



MISMO HECHO: VERTIMIENTO DE AGUA AL MAR SIN AUTORIZACIÓN



MISMO FUNDAMENTO: SOLICITAR AUTORIZACIÓN

En doctrina para Danos⁴⁰, este principio se conecta directamente con los principios de legalidad y proporcionalidad, se exige una Ley previa y cierta para imponer sanciones, asimismo manifiesta que el administrado cuenta con las garantías de protegerse de arbitrariedades como sancionar dos veces por el mismo hecho, así como que para que cada infracción asuma competencia una sólo entidad y que está

³⁸ Artículo 141, Ley General del Ambiente, Ley N° 28611, teniendo que ver con la prohibición de la doble sanción

³⁹ Artículo 248, LPAG, ítem 11, del non bis in ídem

⁴⁰ Danos (2017), valora las garantías a favor del administrado manifestados por el principio de non bis in ídem

la ejerza una sólo vez, en ese sentido, no podrá invocarse una misma sanción, al mismo administrado, con identidad de fundamento por los mismo hechos, dos veces.

En nuestro caso en concreto, mediante Oficio Nro. 6502-2006/DEPA-APRHI/DIGESA de fecha 18 de octubre del 2006, DIGESA le comunica a Southern que se le ha iniciado un procedimiento administrativo sancionador y le solicita realice sus descargos, con escrito de fecha 27 de octubre del 2006 la empresa Southern realiza sus descargos, el 06 de diciembre del 2006 personal de DIGESA (Lima) se apersona a las instalaciones de la Southern (Ilo) a fin de llevar a cabo una inspección inopinada para verificar los vertimientos manifestados en el informe Nro. 895-2005-MEM-DGM/FMI/MA de fecha 25 de noviembre del 2006, según el cual existen 4 vertimientos no autorizados que son descargados al mar de ILO.

DIGESA con Resolución Directoral Nro. 1698-2007/DIGESA de fecha 05 de julio del 2007, sancionó a Southern con una multa de 200 UIT por verter residuos de aguas industriales al mar de Ilo sin contar con la debida autorización.

Asi tenemos, que por segunda vez OSINERMIN del análisis realizado con Oficio Nro. 248-2007-OS-GFM de fecha 28 de noviembre del 2008, notificó a la empresa Southern sobre el inicio de un procedimiento administrativo sancionador entre otras infracciones, por el incumplimiento de descarga de afluentes líquidos sin autorización, iniciándose un nuevo procedimiento administrativo sancionador, indicando que fueron detectados durante la auditoría ambiental de fiscalización externa, infringiéndose el artículo 104 de la Ley General de salud, los artículos 74 y 75 de la General del Ambiente y el numeral 3.4 de la escala de multas del subsector minero, aprobada por Resolución Ministerial 353-2000/EM/VMM.

Southern argumenta a su favor que es sancionada en dos ocasiones por la misma supuesta infracción, la primera vez por DIGESA y la segunda por Osinergmin, con el agravante que uno de dichos PAS fue dictaminado por instancia no competente, es decir Osinergmin, vulnerando el principio del non bis in ídem, al habersele impuesto una sanción administrativa al mismo administrado, por los mismos hechos y fundamentos por parte de dos Entidades públicas.

Por lo expuesto, la Resolución Nro. 131-2010-OS/CD vulnera el principio del non bis ídem, siendo contraria a la Constitución, la Ley del Procedimiento Administrativo LPAG, la Ley del Ambiente, en jurisprudencia por el desarrollo pertinente por parte del Tribunal Constitucional y la doctrina, tomando en consideración que la Empresa Southern fue sancionada de primera instancia una primera vez en el año 2006 con Oficio Nro. 6502-2006/DEPA-APRHI/DIGESA, por la infracción de emitir descargas de afluentes líquidos devueltos al mar sin contar con autorización, cabe mencionar, que este primer expediente se encontraba en trámite por el procedimiento administrativo sancionador en proceso en DIGESA hasta ese momento de la emisión de la Resolución; asimismo, tenemos que la Dirección General de Salud en el momento de emitir la sentencia era la competente para emitir dicha autorización de vertimientos de agua al mar, como se demostrará en los párrafos siguientes respecto a las competencias de dicha entidad, entonces se volvió a emitir por segunda vez en el 2007 una nueva determinación de infracción por vertimientos de afluentes vertidos al mar, argumentando Osinergmin con Oficio 248-2007-OS-GFM emitido por la Gerencia de Fiscalización Minera, determinando que se ha infringido el art. 104 de la Ley del Salud, los artículos 74 y 75 de la Ley del Ambiente encontrándose incurso en el numeral 3.4 de la escala de multas del sub sector minero, aprobada por Resolución Ministerial 353-2000-EM/VMM, en este sentido, el PAS fue determinado a un mismo administrado.

A continuación presentaré Cuadro de la posición de las partes respecto del principio del non bis in ídem, análisis de normativa y nuestra posición:

PRINCIPIO VULNERADO	OSINERGMIN/DIGESA	SOUTHERN	NORMATIVA	POSICIÓN
PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM	<p>Mediante Oficio Nro. 6502-2006/DEPA-APRHI/DIGESA (2006), DIGESA comunica a la Southern que se ha determinado que existen vertimientos no autorizados y procede a sancionarlo con 200 UIT.</p> <p>Con Oficio Nro. 248-2007-OS-GFM (2007) OSINERMINING notificó a Southern infracciones, por el incumplimiento de descarga de afluentes líquidos sin autorización, y sanciona de acuerdo al artículo 104 de la Ley General de Salud, los artículos 74 y 75 de la General del Ambiente y el numeral 3.4 de la escala de multas del subsector minero, aprobada por Resolución Ministerial 353-2000/EM/VMM le impone una multa por 40 UIT.</p>	<p>Southern argumenta a su favor que es sancionada en dos ocasiones por la misma supuesta infracción, con el agravante que uno de dichos procesos fue dictaminado por instancia no competente, vulnerando el principio del non bis in ídem, al habersele impuesto una sanción administrativa al mismo administrado por el mismo hecho y el mismo fundamento por parte de dos Entidades públicas, es decir Digesa y Osinergmin.</p>	<p>El Alto Tribunal ha interpretado que el non bis in ídem, es un derecho fundamental implícito en el contenido del derecho al debido proceso del artículo 139° inciso 3 de la Constitución.</p> <p>La LPAG EL art. 248, ítem 11 nos dice que constituye una garantía en favor del administrado no ser procesados dos veces por el mismo hecho.</p> <p>En el artículo 141 de la Ley General del Ambiente 28611, respecto de la prohibición de la doble sanción, se prohíbe imponer sucesiva o simultáneamente más de una sanción por el mismo hecho.</p>	<p>Como se puede apreciar en el caso en concreto tenemos a dos Entidades Estatales que determinan sanción administrativa por vertimiento de agua al mar de Ilo, en primer lugar, en el año 2006 determina una sanción DIGESA y luego en el año 2007 lo hace OSINERMINING, primero debemos hacer notar que en el momento de la determinación de las sanciones administrativas, OSINERGMIN no tenía competencias para sancionar al administrado por no tener autorización de vertimientos de agua al mar como lo demostraremos en el punto respectivo, y aún así las hubiera tenido, se estaría igual vulnerando el principio del non bis in ídem porque nos encontrábamos frente al mismo administrado, el mismo hecho y el mismo fundamento.</p>

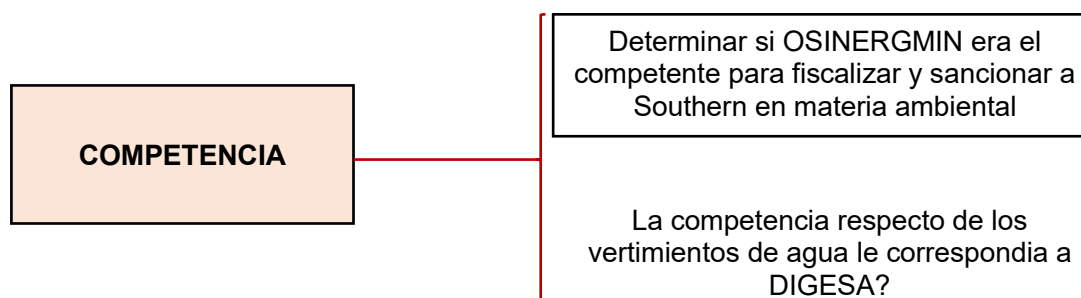
En ese sentido, Danos⁴¹, manifiesta que es una garantía del principio del non bis reconocida de manera implícita en la Constitución, el desarrollo del Tribunal Constitucional ha delimitado su verdadero contenido y alcance, el Estado con potestad sancionadora no podrá iniciar nuevos procedimientos administrativos por infracciones que han sido sancionadas, lo cual resultaría arbitrario y contrario al Estado constitucional de derecho.

En ese sentido, se vulnera el principio del non bis in ídem en el presente caso, toda vez que Digesa sanciona en el año 2006 por los vertimientos de agua al mar de Ilo y Osinergmin lo hace en el año 2007 por el mismo hecho, ambos al mismo administrado Southern y los mismos fundamentos.

⁴¹ Danos (2019), señala que debe de ser considerado como un elemento implícito en cuanto a la constitución, la vertiente procesal relacionado con el principio de non bis in ídem.

3.2. Problemas Jurídicos Secundarios

3.2.1 ¿Era OSINERGMIN competente para fiscalizar y sancionar a la Empresa Southern Perú? ¿Cuál es el rol de DIGESA en el presente caso?



De los argumentos jurídicos de cada parte interviniente en el proceso, sobre los cuales se determinará declarando o no la competencia de OSINERGMIN para fiscalizar y sancionar por incumplimientos a la normativa ambiental y determinar la competencia de DIGESA para solicitar Licencia por vertimientos de aguas residuales al mar de Ilo.

3.2.1.1 COMPETENCIA DE OSINERGMIN

Para ello, analizaremos las leyes vigentes al momento de la emisión de las Resoluciones emitidas por Osinergmin:

Mediante la promulgación de la Ley 26734 se crea del Organismo Supervisor de Inversión en Energía-OSINERG con fecha 27 de diciembre del 1996, como organismo ejecutor de las actividades de electricidad e hidrocarburos para fiscalizar a nivel nacional las disposiciones técnicas y legales de esos sectores, velando por el cumplimiento de normas de calidad y eficiencia, obligaciones contraídas con los concesionarios y resolver en última instancia administrativa los conflictos de su competencia.

Mediante Ley 27474 - Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras de fecha 05 de junio del 2001, el Ministerio de Energía y Minas es la Entidad competente para fiscalizar las actividades mineras a través de sus órganos de línea, asimismo emitir disposiciones legales, normas técnicas y procedimientos administrativos de normas de seguridad e higiene, de protección y conservación del medio ambiente, entre otras normas internas.

Finalmente, con Ley 28964 ⁴² - Ley de Transferencias de Competencias a OSINERGMIN de fecha 23 de enero del 2007, se transfieren competencias de supervisión y fiscalizaciones de las actividades mineras al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía-OSINERG, creándose como Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas – OSINERGMIN para regular, supervisar y fiscalizar a nivel nacional el cumplimiento de las actividades de electricidad, hidrocarburos y minería, normas técnicas y legales para la protección del medio ambiente.

En el orden que estamos exponiendo las competencias respecto a Osinerg, desde la promulgación de la Ley 28964 del 23 de enero del 2007, recién desde esta fecha Osinergmin era la entidad con competencias para resolver fiscalizaciones y

⁴² Ley 28964, Artículo 1, relacionado con el accionar del OSINERGMIN, artículo 5, relacionado con la autorización de la entidad mencionada en cuanto a la delegación de sus funciones, y el artículo 18, manifestando el cambio de denominación de la entidad, respecto a lo valorado anteriormente.

sanciones por las obligaciones contraídas por los administrados de la normativa ambiental, para el caso en concreto en el año 2007, tendría competencias para fiscalizar respecto a la protección del medio ambiente en el momento del inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Los artículos 76.1, 76.2 y 76.3 de la LPAG⁴³ respecto del ejercicio de la competencia señala que el ejercicio de la competencia es una obligación directa de la administración y salvo excepciones por motivos de delegación deberá estar prevista en la ley, que el encargo de gestión a otra entidad no supone titularidad de la competencia y finalmente que no podrá ser alterada o modificada la competencia de las entidades encontrándose consagradas en la constitución.

En ese sentido, Cristian Guzman Napurí nos dice que la Administración tendría una situación de privilegio respecto del administrado, y que, en ese sentido, el administrado estará inmune de la garantía de los principios que lo soportaran cuando un acto administrativo los vulnere.⁴⁴

La competencia administrativa opera en términos de jerarquía en la administración pública, por lo tanto, de primera instancia deberá considerarse en la competencia el principio de legalidad, sólo por ley la competencia administrativa tendrá facultades expresamente señaladas, no podría crearse competencias a través de normas reglamentarias.

Asimismo, tenemos que la autoridad no podrá renunciar a la titularidad de la competencia, ni abstenerse al ejercicio de las atribuciones conferidas, sólo por Ley o mediante mandato expreso se le puede exigir a una autoridad no ejercer alguna atribución administrativa. Siendo la competencia el elemento esencial del acto administrativo y al constituir un requisito de validez podría devenir en una nulidad del acto administrativo si no cumple con las formalidades requeridas.

En ese sentido, habiéndose determinado la competencia del Osinergmin respecto de la fiscalización ambiental en la fecha en que se dió inicio al procedimiento administrativo sancionador, esta competencia le facultaba al Supervisor emitir actos y/o realizar las acciones necesarias de acuerdo a las competencias conferidas, sin embargo, respecto de la competencia para solicitar la autorización de vertimientos de agua al mar del Ilo, en ese momento DIGESA era la autoridad competente para solicitar dicha autorización.

3.2.2.2 ROL DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SALUD – DIGESA

Con el ingreso a la Presidencia del General Juan Velasco Alvarado en 1968 se realiza la reforma agraria, en el marco de dicha reforma, se emite la Ley General de Aguas – Ley 17752 publicada con fecha 24 de julio de 1969.

Con la Ley General de aguas se dictaminaron disposiciones para que el uso del agua se realice a través del otorgamiento de derechos, entre ellos licencias, permisos y autorizaciones.

El artículo 22 de la citada ley establecía como prohibición el vertimiento de residuos que pudieran afectar la calidad del agua, mediante Decreto Supremo Nro. 261-69-AP se aprueba el Reglamento de los Títulos I, I y II de la Ley General de Aguas, estableciendo en los artículos 56 y 57 que la Autoridad de Salud era la competente

⁴³ Artículo 76.1, 76.2 y 76.3 de la LPAG, en donde se ahonda en el ejercicio de competencia.

⁴⁴ Cristian Guzmán Napurí, señala que toda autoridad administrativa debe de actuar de acuerdo con una determinada situación en cuanto al privilegio del administrado.

para autorizar los vertimientos de agua que se hayan generado como resultado de procesos industriales entre otros.

Decreto Legislativo 584 de fecha 18 de abril del 1990, aprobó la Ley de organización y funciones del Ministerio de Salud (DIGESA), reasumiendo competencia exclusiva en materia de autorización de vertimientos establecidos en el marco de la Ley General del Agua.

Determinadas las competencias de DIGESA, en el caso en concreto tenemos que con Oficio 215-2007-OS-GFM la Gerencia de Fiscalización Minera informa a la Dirección General de Salud que se han detectado incumplimientos respecto del PAMA, recomendado evaluar el inicio de un procedimiento administrativo sancionador a la Empresa Southern por transgresión a la Ley General de Aguas y su Reglamento, por no contar con autorización sanitaria de vertimientos de aguas residuales industriales en la concesión de beneficio de la fundición y refinería de cobre de Ilo y, que habiéndose detectado vertimientos solicita se informe sobre el procedimiento administrativo sancionador.

Con Informe Nro. 3100-2007/DEPA-APRH/DIGESA, emitido por DIGESA el Coordinador de Proceso Administrativo Sancionador de DIGESA, informa el procedimiento seguido respecto de las infracciones a la Ley 17752 – Ley General del Agua y su reglamento, por no contar la Empresa Southern con autorización sanitaria de aguas residuales industriales, en la concesión de beneficio de la fundición y refinería de cobre-Ilo y que de conformidad con la LPAG realice la empresa sus descargos.

Con informe 2402-2006-DEPA-APRH/DIGESA de fecha 12 de octubre del 2006, se recomienda iniciar procedimiento administrativo sancionador a Southern por realizar vertimientos no autorizados transgrediendo el artículo 22 de la Ley General de Aguas y se deriva el expediente a la oficina de Asesoría Legal para que realice un Informe Legal de sustento y continúe su trámite administrativo.

Mediante escrito de fecha 27 de octubre del 2006, Southern realiza sus descargos y con fecha 25 de noviembre del 2006, se lleva a cabo una inspección inopinada para verificar los vertimientos manifestado en el Informe Nro. 985-2005-MEM-DGM/FMI/MA, según el cual existen 4 vertimientos de aguas residuales descargados al Mar de Ilo.

Con informe 2948-2006-DEPA-APRH/DIGESA, de fecha 13 de diciembre del 2006, se evalúa descargos presentados por Southern y se les declara infundados procediéndose a cuantificar e imponer multas por no contar con Autorización Sanitaria de Vertimiento.

Con la publicación de la Ley Nro. 27444 – LPAG de fecha 10 de abril del 2001, se establecieron que los procedimientos administrativos debían estar consolidados en el TUPA y debe ser aprobado con Decreto Supremo del Sector, mediante Decreto Supremo 017-2005-SA publicado el 30 de agosto de 2005, el Ministerio de Salud aprobó el TUPA del Sector Salud, en el numeral 14 se detallaron los requisitos para obtener autorizaciones.

De acuerdo al Oficio Nro. 215-2007-OS-GFM de fecha 12 de noviembre del 2007, en su parte final concluye diciendo que mediante Informe Nro. 2266-20077/DEPA-APRH/DIGESA de fecha 07 de setiembre del 2007, la Autoridad Sanitaria DIGESA tienen entre sus competencias garantizar la preservación de la calidad sanitaria de las aguas superficiales a nivel nacional, y es quien resolverá las obligaciones que deberán asumir los responsables, con respecto a reparar los daños y perjuicios

ocasionados, en cumplimiento a los establecido en el Título IX del Decreto Ley 17752, Ley General de Aguas.

Como nuestro análisis debe versar sobre la imposición de infracciones realizada por la Empresa Southern en año 2006 y posteriormente en el 2007, tendremos que desde el año 2005 el Sector Salud asume **competencias exclusivas** para emitir autorizaciones de vertimiento de aguas, por lo tanto, es DIGESA la Entidad competente para emitir Autorizaciones de vertimientos de aguas al mar, en ese mismo sentido, también es la competente para iniciar los procedimientos sancionadores y aplicar las sanciones a los titulares que incumplen estas normas.

Por lo expuesto, la competencia para emitir Autorizaciones de vertimientos de agua al Mar es de DIGESA, no de OSINERGMIN y de ningún de sus órganos, más aún cuando la defensa de OSINERMIN es como sigue:

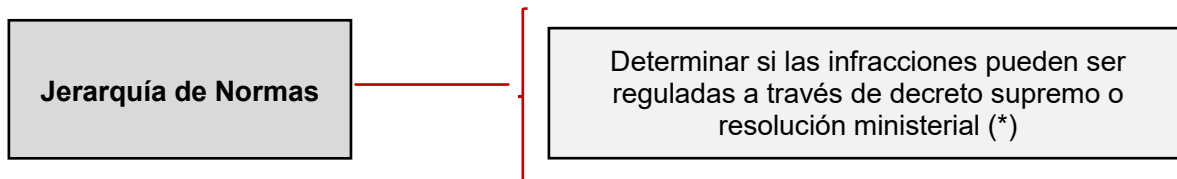
“cabe señalar que si bien el Decreto Ley 17752 establece la competencia de la Autoridad de Salud en ese aspecto, el Decreto Legislativo 757 emitido posteriormente, regula las competencias de las autoridades sectoriales o fiscalizadoras en materia ambiental por lo que carece de fundamento lo argumentado”

Acepta que la competencia es de DIGESA, sin embargo, menciona un Decreto Legislativo, de primera instancia que no es una Ley como explicamos en el principio de legalidad.

De segunda instancia menciona el número del Decreto Legislativo 757 y, de las búsquedas realizadas para entender que es lo que nos quiere decir, no se puede ubicar el decreto porque no menciona que entidad lo emite, el decreto legislativo 757 ubicado es el que aprueba la ley marco para el crecimiento de la inversión privada que ha sido emitido en mayo del 1997 y como no menciona que artículo lo sustenta no es factible apreciar que parte del citado decreto legislativo es el que determina las competencias de las autoridades sectoriales o fiscalizadoras en materia ambiental.

En ese sentido, considero que la administración en el caso concreto vulneró el debido procedimiento administrativo al haberse irrogado Osinergmin competencias que no le correspondían, actualmente se encuentran reguladas del artículo 72 al 78 en la LPAG, donde todas las entidades que se encuentre comprendidas en realizar tareas materiales para cumplimiento de los objetivos de la Entidad, deberán actuar respetando los principios y las garantías de la que todo administrado goza, siendo una obligación directa respecto del encargo de gestión y titularidad de la competencia de hacerlo respetando los límites a los que se encuentra sujeta la administración.

3.2.2. ¿En atención al incumplimiento de los PAMA y los LMP, dicha infracción puede ser regulada a través de un Decreto Supremo o Resolución Ministerial? ¿Cómo se condice ello con los principios de legalidad y tipicidad en el marco del procedimiento administrativo sancionador?



Para Arce ⁴⁵, las normas de superior jerarquía tienen mayor fuerza que las de inferior jerarquía, debido a que por tener mayor rango deroga cualquier norma inferior ante cualquier contradicción; en tanto que las normas de superior jerarquía gozan de fuerza de resistencia, dado que se encuentran protegidas frente a cualquier contradicción.

La Aplicación de la Jerarquía normativa se aplica tomando en consideración a los funcionarios que las aprueban, según Rubio, *“la jerarquía normativa se aplica de acuerdo a la importancia de los funcionarios o titulares que las aprueban y esta relación con los cargos existentes dentro de la administración pública”*.

Así tenemos, breves descripciones de los órganos encargados de dictar las resoluciones y noción de su jerarquía normativa:

El órgano encargado de dictar un Decreto Supremo es el ejecutivo, siendo dicho decreto una norma que cuenta con rango presidencial; así mismo, la Resolución Suprema, emitida por uno o más ministros de estado, visado por el Presidente de la República, los ministros crean la norma y el Presidente la firma, esta resolución de acuerdo a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo es de carácter específico.

La Resolución Ministerial, llega a contar con la firma ministerial, contando con rango inferior en cuanto a la resolución suprema o decreto de más jerarquía.

Previamente al planteamiento de las cuestiones controvertidas a resolver, haremos un resumen respecto del Programa de Adecuación y Manejo-PAMA y a los Límites Máximos Permisibles-LMP:

3.2.2.1. Programa de Adecuación y Manejo Ambiental

El propósito del PAMA ⁴⁶ llega a ser el de reducir el impacto negativo que se mantiene en cuanto a las operaciones mineras, en relación con el medio ambiente. Asimismo, es importante mencionar que la normativa mencionada, considera la posibilidad de que las empresas que se encontraban en operación al momento de emitirse dicha norma, se adecuarían a las exigencias ambientales siguiendo un programa que ellas mismas elaborarían y presentarían al Ministerio de Energía y Minas para su aprobación.

3.2.2.2 Lineamientos Maximo Permissible

El Límite Máximo Permissible – LMP ⁴⁷, llega a ser valorada como aquella medida de concentración de elementos; así como, determinados parámetros de valoración de la contaminación, con la finalidad de poder incidir en el análisis de todos aquellos elementos que van en contra del bienestar humano y ambiental.

⁴⁵ Arce (2015), en donde se establecen las normas de superior jerarquía en cuanto a la fuerza activa derogatoria de acuerdo con las de inferior jerarquización.

⁴⁶ PAMA, corresponde a ser un programa que exige a los titulares en cuanto a las operaciones mineras y el beneficio de que cumplan con un programa de adecuación y manejo ambiental.

⁴⁷ <https://infoaireperu.minam.gob.pe/limite-maximo-permissible-lmp/>

3.2.2.3 Aprobación del PAMA de la Empresa Southern Perú

Mencionaremos que cuando Southern empieza operaciones en el Perú, todavía no se encontraba vigente la normativa ambiental de presentar un PAMA, sin embargo como el PAMA especificaba que las Empresas que se encontraban en operación debían presentar un PAMA para regularizar dicha situación, es así que la empresa Southern presenta su PAMA y mediante Resolución Ministerial Nro. 042-97-EM/DGM de fecha 31 de enero del 1997, es aprobada y modificada haciendo algunas modificaciones previa coordinación con el Ministerio de Energía y Minas con Resoluciones Nro. 023-2002-EM/DGAA y Nro. 366-2003-EM/DGAA y, al haberse culminado las obras ofrecidas en el PAMA la empresa comunica que con fecha 31 de enero del 2007 se concluye la III Etapa del Proyecto denominado Modernización de la Fundición de Ilo, ingresado el documento ante el Ministerio de Energía y Minas con Registro Nro. 1666442, con la cual informa que se ejecutaron la totalidad de los Proyectos contemplados en el PAMA de la Empresa.

3.2.2.4 Inicio de Procedimiento Administrativo

Con Resolución Nro. 1195-2008-1-OS/GFM de fecha 22 de abril del 2008, emitida por la Gerencia General de OSINERGMIN, se sancionan a Southern por el Incumplimiento a normativas ambientales, imponiéndosele sanciones y multas, determinadas en el artículo 104 de la Ley General de Salud, los artículos 74 y 75.1 de la Ley General del Ambiente y los artículos 5 y 6 del Reglamento de Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica.

Debemos tomar en consideración, que la legislación vigente al momento de emitirse la sentencia en materia administrativa minera, respecto de la protección del medio ambiente, establece que el procedimiento administrativo sancionador que corresponde aplicar para las infracciones del incumplimiento de un PAMA es el del artículo 48 del Reglamento de Protección Ambiental en la actividad minero metalúrgica aprobado por Decreto Supremo Nro. 016-93-EM.

Artículo 48 del RPAAMM dice:

“Cuando los titulares mineros, salvo por caso fortuito o fuerza mayor, incumplan el PAMA aprobado, la Dirección General de Minería se sujetará a lo siguiente:

1. Detectada la Infracción, la Dirección General de Minería notificará al titular para que en el plazo de (03) tres meses cumpla con las acciones contenidas en el PAMA, bajo apercibimiento de imponerse una multa.

Sin embargo, OSINERGMIN está aplicando el procedimiento administrativo sancionador de la Entidad, aprobado mediante Resolución Nro. 640-2007-OS-CD emitida por su Consejo Directivo, siendo que el Procedimiento PAMA tiene una norma especial debiendo ser lo correcto aplicar el artículo 48 del RPAAMM aprobado con Decreto Supremo 016-93-EM, el mismo que de acuerdo al principio de especialidad de normas es el que se debe aplicar la Entidad por ser un procedimiento especial respecto del procedimiento establecido en el reglamento de la Osinerming, asimismo, se deberá tomar en consideración respecto de la jerarquía de normas que el procedimiento que aplica OSINERGMIN fue aprobado por una Resolución de Consejo Directivo y el procedimiento PAMA fue aprobado por un Decreto Supremo.

3.2.2.5 Incorrecta aplicación del procedimiento Administrativo sancionador

Sobre la base del sustento de Southern y, siendo indispensable determinar si la Administración aplicó el PAS de manera correcta o no, procederemos a realizar un análisis respecto de la determinación de sanción por parte de Osinerming:

- a) Con Reglamento del procedimiento administrativo sancionador del Osinerming, la entidad sanciona en aplicación del Inc.B2.a del Art. 48 del RPAAMM por

incumplimientos Programa de Adecuación de Manejo Ambiental, aprobado por la Resolución del Concejo Directivo 640-2007-OS/CD del 25 de octubre del 2007, modificado por el Decreto Supremo Nro 022-2002-EM, en ese sentido, se estaría vulnerando el principio del debido procedimiento, de primera instancia porque debería estar normado en una ley que determine la sanción y en caso se remitiera al Reglamento este debiera ser el reglamento sobre la Protección del Medio Ambiente aprobado con Decreto Supremo Nro. 016-93-EM, regulado desde el año 1993, normativa que resulta específica para incumplimientos vinculados al PAMA; así tenemos que el artículo 234, numeral 3 de la LPAG⁴⁸, es clara en manifestar que el ejercicio de la potestad sancionadora debe seguir la estricta observancia del procedimiento establecido.

Así también debemos observar que respecto a la jerarquía de normas, el procedimiento de Osinergmin fue aprobado por una Resolución de Consejo Directivo y el procedimiento PAMA fue aprobado por un Decreto Supremo.

- b) Por Resolución Ministerial, se sanciona en aplicación de la Resolución Ministerial 315-96-EM/VMM por no cumplir los Límites Máximos Permitidos.

En el mismo sentido, el principio de legalidad, exige “lex certa”, por lo que de primera instancia se exige que para la determinación de sanciones se debe realizar con una Ley, la Resolución Ministerial es una norma de menor jerarquía.

Ninguna de estas normativas establecen la ley que tipifica la infracción, ni cual es la Ley que establece la sanción.

- c) Sanciona en aplicación del Art. 74 de la Ley del Ambiente y en aplicación del Art. 104 de la Ley de Salud.

Se debe observar que en la Ley General del Ambiente y su Reglamento y en la Ley de Salud su contenido es de carácter general: En resumen *“Cualquier titular Minero es responsable por los daños que genere al medio ambiente producto de la ejecución de Proyectos Mineros”*.

Por lo expuesto, de acuerdo al principio de legalidad, tipicidad y debido procedimiento, los administrados gozan de derechos y garantías que entre otras comprende el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho, lo cual significa que la administración no puede determinar una sanción sin realizar una correcta aplicación de la normativa especial sobre la general en atención al principio de especialidad, y que en atención a la jerarquía de normas debió realizarse un análisis más detallado en atención a los principios de razonabilidad.

¿Cómo se condicen el principio de legalidad y tipicidad en el marco del procedimiento administrativo sancionador?

Conforme hemos explicado líneas arriba respecto de los principios de legalidad y tipicidad, las conductas sancionables en sede administrativa deben de contar con la revisión expresa en normas con rango de ley.

En nuestra opinión, la garantía de mayor importancia debe de encontrarse comprendida en cuanto a los alcances del principio del debido procedimiento, contando con la fundamentación dentro de la LPAG y la constitución y consistiendo en el reconocimiento del derecho de toda persona a no llegar a ser sancionado sin que se proceda con el derecho hacia su defensa, involucrando con ello a las organizaciones públicas con la finalidad de poder valorar el respeto hacia la defensa de un individuo.

⁴⁸ Art. 234, numeral 3, se encarga de notificar a los administrados de un hecho que llega a ser imputado hacia estos.

En el caso en concreto, Southern alega la falta de motivación sobre las infracciones imputadas, alegando que contravienen el artículo 3 de la LPAG, por lo que solicita que Osinergmin indique la norma infringida y la afectación al ambiente o el daño originado en ellas, con su debido sustento técnico.

En ese sentido, hemos podido apreciar que Osinergmin tenía competencias para sancionar a la empresa Southern respecto del incumplimiento de normas que vulneran los daños al ambiente por incumplimiento del PAMA y los LMP, sin embargo, no utilizó el procedimiento debido, más aún cuando una entidad Supervisora al momento de hacer uso de sus facultades, deberá realizar un análisis exhaustivo y completo de todos los hechos, escuchar al administrado, valorar debidamente las pruebas alcanzadas, aplicar el principio de razonabilidad y proporcionalidad, entre muchas otras garantías.

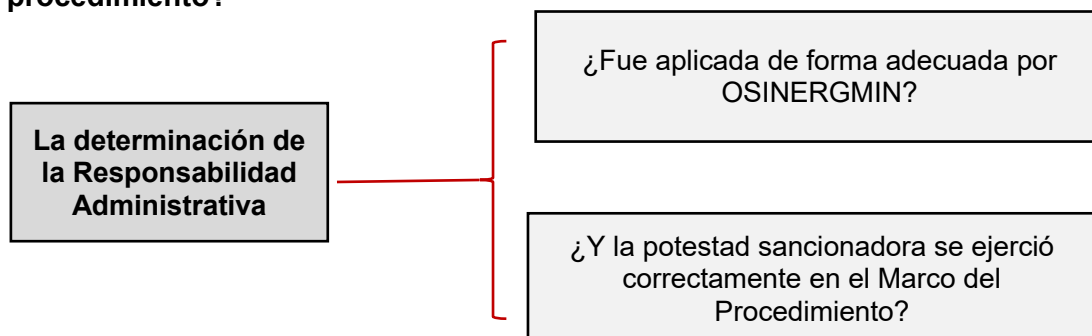
Así tenemos, que la actuación de instrucción orientadas a actuar evidencias para motivar el procedimiento sancionador a seguirse, de no llegarse a identificar material investigable se produce el archivamiento, de proceder se seguirá una serie de actuaciones previas con el acto de iniciación de procedimiento que debe contener los hechos, la norma legal que ampara el inicio del procedimiento; seguidamente la notificación de cargo otorgándose un plazo un plazo mínimo de 5 días hábiles para que los administrado prepare su defensa; luego viene la instrucción del procedimiento donde el instructor del procedimiento debe practicar de oficio toda la evidencia que sea necesaria para llegar a la verdad material, concluida la actuación probatoria, el instructor elabora la propuesta de la resolución justificando la elección realizada y finalmente la decisión administrativa, aquí es importante el requisito de la motivación, donde está debe ser suficiente para sustentar todo el contenido de los hechos.

Por lo tanto, cuando la Administración impone una sanción, de primera instancia debe seguir con los requisitos establecidos en la LPAG de la manera debida y respetando los principios que las amparan, en ese sentido, la Entidad responsable de emitir la determinación de la sanción a la Empresa que ha infringido alguna norma y de acuerdo a las competencias exclusivas y compartidas que lo facultan a determinar dicha sanción, esta deberá ser tipificada fehacientemente y cumplir con el deber de precisar de manera clara y precisa de acuerdo a los lineamientos establecidos la conducta que ha incumplido, como condición fundamental para que el administrado tome conocimiento de la supuesta infracción, asimismo se deberá notificar e informar el sustento de la infracción, todo ello con el propósito de que el administrado pueda desvirtuar las infracciones de ser el caso y/o adjuntar las pruebas que deslinden el hecho.

En ese sentido, el artículo 3 de la TUO de la LPAG establece que todo acto administrativo tiene que cumplir con 5 requisitos: competencia, objeto, finalidad pública, motivación y procedimiento regular.

Como podemos apreciar del caso concreto, considero que la aplicación del procedimiento administrativo al administrado se contradujo con los principios de legalidad y tipicidad, asimismo, que la aplicación del procedimiento sancionador de Osinergmin al aplicar normativa que no correspondía, cuya consecuencia será asumir la responsabilidad administrativa por parte de la administración, dado que cuando debió aplicar la normativa especial, que es la norma específica para el cumplimiento de programas de adecuación y manejo ambiental – PAMA, aplicó otra normativa, finalmente, no se siguió el debido procedimiento y se vulneró el derecho de defensa toda vez que no se valoró suficientemente las pruebas adjuntadas con fecha cierta ante la entidad competente, dejando al administrado ante la indefensión.

3.2.3. ¿OSINERGMIN determinó la responsabilidad administrativa de forma adecuada? ¿Ejerció correctamente la potestad sancionadora en el marco del procedimiento?



La Ley del Procedimiento Administrativo General contiene normas que regulan la función administrativa del Estado, las mismas que desarrolla los principios y criterios que deben seguir todas las entidades de la administración pública; en el derecho administrativo sancionador como en el derecho penal, imponer sanciones es una manifestación del ius puniendi del Estado, sin embargo, esta facultad de la administración también tiene límites que garanticen no sólo los derechos de quien será sancionado, sino también se cumpla el propósito de la sanción de alcanzar el bien común, en ese sentido la administración deberá acuar con criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

Zegarra⁴⁹ nos dice, que para imponer sanciones la titularidad de la administración no se encuentra reconocidas en la Constitución y, que ha sido el Tribunal Constitucional quien le ha dado contenido para que se extiendan estos principios que rigen el Derecho Penal hacia el Derecho Administrativo Sancionador, con ello se derivan una amplia gama de principios y garantías de orden penal que serán garantías que deberán aplicarse en Derecho Administrativo Sancionador.

Así, mediante la sentencia del Expediente N° 2050-2002-AA/TC⁵⁰, existen principios básicos que se aplican en el derecho penal y que también deberán ser aplicados al derecho administrativo sancionador y, que de acuerdo con el principio de legalidad estas faltas deberán estar tipificadas y señaladas en la ley, las mismas que debieron estar previamente determinadas antes de emitir responsabilidad, la eventual sanción debe existir en una norma de adecuado rango y de acuerdo con ley.

3.2.3.1 La necesidad del Procedimiento Administrativo Sancionador

El PAS es un procedimiento administrativo, como indica Danos⁵¹, que debe seguirse para imponer una sanción administrativa, siendo un mecanismo para la corrección del administrado a través de la actuación administrativa cuando se ha cometido una infracción, pero a la vez, asegura al administrado que ha cometido la infracción a ejercer su derecho de defensa entregando a la administración los recursos que considere pertinentes y las pruebas que demuestren que no ha cometido los actos que se le imputan o que atenuen su responsabilidad, deberán existir garantías como la obligación de la administración a que antes de dictaminar sentencia que determina la sanción, existiera un debido procedimiento previo al inicio del PAS, acorde a la predictibilidad del TUPA de cada entidad, de recibir las notificaciones del inicio del procedimiento, acceso

⁴⁹ Zegarra (2011), expone acerca de la titularidad en términos de la administración acerca de la imposición de sanciones, en referencia con la omisión dentro de la constitución.

⁵⁰ Expediente N° 2050 – 2002 – AA/TC, ha evidenciado la necesidad de precisar información acerca de la culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, en cuanto a los derechos de todo sancionador.

⁵¹ Danos, ha manifestado que la consagración del principio del debido procedimiento está relacionado con el ámbito sancionador, de acuerdo con la LPAG en el artículo

al expediente, que exista una fase instructora y otra resolutive, con diferentes funcionarios a cargo, que permita que la decisión sea imparcial y emitida con objetividad.

En el caso en concreto tenemos, que con Oficio Nro. 065-2007-OSINERMING-OPC de fecha 04 de mayo del 2007, Osinergmin designó a la Empresa Fiscalizadora Externa Tecnología XXI SA, para que efectuara la auditoría ambiental de ejecución del PAMA de la fundición y refinería de Cobre Ilo, la misma que se realizó con la asistencia técnica de la Consultora Deloitte, respecto del Proyecto de Modernización de la Fundición de Ilo, es así como la Gerencia de Fiscalización Minera del Osinergmin, inicio procedimiento administrativo sancionador a la empresa Southern, sustentando que la Empresa Fiscalizadora ha detectado incumplimientos a los compromisos PAMA y LMP e infracciones a las normas legales.

Osinergmin sustentan la vulneración a la infracción en la Ley General del Ambiente, artículo 74 y artículo 75; a nivel Sectorial sustenta la infracción en aplicación del Reglamento de Protección Ambiental para la Actividades Minero Metalúrgicas contenidas en el Decreto Supremo Nro. 016-93-EM del 28 de abril de 1993.

De acuerdo a lo indicado por Southern, la empresa presenta sus descargos sustentando su posición en primer lugar en el sentido que, cuando Osinergmin señala que el inc. B2 del artículo 48 del Reglamento de la Ley del Ambiente, sustituido por Decreto Supremo Nro. 022-2002-EM, podremos apreciar en que se estaría sustentándose en una norma con rango infra legal, que es un Decreto Supremo y no una ley material, por lo tanto, se estaría vulnerando el principio de legalidad.

En segundo lugar, Osinergmin no cumple con especificar de manera clara y precisa que ley tipifica la infracción y cuál es la ley que establece la sanción, vulnerándose el principio de tipicidad, muy por el contrario sanciona amparándose en el artículo 104 de la Ley General de Salud, artículo 74 de la Ley General del Ambiente y el art. 5 del Reglamento, sin embargo en estas normas sólo se establecen responsabilidades generales a todo titular minero que incumplan con daños ambientales, por lo tanto, como podemos apreciar respecto de los principios de legalidad y tipicidad, sólo por norma con rango de Ley se puede atribuir la potestad administrativa sancionadora, dicha sanción debe ser expresa e inequívoca y debe ser determinada como infracción, en ese sentido la emisión de un acto administrativo sancionador que no cumple con el procedimiento respectivo, es un acto que postula a la nulidad, siendo que debe estar sustentado en derecho a la luz de la normativa pertinente.

3.2.3.2 El Procedimiento Administrativo Sancionador

El PAS es el conjunto de actos destinado a determinar la existencia de responsabilidad administrativa, es decir la comisión de una infracción y la aplicación de una sanción, sin embargo debemos mencionar que desde el inicio del procedimiento será una garantía esencial de los administrados hacer valer sus derechos; el artículo 248.3 de la LPAG hace referencia que las sanciones a ser impuestas deben ser proporcionales al incumplimiento.

3.2.3.3 Alcance, contenido y límites de la potestad fiscalizadora

La actividad fiscalizadora tiene límites, debiéndose tomar en consideración el principio de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad al momento de emitir una sanción, por cuando la administración no puede ejercer esa potestad del *ius puniendi* sin límites, debiera ejercerlas respetando las garantías y los principios que le son inherentes a los administrados, garantías que se derivan de la Constitución, la LPAG, las leyes generales y especiales, jurisprudencia y doctrina, dado que las consecuencias de la potestad de sancionadora afecta el patrimonio del administrado.

3.2.3.4 El control de la Responsabilidad Administrativa

El control es una actividad necesaria para el funcionamiento de la Administración Pública, toda vez que el servicio de la administración debe realizarse con objetividad, predictibilidad, proporcionalidad, razonabilidad, discrecionalidad, entre otros criterios que permitan un control efectivo de la administración.

3.2.3.5 Responsabilidad administrativa

El artículo 261 de la LPAG⁵² nos da una lista de 22 supuestos de faltas administrativas en las que puede incurrir la administración y, por ende, son susceptibles de ser sancionados administrativamente, de acuerdo con la gravedad de la falta, la reincidencia, el daño causado y la intencionalidad con la que haya actuado la administración.

En el último párrafo 261.1, nos menciona que las sanciones deben ser impuestas previo procedimiento administrativo y nos remite al artículo 255 de la LPAG donde describe específicamente del procedimiento sancionador, indicando que la administración se deberá ceñir a las disposiciones señaladas en el artículo.

En el caso, Osinergmin determina responsabilidad administrativa a Southern por los supuestos incumplimientos al PAMA, LMP y a la normativa de la Ley General de Salud y Ambiental, exponiendo en resumen el siguiente cuadro:

Cuadro de determinación de infracciones y sanciones realizadas por Osinergmin
- Normativa de la LPAG

PSE	BASE NORMATIVA	SANCIÓN	NORMATIVA ADMINISTRATIVA-LPAG
1. INCUM- PLIMIENTO PAMA	INC. B1, ART. 48 RPAAMM. Sustituido por el Art. 1 del Decreto Supremo 022-2002- EM.	NO CUMPLIR CON LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROYECTO PAMA ZONA LAVADO DE CARROS	LPAG, art. 248, inc. 1 señala que únicamente por lo establecido legalmente se puede ofrecer la atribución de sanción. El Inc. B1. Art. 48 del Reglamento de la Protección Ambiental de la Actividad Minero Metalúrgica. Es una norma infralegal.
2. INFRACCIÓN GRAVE LMP	ART. 3 DE LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL NRO. 315-96- EM/VMM	NO CUMPLIR CON LOS NIVELES MAXIMOS PERMISIBLES PARA EMISIÓN DE PARTICULAS HORNO ISASMELD	LPAG, art. 248, inc. 1 señala que únicamente por lo establecido legalmente se puede ofrecer la atribución de sanción. Es una Resolución Ministerial con rango infralegal
3. INFRACCIÓN GRAVE LMP	RESOLUCIÓN MINISTERIAL NRO. 011-96- EM/VMM	AL HABER SUPERADO EL PARAMETRO ARSENICO	LPAG, art. 248, inc. 1 señala que únicamente por lo establecido legalmente se puede ofrecer la atribución de sanción. Es una Resolución Ministerial con rango infralegal
4. INFRACCIÓN	ART. 104 LGSALUD ART. 74 LEY GENERAL DEL AMBIENTE	DESCARGA DE TRES NUEVOS AFLUENTES LIQUIDOS AL MAR- SANCIÓN: NO CUENTAN CON AUTORIZACIÓN SANITARIA	El artículo 248, inciso 4, respecto a la tipicidad: (...) solo involucra a conductas de tipo sancionables en cuanto a las infracciones valoradas dentro de una administración de acuerdo con lo manifestado por ley.

⁵² Art. 261 de la LPAG, en donde se señala que las autoridades y las personas en cuanto al servicio de las entidades, involucran la independencia del régimen laboral o contractual, incidiendo en la falta administrativa de acuerdo con los trámites de los procedimientos hacia su cargo, siendo susceptibles hacia la sanción.

5. INFRACCIÓN	ARTICULOS 5 Y 6 DE RPAAMM ART.74 Y ART. 75.1 LEY GENERAL DEL AMBIENTE	EMISIÓN DE MATERIAL PARTICULADO EN EL CIRCUITO DE CHANCADO	LPAG, art. 248, inc. 1 señala que únicamente por lo establecido legalmente se puede ofrecer la atribución de sanción. Es una Reglamento con rango infralegal La ley describe de manera general las obligaciones de un titular minero.
6. INFRACCIÓN	ART. 5 Y 6 DEL RPAMM ART.74 Y ART. 75.1 LEY GENERAL DEL AMBIENTE	SALPICADURA DE ACIDO SULFURICO EN LA ZONA DEL PUERTO	LPAG, art. 248, inc. 1 señala que únicamente por lo establecido legalmente se puede ofrecer la atribución de sanción. Es una Reglamento con rango infralegal La ley describe de manera general las obligaciones de un titular minero.

1. Respecto a los incumplimientos del PAMA (infracción 1 y 6), la base normativa es un Reglamento, como ya se ha demostrado líneas arriba, un reglamento es una norma infralegal que se encuentra por el grado su jerarquía debajo de la Ley y, de acuerdo al principio de tipicidad estas deberán estar contenidas en una ley. Si bien es cierto, los reglamentos pueden suplir las deficiencias normativas, estas no pueden realizar cambios sustanciales del contenido de la Ley y no pueden interpretarse de manera análoga, ni restrictiva y mucho menos en condiciones menos favorables para los administrados.
2. Respecto a los incumplimientos de los LMP (Infracciones 2 y 3), cuya base normativa para determinar las sanciones son Resoluciones Ministeriales, de acuerdo al principio de legalidad califica como una norma infralegal y al no tipificar debidamente la infracción y la sanción determinada en una Ley, vulneran el principio de tipicidad y el debido procedimiento.
3. En las infracciones a la Ley de Salud y a la Ley del Ambiente (Infracciones 4, 5 y 6) , si bien es cierto estas cumplen con la lex certa, respecto a la tipificación de la sanción, esta es determinada de manera general y nos habla de un titular minero que debe cumplir con no dañar el medio ambiente, pero como lo podremos apreciar en el punto de la tipicidad, deberá existir precisión en la redacción de las conductas prohibidas y estar aplicada con normativa que determine la sanción de manera expresa, en ese mismo sentido la aplicación de la normativa especial sobre la general fue aplicada de manera errónea, vulnerándose el principio de especialidad de normas.

IV. POSICIÓN DE LA CANDIDATA

Del problema principal

Problema central

La decisión de Osinerming, vulnera los principios de legalidad, tipicidad, debido procedimiento administrativo, el derecho de defensa y el non bis in ídem?

Del problema controvertido central, respecto de la vulneración de los principios, la empresa Southern argumenta que se estarían vulnerando cinco (05) principios, los mismos que se encuentran reconocidos en la normativa peruana, principios que gozan de garantías que toda administración debe respetar por encontrarse amparada por la norma superior esencial, más aún tratándose de un procedimiento de la potestad sancionadora; Osinergmin por su parte de acuerdo a ley le fue conferida la competencia para proteger el medio ambiente a través del -ius imperium- del que gozan las entidades del Estado, siendo un requisito indispensable el debido procedimiento administrativo, el análisis se ha centrado en la protección de los principios a través de la constitución, la ley que regula el proceso contencioso administrativo LPAG, la jurisprudencia, la doctrina

y la normativa pertinente que garantizan estos principios, en ese sentido, se analiza cada principio y se determina como han sido vulnerados cada uno de ellos, tomándose en consideración los argumentos de ambas partes.

En los Anexos adjuntos al presente informe, se han realizado un análisis respecto de la normativa vigente al momento de la resolución del caso, se analiza si estos principios a través del Procedimiento Administrativo Sancionador por parte de la administración supera la vulneración del principio.

Respecto de los problemas secundarios:

Del primer problema secundario: Competencia de Osinergmin y de Digesa

Era Osinergmin la Entidad competente para fiscalizar y sancionar a Southern? Cuál es el rol de DIGESA?

De una revisión a la normativa, Osinerg de acuerdo a ley transfiere competencias a Osinergmin y, habiéndose determinándose que a la fecha de expedición de la Resolución, en el año 2007, quien tenía las competencias para sancionar en temas ambientales era Osinergmin, de esta misma manera, se puede observar que respecto a los vertimientos de agua al mar de Ilo, la autoridad competente para emitir autorizaciones es DIGESA, por lo que en este punto, Osinergmin como administración hizo uso de su potestad sancionadora, asumiendo competencias que no le correspondían, vulnerándose de esta manera el debido procedimiento y el principio de razonabilidad porque no pueden existir dos entidades del Estado que puedan determinar sanciones a un mismo administrado, por el mismo hecho y fundamento, vulnerándose así también el principio del non bis in ídem.

Del segundo problema secundario: Jerarquía de Normas

Las normas pueden ser reguladas por Decreto Supremo o Resolución Ministerial, como se condicen con el Principio de Legalidad y Tipicidad

En el PAS iniciado por Osinergmin, ha quedado demostrado que se vulneró el principio de legalidad, tipicidad y debido procedimiento; respecto del principio de jerarquía de normas se vulnera en el sentido que, en tanto existe un orden jerárquico para la aplicación de la normativa, de primera instancia debió existir una ley para determinar un procedimiento sancionador, en caso que el reglamento pueda precisar para justificar un mejor desarrollo de la ley, por ningún motivo podrá cambiar el contenido de la ley, ni interpretar de manera menos favorable para el administrado, lo que en consecuencia se transformaría en una infracción arbitraria.

En ese sentido, se condicen esta aplicación de las normas cuando Osinergmin no cumple con especificar de manera clara y precisa que ley tipifica la infracción y cuál es la ley que establece la sanción, vulnerándose los principios de legalidad y tipicidad, muy por el contrario sanciona amparándose en el reglamento de RPAAMM de Protección Ambiental de la Ley Minero Metalúrgica, sin embargo, estas normas sólo establecen responsabilidad general a quienes incumplan con daños ambientales, es importante dejar claro que para atribuir la potestad administrativa sancionadora, dicha sanción debe ser expresa e inequívoca y en caso que el reglamento cumpla con los requisitos exigidos para que pueda complementar la Ley, la aplicación del reglamento que sanciona al administrado fue aplicado de manera errónea, toda vez que el reglamento que se adecua para sanciones respecto del PAMA es el Reglamento sobre Protección al Medio Ambiente, finalmente, si aplicáramos la jerarquía de las normas el reglamento RPAAMM fue aprobado con una resolución de Concejo Directivo y el Reglamento del Medio Ambiente fue con un Decreto Supremo, por lo que en jerarquía de normas, tiene un rango superior el reglamento inaplicado por Osinergmin.

Del tercer problema secundario: Responsabilidad administrativa

Osinerming determino la responsabilidad administrativa de forma adecuada, se ejerció la potestad sancionadora en el marco del procedimiento?

Ante la necesidad de mecanismos de corrección, cuando la administración aplica de forma inadecuada la determinación de infracciones a la normativa, se activará la responsabilidad administrativa para la administración, y de acuerdo al Título IV, Capítulo II de la LPAG respecto de la responsabilidad de autoridades, considero se vulnera las faltas administrativas del artículo 261 de la LPAG:

- (4) Resolver sin motivación algún asunto sometido a su competencia.

Existió falta de motivación de la administración, al determinar la competencia en imponer sanciones por no contar con autorización de vertimientos de aguas al mar por parte del administrado, esa competencia al momento de la resolución del caso era exclusiva de DIGESA.

Asimismo, en la determinación de infracciones y sanciones via reglamento, no existió debida motivación de la Ley que determinó una sanción de manera expresa y precisa vulnerándose el principio de tipicidad y, respecto de la jerarquía normativa el rango legal del Reglamento es infralegal, en caso se encontrará determinado este reglamento por Ley, éste no puede trasgredir el contenido de la Ley.

Respecto de la determinación de infracciones y sanciones por Decreto Supremo y Resolución Ministerial, por el principio de legalidad y tipicidad estas normas deben encontrarse determinada en una ley y ser expresas en su contenido para determinar competencias a las Entidades y el marco legal de acuerdo a ley, más aún tratándose de responsabilidad administrativa de la potestad sancionadora.

- (9) Incurrir en ilegalidad manifiesta respecto de los principios vulnerados.

Existió vulneración de los principios de legalidad y tipicidad, debido procedimiento, derecho de defensa y al principio del non bis in ídem.

En el siguiente cuadro se hace un análisis de la normativa que ampara al principio de legalidad, tipicidad y debido procedimiento, respecto del derecho de defensa y principio del non bis in ídem, se encuentra detallados en los anexos adjuntos.

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LA POTESTAD SANCIONADORA

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA	PRINCIPIO DE LEGALIDAD	PRINCIPIO DE TIPICIDAD	PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	POSICIÓN
POTESTAD SANCIONADORA	Encuentra amparo en En la Constitución literal d) de artículo 2.24 En la LPAG Artículo 248 inciso 1	Encuentra amparo en En la Constitución, literal d) de artículo 2.24 En la LPAG Artículo 248 inciso 1	En la Constitución, artículo 139, inc.3 En la LPAG Artículo IV, inc. 1.2 del Título Preliminar del TUO LPAG. Art. 3, numeral 4 en concordancia con el Artículo 6 del TUO de la LPAG.	Se vulneran los principios de legalidad y tipicidad, debido procedimiento, derecho de defensa y non bis in ídem.

Asimismo, se vulneró el principio de especialidad, en el sentido que se inaplicó la norma pertinente para sancionar bajo la normativa especial por ser la norma del Reglamento de Protección Ambiental en la actividad Minero Metalúrgica con contenido respecto de fiscalización, determinación de infracciones y sanciones en el inicio de PAS respecto del PAMA y no remitirse al reglamento del procedimiento administrativo sancionador de Osinergmin.

ANEXOS

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

(ANEXO 1)

NORMATIVA	LEGALIDAD	Cumple
En la Constitución literal d) de artículo 2.24	Ninguna persona puede verse involucrada dentro de un acto que puede ser valorado como falta, por la realización de una acción que no se encuentra calificada como infracción punible.	
En la LPAG Artículo 248 inciso 1	La Ley General del Procedimiento Administrativo-LPAG, señala que existe potestad sancionadora en cuanto a que todas las entidades deben de estar regidas en base al principio de legalidad, basándose en una determinada norma para poder valorar el comportamiento o accionar de un individuo, pudiendo predisponer con ello la privación de su libertad.	
En jurisprudencia Tribunal Constitucional (Exp. N° 010-2002-AI/TC)	Este principio se encuentra configurado como un mero ejemplo en cuanto a la subordinación en relación con la administración del derecho, debido a que el término de legalidad hace referencia hacia la ley en cuanto al respeto que se tenga de esta y la capacidad de sancionar una falta.	
En doctrina	De acuerdo con lo expuesto por Fraga, el principio de legalidad se basa en un carácter verdadero, debido a que este se encuentra diseñado a favor de los administrados, los cuales deben de exigir el correcto funcionamiento de la normativa legal vigente en cuanto a la valoración de actos y faltas.	
CUESTIONAMIENTO DEL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO	DE ACUERDO CON LO SUTENTADO, DE LA REVISIÓN DE LA NORMATIVA, LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA LA RESOLUCIÓN SUPERA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD?	NO

ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD

(ANEXO 2)

NORMATIVA	PRINCIPIO DE TIPICIDAD	Cumple
En la Constitución literal d) de artículo 2.24	Ninguna persona puede verse involucrada dentro de un acto que puede ser valorado como falta, por la realización de una acción que no se encuentra calificada como infracción punible.	
En la LPAG Artículo 248.4 de la LPAG	En la normativa de la LPAG, el artículo 248.4 respecto del principio de tipicidad, nos dice que llegan a considerarse como conductas sancionables a aquellas que llegan a ser administrativamente infracciones que han sido previstas dentro de una normativa con rango de ley.	
En jurisprudencia Tribunal Constitucional (Exp. N° 00197-2010-PA/TC)	Así en jurisprudencia, tenemos que el Tribunal Constitucional aclaró que el principio de tipicidad llega a ser diferente que al de legalidad, encontrándose representado bajo la norma constitucional y que tiende a ser comprendido como literal de acuerdo con el apartado d) del artículo 2.24 de la Constitución, llegando a establecer que ninguna persona puede ser procesada ni sancionada por una determinada conducta que no se encuentre valorada como infracción punible.	
En doctrina	En doctrina Diego Zegarra nos dice <i>“hoy en día es aceptada la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la tipificación de infracciones sin que ello pueda catalogarse como una disconformidad con la exigencia de la claridad descriptiva del tipo que conduzca a la lex certa. De esta forma resulta inevitable para cualquier ordenamiento sectorial administrativo la incorporación de conceptos jurídicos indeterminados, ya que, a través de estos, frente a la limitación de definir con precisión una conducta sancionable, se permite al operador jurídico un margen de actuación, pero, como sostiene Nieto, con la clara limitación de que este no pretenda crear figuras, el objetivo es suplir las deficiencias de la normativa”</i> .	
CUESTIONAMIENTO DEL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO	¿DE ACUERDO CON LO SUTENTADO, DE LA REVISIÓN DE LA NORMATIVA, LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA LA RESOLUCIÓN SUPERA EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD?	NO

ANÁLISIS AL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

(ANEXO 3)

NORMATIVA	DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	Cumple
<p>En la Constitución Artículo 139, inc 3 literal d) de artículo 2.24</p>	<p>La Constitución respecto de la observancia al debido proceso y la tutela jurisdiccional, ha señalado que ninguna persona puede llegar a ser desviada en cuanto a la jurisdicción preestablecida por ley, ni puede ser sometida hacia procedimientos diferentes a los manifestados dentro del ámbito legal, entre otras consideraciones similares.</p>	
<p>En la LPAG Artículo IV punto 1.2</p>	<p>El artículo hace referencia hacia el debido procedimiento administrativo, en donde se debe de reconocer y afirmar que la totalidad de los administrados llegan a tener derecho en cuanto a la existencia de un determinado procedimiento administrativo, el cual tiene la finalidad de poder valorar las decisiones, de acuerdo con los hechos manifestados.</p>	
<p>En jurisprudencia Tribunal Constitucional Expediente N° 06389-2015-PA/TC</p>	<p>En la sentencia del Tribunal Constitucional se ha afirmado que las garantías que están basadas en el debido proceso llegan a afectar directamente los derechos de una persona, entendiendo con ello que los tribunales del poder judicial no llegan a ser los únicos que deben de ofrecer el respeto hacia estos procedimientos, sino que todos aquellos relacionados con la sanción o que brindan una valoración final en base a los hechos, relacionados con la administración pública.</p>	
<p>En doctrina</p>	<p>La Doctora Salmón, ha ofrecido la siguiente reflexión: el debido proceso y la relación que llega a tener la Corte Interamericana y los procesos nacionales, deben de ofrecer garantías del debido procedimiento, con la finalidad de que se pueda respetar lo consagrado en la LPAG, teniendo como fundamento a la constitución y consistiendo en el reconocimiento de los derechos de todas las personas en cuanto a la tramitación debida y la imputación de la sanción dentro de un debido procedimiento administrativo.</p>	
<p>CUESTIONAMIENTO DEL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO</p>	<p>¿DE ACUERDO CON LO SUTENTADO, DE LA REVISIÓN DE LA NORMATIVA, LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA LA RESOLUCIÓN SUPERA EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO?</p>	NO

ANÁLISIS AL DERECHO DE DEFENSA

(ANEXO 4)

NORMATIVA	DERECHO DE DEFENSA	Cumple
En la Constitución Artículo 139, inc 14	La garantía del derecho de defensa, de acuerdo con lo expuesto por la Constitución, se evidencia como aquel hecho en donde ningún individuo puede llegar a ser privado de su derecho a la defensa en cualquier estado de proceso administrativo de tipo sancionador.	
En la LPAG	<p>El artículo 254.1 de la LPAG, inc. 4 pone en evidencia los caracteres relacionados con el procedimiento sancionador, considerando que el administrado cuenta con un promedio de 5 días con la finalidad de que se pueda hacer uso de los medios de defensa suficientes en cuanto a testimonios, entre otros, para valorar su defensa, de acuerdo con el artículo 173.2 de la LPAG.</p> <p>El artículo 173 de la LPAG respecto de la carga de la prueba en 173.2 manifiesta que el administrado cuenta con la posibilidad de aportar las pruebas suficientes en cuanto al desarrollo de su diligencia, en donde el artículo 177 de la LPAG, señala que todo tipo de hecho puede ser tomado como referencia para poder delimitar una decisión final.</p>	
En jurisprudencia Tribunal Constitucional Expediente N° 05986-2015-PA/TC	El Tribunal Constitucional ha manifestado que el principio del debido procedimiento administrativo está relacionado con la administración pública en cuanto a la obligación de poder respetar los derechos básicos del individuo y en donde su vulneración llega a tener la capacidad de viciar la validez de cualquier tipo de acto administrativo.	
En doctrina	Diego Zegarra nos dice que garantizar el derecho hacia la defensa en cuanto a la resolución administrativa, la cual se emite de acuerdo con un procedimiento administrativo de tipo sancionador, teniendo como objetivo fundamental el hecho de poder valorar la validez de los actos administrativos planteados, siendo necesaria la exposición clara de los hechos que van a ser valorados.	
CUESTIONAMIENTO DEL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO	¿DE ACUERDO A LO SUTENTADO, DE LA REVISIÓN DE LA NORMATIVA, LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA LA RESOLUCIÓN SUPERA EL PRINCIPIO DEL DERECHO DE DEFENSA?	NO

ANÁLISIS AL PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM

(ANEXO 5)

NORMATIVA	PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM	Cumple
En la Constitución Artículo 139, inc 3	Se pone en manifiesto el debido proceso y la tutela jurisdiccional, en donde se señala que ningún individuo puede contar con la posibilidad de desviarse de lo manifestado en la jurisdicción predeterminada por ley, en donde no se pone en consideración un procedimiento previamente establecido, ni juzgado de acuerdo con los órganos jurisdiccionales.	
En la LPAG Art. 248, ítem 11	Ahonda en el respeto hacia los principios relacionados con la potestad de sanción, el cual manifiesta que esta viene a representar las garantías a favor del administrado, en donde no se puede evidenciar la sentencia por un mismo hecho en más de una oportunidad, relacionado directamente con la proporcionalidad y la legalidad.	
En la Ley General del Ambiente Ley 28611	Respecto de la prohibición de la doble sanción, se prohíbe imponer sucesiva o simultáneamente más de una sanción por el mismo hecho, en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento, de darse sanciones sucesivas se aplicará la sanción prevista para a infracción de mayor gravedad.	
En jurisprudencia Tribunal Constitucional Exp. 2050-2002-AA/TC	El Alto Tribunal ha interpretado que el non bis in ídem, es un derecho fundamental implícito en el contenido del derecho al debido proceso del artículo 139° inciso 3 de la Constitución (caso Carlos Ramos Colque).	
En doctrina	Danos, en relación con el principio non bis in ídem, señala que este principio es una garantía fundamental amparada en la constitución, entendiendo que el desarrollo por el tribunal constitucional ha realizado su delimitación y alcance. Así mismo, su existencia se encuentra reconocida en el derecho administrativo sancionador, si es que ello no se cumpliera, se puede manifestar que las entidades públicas que poseen potestad sancionadora pueden llegar a iniciar procedimientos de infracciones que en ya fueron sancionadas, lo cual sería arbitrario.	
CUESTIONAMIENTO DEL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO	¿DE ACUERDO A LO SUTENTADO, DE LA REVISIÓN DE LA NORMATIVA, LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA LA RESOLUCIÓN PASA EL PRINCIPIO DEL NON BIS IN ÍDEM?	NO

V. CONCLUSIONES:

- El problema controvertido central, es la vulneración de los principios, analizada la normativa peruana, principalmente tratándose de un procedimiento administrativo sancionador emitido por la Administración y, del análisis se determina que los administrados gozan de garantías que la administración debe respetar, primeramente por encontrarse amparada por la norma superior esencial, y en derecho administrativo por la LPAG y la Ley del Proceso contenciosos administrativo; en el caso concreto, de acuerdo a Ley las competencias conferidas a la administración para la protección del medio ambiente y a través del -ius imperium- del que gozan las entidades del Estado, se determinan infracciones y sanciones al administrado, sin embargo, siendo un requisito indispensable el debido procedimiento administrativo, el análisis se ha centrado en como han sido vulnerados cada uno de esos principios, tomándose en consideración los argumentos de ambas partes.

Respecto del **principio de legalidad**, existió determinación de infracciones y sanciones con sustento en Reglamento, Resoluciones Ministeriales y Resolución de Consejo Directivo, todas ellas con rango infralegal.

Del **principio de tipicidad**, la normativa que determino las infracciones y sanciones fueron con rango infralegal, cuyo sustento es general para todo titular minero, habiéndose omitido la exigencia de determinar en un PAS de manera expresa y precisa la infracción y la sanción.

Sobre el **Principio del debido procedimiento**, determinadas las competencias para que Osinerming, (en el momento de la resolución del caso), para que pueda supervisar, determinar infracciones y sanciones, al momento de determinarlas las aplica de manera errónea con normativa en base a norma general y no especial, determinada en el reglamento de PAS de Osinergmin y no el en RAAMM que es especial para incumplimientos al PAMA, vulnerándose el principio de especialidad, en ese mismo sentido, respecto a la jerarquía normativa de estos reglamentos, el RAAAMM con el que debió sancionarse tiene un rango superior en su aprobación por Decreto Supremo sobre la Resolución del Reglamento del PAS de Osinergmin que fue la Resolución del Consejo Directivo con la que erróneamente se sancionó.

Asimismo, no se valoraron las pruebas de la manera debida, más aún cuando estas pruebas fueron alcanzadas en su oportunidad al MINEM y posteriormente a Osinerming adjuntándolas en el recurso de reconsideración para su valoración.

Principio de defensa fue vulnerado cuando no se valoraron las pruebas alcanzadas por el administrado de la manera debida, la determinación de infracciones y sanciones fue con normativa infralegal, la no especificación de la infracción y sanción de manera expresa, finalmente debió existir una motivación de los hechos probados y fundamentos jurídicos que sustenten la aplicación de la sanción.

Principio de non bis in ídem, la administración a través de DIGESA en el 2006 y Osinergmin en el 2007 solicitaron a Southern la licencia sobre vertimientos de aguas al mar de Ilo, se debe tener en cuenta que Osinerming no tenía competencia para solicitarla, por lo tanto se vulnera el principio del non bis in ídem porque tenemos una doble imposición de sanción para el mismo administrado, por un mismo hecho y fundamento.

- Respecto del primer problema secundario, se ha determinado que las competencias para fiscalizar y sancionar respecto a los daños al medio ambiente eran de Osinergmin desde de enero del 2007 (fecha en que se emitió la Resolución), sin embargo respecto de la competencias para solicitar autorización de vertimientos de agua, la competencia exclusiva era de DIGESA, en el caso concreto Osinergmin asumió de manera indebida la competencia que le correspondían a DIGESA.

- Sobre el segundo problema secundario, debido a que las infracciones y sanciones se sustentan en Reglamento, Resoluciones Ministeriales, Resolución del Concejo Directivo y Decreto Supremo. De acuerdo al principio de legalidad estas normativas son infralegales porque no poseen rango de Ley, tal como se ha demostrado en el punto del principio de legalidad y tipicidad, condiciéndose con estos principios toda vez que para el inicio de un PAS debe estar previstas en normas con rango de ley y la tipificación debe ser determinado con una ley y la calificación debe ser expresa.
- Finalmente, respecto del tercer problema secundario, Osinergmin no determino de la manera debida la responsabilidad administrativa de la portestad sancionadora toda vez que no realizó la determinación de la sanción en aplicación a la normativa especial, sino aplicó la norma general que da pautas para todo titular minero de no dañar al medio ambiente; debiéndose haberse aplicado el principio de especialidad porque esta normativa es la que determina el procedimiento de los titulares mineros que incumplen el PAMA, tomado en consideración por parte de la Administración, la objetividad, proporcionalidad y la razonabilidad, y finalmente es indispensable realizar la debida motivación de las decisiones.



VI. BIBLIOGRAFÍA

1. SALMON, Elizabeth y BLANCO, Cristina. El Derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo Editorial PUCP. Lima 2021.
2. RUBIO Marcial y ARCE, Elmer. "Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano. "Lo esencial del Derecho" Nro. 10. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima 2019.
3. Libro de Ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Derecho Administrativo hacia un Estado más confiable. ECB Ediciones SAC. Lima, 2016.
4. Derecho Administrativo hacia un Estado Confiable. Libro de ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Administrativo. ECB Ediciones SAC. 2016.
5. LIZÁRRAGA GUERRA, Víctor. "El Derecho disciplinario de la Administración Pública". Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL. Lima, 2015.
6. MALDONADO MELÉNDEZ, Mirko André. Los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2015.
7. ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. Teoría del Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2015.
8. GUERRA. Víctor Lizárraga. Libro El Derecho disciplinario en la Administración Pública. Fundamento del ne bis in ídem en la potestad sancionadora administrativa pública. Grijley EIRL. 2013.
9. MARAVI Milagros, MONGE Fiorella. Aportes para un Estado Eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Mas sobre la arbitrariedad de las decisiones de los organismos reguladores. Palestra Editores, Lima, 2012.
10. ZEGARRA, Diego y BACA ONETO, Víctor. Ley del procedimiento Administrativo General, Diez años después. Palestra Editores. Lima, 2011.
11. MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentario a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica SA. Lima, 2009.
12. MORÓN URBINA, Juan Carlos. Los recursos en la Ley del Procedimiento Administrativo General y en los procedimientos sectoriales. Gaceta Jurídica. Lima, 2009.
13. PRIORI POSADA, Giovanni. Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Ara Editores EIRL. Lima, 2009.
14. DEL POZO, Claudia. Control Difuso y Procedimiento Administrativo. Tesis y monografías en Derecho, Palestra Editores julio 2005.
15. ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Jurisdicción Constitucional Impartición de Justicia y Debido Proceso. Ara Editores EIRL. Lima 2003.

Leyes, reglamentos, TUO, jurisprudencia:

- Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444.
- TUO de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo DS. Nro. 013-2008-JUS.
- Ley Nro. 28611 Ley General del Ambiente
- Reglamento de Protección Ambiental para Actividades Minero Metalúrgica, aprobado con el Decreto Supremo Nro. 016-93-EM
- TUO Texto Único Ordenado de la Ley de Minería – Decreto Supremo Nro. 014-92-EM
- Ley General de Aguas - Decreto Ley Nro. 17752
- Ley General de Salud - Decreto supremo Nro. 016-93-EM
- Ley de Creación de OSINERMINING - Ley 26734
- Reglamento de OSINERMINING - Decreto Supremo Nro. 054-2001-PCM
- Reglamento de Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERMINING aprobado por Resolución 640-2007-OS/CD
- Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERMINING aprobado con Resolución 324-2007-OS-CD
- Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica aprobado con Decreto Supremo Nro. 018-93-EM.

Páginas Web:

- [GUIA DGAAM 6.pdf \(minem.gob.pe\)](#)
- <https://iuslatín.pe/Derecho Administrativo: ¿en qué consiste el principio de legalidad? | IUSLatin>
- <https://www.osinerming.gob.pe/sección/institucional>
- [22 DANOS ORDOÑEZ, Jorge. La Regulación del Procedimiento Administrativo Sancionador en el Perú. Circulo de Derecho Administrativo. XVII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo-Guayaquil https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22164/21480](#)

ES COPIA AUTENTICADA

Caroline de Trazegnies-Therrien
Asesora Legal de la Alta Dirección
OSINERGMIN

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD

001277

OSINERGMIN
Gerencia de Fiscalización Minera

Lima, 27 de mayo de 2010

VISTO:

El Expediente N° 2007-024, que contiene el recurso de apelación interpuesto por la empresa minera SOUTHERN PERU COPPER CORPORATION, SUCURSAL DEL PERU (en adelante SOUTHERN), representada por el señor Hans A. Flury Royle, contra la Resolución de Gerencia General N° 1195-2008-1-OS/GFM del 22 de abril de 2008; en materia de infracción a la normativa ambiental¹.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Gerencia General N° 1195-2008-1-OS-GFM del 22 de abril de 2008 se sancionó SOUTHERN con multa de 103.75 UIT por incumplimiento de 2 proyectos de su Programa de Adecuación y Manejo Ambiental y por 2 infracciones graves al superar Límites Máximos Permisibles (LMP), de acuerdo al siguiente detalle:

- a) 3.75 UIT por incumplimiento de dos proyectos del PAMA²:
- Proyectos de planta de metales preciosos y de selenio³ y
 - Mejora en la zona de lavado de carros de ferrocarril⁴,

¹ El Expediente 2007-024 se vincula a la acumulación de dos (2) procedimientos sancionadores iniciados contra SOUTHERN PERU COPPER CORPORATION, SUCURSAL DEL PERU mediante Oficios 248-07-OS-GFM y 034-2008-OS-GFM. Esta acumulación fue dispuesta en el artículo 1° de la resolución apelada.

² En relación al incumplimiento del PAMA, la multa es proporcional al porcentaje de retraso físico en la ejecución de los dos proyectos del PAMA, de conformidad con la legislación minera aplicable: artículo 48° literal B) del Reglamento de Protección Ambiental de la Actividad Minero-Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, modificado por Decreto Supremo N° 022-2002-EM y Resolución Ministerial N° 244-2003-EM/DM.

Cabe precisar que para el caso de los PAMA, la citada normativa estableció una escala de multa específica y distinta al régimen general de sanciones previsto en la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/DM.

³ Según el Informe de Cumplimiento del PAMA - Auditoría Ambiental de "Planta de Fundición y Refinería de Ilo", emitido por la Empresa Fiscalizadora Externa Tecnología XXI S.A., este proyecto registró a la fecha de finalización (año 2000), un porcentaje de inversión respecto al compromiso del PAMA del 98% y un avance físico de ejecución del 95% (fojas 95).

⁴ De acuerdo al Informe de Cumplimiento del PAMA - Auditoría Ambiental de "Planta de Fundición y Refinería de Ilo", emitido por la Empresa Fiscalizadora Externa Tecnología XXI S.A., este proyecto registró a la fecha de finalización (año 1999), un porcentaje de inversión respecto al compromiso del PAMA del 30% y un avance físico de ejecución del 95% (fojas 101).



- b) 100 UIT por dos infracciones graves consistentes en la vulneración de Límites Máximos Permisibles (LMP) para los parámetros "partículas" de las emisiones en la chimenea del horno Isasmelt y parámetro "arsénico" en el efluente líquido de la fundición (Fu-i-9).

Los valores registrados para el parámetro "partículas" fueron de 187.9 mg/m³N (primera corrida) y 219.4 mg/m³N (segunda corrida)⁵ y para el parámetro "arsénico" de 8,0092 mg/L⁶, respectivamente, excediendo los niveles máximos permisibles previstos en el artículo 3° de la Resolución Ministerial N° 315-96-EM/MM y artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/MM (100 mg/m³N y 1,0 mg/L, respectivamente).

Además, se sancionó a la empresa con una segunda multa de 70 UIT por infracción al artículo 104° de la Ley General de Salud, Ley N° 26842; artículo 74° y numeral 75.1 del artículo 75° de la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611; y los artículos 5° y 6° del Reglamento para la Protección Ambiental para las Actividades Minero Metalúrgicas, Decreto Supremo N° 016-93-EM.

La multa de 70 UIT se configuró de la siguiente manera:

- a) 50 UIT por la descarga no autorizada de vertimientos, de tres nuevos efluentes líquidos hacia el mar, provenientes de la fundición.
b) 20 UIT por dos infracciones vinculadas a la emisión de material particulado en el circuito de chancado, sin haber adoptado medidas de previsión y control para evitar o reducir dicha emisión.

Finalmente, se requirió a SOUTHERN que presente el Plan de Cese de Proceso /Instalación en el plazo máximo de cuatro (4) meses, de acuerdo con lo establecido en el inciso B4.b del artículo 48° del Reglamento para la Protección Ambiental para las Actividades Minero Metalúrgicas, Decreto Supremo N° 016-93-EM.

2. Por escrito N° 1010711 de fecha 21 de mayo de 2008, la recurrente interpuso recurso de reconsideración, en atención de los siguientes argumentos:

- a) Sobre la solicitud de nulidad

La resolución impugnada vulneraría los Principios de Legalidad y Tipicidad, porque las infracciones que se le atribuyen no se encuentran reguladas en una norma con rango de Ley. Además, no cumple con la tipicidad, pues las infracciones no pueden ser reguladas por Decreto Supremo, ni mucho menos por Resolución Ministerial.

⁵ Tal como consta a fojas 113, en la Tabla N° 5.6 del Informe de Cumplimiento del PAMA - Auditoría Ambiental de "Planta de Fundición y Refinería de Ilo", emitido el 5 de julio de 2007 por la Empresa Fiscalizadora Externa Tecnología XXI S.A.

⁶ Conforme al resultado del Informe de Ensayo con valor oficial del Laboratorio INSPECTORATE, obrante a fojas 580

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD

001278

Además, violaría los principios de debido proceso y defensa, pues no se comunicó la norma con rango de Ley que se habría infringido, y no se ha observado lo establecido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en cuanto señala que se debe indicar al supuesto infractor la Ley que habría vulnerado.

b) Sobre la reconsideración

Se argumenta lo siguiente respecto a las infracciones imputadas:

- Incumplimiento del Proyecto PAMA: Planta de metales preciosos y de selenio
Se señala que en la supervisión del año 2007, como en la supervisión especial del año 2008, se verificó la conclusión de la infraestructura comprometida en el PAMA. Además que no ha habido valoración adecuada de las pruebas aportadas al procedimiento sobre el cumplimiento de este proyecto PAMA.
- Mejora en la zona de lavado de carros de ferrocarril
Se señala que OSINERGMIN ha considerado monitoreos realizados en el agua proveniente de sistema de captación de agua de lavado, que incluye un desarenador y un separador de aceite agua. No obstante, esta agua es reaprovechada en su totalidad, por lo que no existen efluentes. En consecuencia, el comparar sus resultados con LMP, constituye un error que ha llevado a considerar el incumplimiento del compromiso PAMA.
- Sobre el incumplimiento de LMP para emisión de partículas en la chimenea del horno Isasmelt
La generación de partículas se debe al ingreso de nueva tecnología. Antes de la instalación del horno, no se emitían partículas, por lo que SOUTHERN no había previsto medidas para evitar la generación de polvos. En consecuencia, este hecho no constituye un incumplimiento del PAMA, y no debería ser sancionado como si lo fuera.
El incumplimiento de LMP para las partículas no corresponde directamente al proceso pirometalúrgico realizado en la fundición, sino a emisiones fugitivas que son colectadas y evacuadas para mejorar las áreas de trabajo.
- Sobre el incumplimiento de LMP para fugas de parámetros "arsénico" en el punto FU-1-9 ubicado a 50 metros de la puerta de ingreso de la fundición
Esto se debe a un desajuste en los equipos, el cual sin embargo, se ha superado satisfactoriamente, lo cual puede ser verificado en cualquier momento. A juntón como nueva prueba los resultados de monitoreo de efluentes líquidos.
- Sobre la descarga de tres efluentes líquidos sin autorización, los que se vierten al mar y no han sido considerados en su PAMA
SOUTHERN reconoce la descarga de efluentes no autorizados, pero señala que OSINERGMIN no es competente para sancionarlas, por lo que vulnera principio de legalidad. Además, está afectaría el principio de *non bis in idem*, pues se sancionaría doblemente por la misma infracción.



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD

ES COPIA AUTENTICADA
[Firma]
Caroline de Trazegnies Thorne
Asesora Legal de la Alta Dirección
OSINERGMIN

- Sobre la emisión de material particulado en el circuito de chancado, alterando la calidad ambiental del aire y el titular minero no está adoptando medidas para la previsión y control (art. 5° y 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM)
Se señala que la limpieza del área ha generado la emisión del material particulado. Esto podría ser comprobado en los resultados de monitoreo realizados antes de la auditoría en el segundo semestre del año 2007 y los reportes presentados, sin embargo, esta prueba no fue valorada adecuadamente.
- Sobre las salpicaduras de ácido sulfúrico en la zona de descarga en el puerto y el titular minero no está adoptando medidas para la previsión y control
Se señala que la descarga se ha realizado sobre el suelo impermeabilizado, con canales, sumideros y una planta de neutralización. Además que no se ha tomado en consideración las medidas preventivas y de protección ambiental que han sido evidenciadas durante la auditoría.

Sobre la obligación de presentar un Plan de Cese en un plazo de 4 meses, SOUTHERN señala que cuenta con un contrato de estabilidad administrativa que establece cuáles son las normas que le aplican, lo cual impide presentar un Plan de Cese. No obstante, aún en el caso que se requiriera la presentación de dicho Plan de Cese, ello debería tener como objetivo eliminar, neutralizar y/o evitar efectos negativos sobre el medio ambiente, producidos o que puedan producirse por la actividad minera, y ello no ha sido considerado en la resolución.

3. SOUTHERN presentó el escrito N° 1049918 de fecha 22 de agosto de 2008, dirigido a la Gerencia General de OSINERGMIN, solicitando que se tenga por cumplidos seis de los siete requerimientos señalados en la Resolución de Gerencia General N° 1195-2008-1-OS-GFM, por lo siguiente:

- Ha implementado un balance metalúrgico mensual de la planta de selenio que acredita la captura del 98% de selenio. Presenta reportes de mayo, junio y julio de 2008.
- Se han realizado trabajos de mejora en el sistema desarenador y pozos separadores de agua aceite, habiendo cumplido con los LMP. Adjuntan informe de acciones de mejoramiento y reporte de sistema de pozos separadores de agua-aceite de lavado de carros de ferrocarril de Patio Puerto.
- Se ha presentado ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM), el Plan de Cese sobre el material particulado generado por el horno Isasmelt. Además que se encuentra implementando medidas de adecuación. Se anexa cargo de presentación del Plan de Cese y memoria descriptiva de las medidas correctivas y operativas que se están realizando.
- Sobre el LMP de arsénico, el parámetro ha sido corregido. Se señala que este parámetro ya fue corregido. Se presenta contramuestras tomadas en la supervisión especial del 16 al 26 de julio de 2007 de acuerdo al PAMA y durante la supervisión del 15 al 17 de febrero de 2007. Además anexan reportes de monitoreo sobre este parámetro en el punto FU-i-9 y el reporte de monitoreo de efluentes de la Fundición.
- Sobre los tres puntos de vertimientos, se ha iniciado procedimiento de autorización sanitaria de vertimiento. Presentan copia del cargo de dicha solicitud.



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD

001279
OSINERGMIN
Gerencia de Fiscalización Minera

- Sobre la emisión de material particulado en el circuito de chancado de la zaranda 15-001 de la chancadora secundaria, se han tomado las medidas preventivas de capacitación en esta área, lo cual fue realizado antes de la supervisión. Adjuntan lista de actividades de la capacitación de personal.
 - Sobre la descarga de ácido sulfúrico, se ha puesto en operación un sistema de contención con canales y sumideros para coleccionar las posibles fugas de ácido. Además ha instalado una geomembrana. Adjuntan fotografías del proceso de instalación de la geomembrana.
4. Mediante Informe GFM N° 260-2008 del 08 de setiembre de 2008, se analizó el recurso de reconsideración, y se recomendó encausarlo como un recurso de apelación, toda vez que se había deducido la nulidad de la Resolución impugnada.
 5. Con Oficio N° 621-2009/MEM-AAM del 07 de mayo de 2009, la DGAAM informó sobre la aprobación del Plan de Cese correspondiente a la "Chimenea de Higiene del Edificio Horno Isasmelt" y se adjuntó la Resolución Directoral N° 065-2009-MEM/AAM del 23 de marzo de 2009. Además adjuntó el Informe N° 108-2009-MEM-AAM/AD/WALL que aprueba la eliminación un punto de monitoreo FU-i-3 e implementación de FU-i-7, FU-i-9, FU-i-10. Con lo cual, se elevó el expediente al Consejo Directivo para su pronunciamiento.
 6. Evaluados los actuados, procede en primer término pronunciarse por el recurso de reconsideración formulado por la impugnante.

En el presente caso, de la revisión del recurso administrativo interpuesto se advierte que se deduce la nulidad de la resolución impugnada, tal como se señaló en el Informe GFM N° 260-2008 del 08 de setiembre de 2008, cuestionándose la afectación de diversos principios de la potestad sancionadora previstos en la Ley N° 27444. En tal sentido, en aplicación de los artículos 209° y 213° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, corresponde calificar dicho recurso administrativo como uno de apelación.

7. Sobre el argumento que sostiene la vulneración del principio de Tipicidad y de Legalidad previstos en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, al no establecerse las infracciones imputadas, en una norma con rango de Ley, es necesario precisar que si bien el artículo 230.4, señala que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley, es importante tener en cuenta que la misma norma establece que "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."

Al respecto, cabe señalar que el argumento que sostiene la vulneración del principio de Tipicidad y de Legalidad previstos en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, al haberse establecido la imposición de sanciones al amparo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, implicaría que conforme al marco normativo vigente el Osinergmin carecería de competencia y facultades legales para



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD

ES COPIA AUTENTICADA
Caroline de Trazagnies Thorne
Asesora Legal de la Alta Dirección
OSINERGMIN

sancionar los incumplimientos alegados en el Procedimiento Administrativo Sancionados, cuales son:

- a) Incumplimiento de compromisos PAMA
- b) Incumplimiento de LMP en emisiones y efluentes
- c) Incumplimiento de adoptar medidas de previsión y control

Sin embargo, la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (en adelante "LGA") establece que en su artículo 2° numeral 2.1, que las disposiciones contenidas en dicha norma, así como en sus normas complementarias y reglamentarias, "son de obligatorio cumplimiento para toda persona natural o jurídica, pública o privada, dentro del territorio nacional, el cual comprende el suelo, subsuelo, el dominio marítimo, lacustre, hidrológico e hidrogeológico y el espacio aéreo". De manera específica, en el capítulo 4 referido a la "Empresa y Ambiente", artículo 73°, numeral 1. se reitera que sus disposiciones "son exigibles a los proyectos de inversión, de investigación y a toda actividad susceptible de generar impactos negativos en el ambiente, en tanto sean aplicables, de acuerdo a las disposiciones que determine la respectiva autoridad competente."

Así, ésta Ley establece en el artículo 74°, que 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 generen por acción u omisión.

Complementariamente a estas disposiciones, en el artículo 75° inciso 1, la LGA ha establecido que 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 dicha ley y las demás normas legales vigentes.

Como se observa, la legislación establece con claridad la obligación por parte de toda persona natural o jurídica, de adoptar medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora, como es el caso de las operaciones mineras, precisando la responsabilidad del titular de la actividad, de responder por los efluentes y el impacto negativo que se genere como consecuencia de sus actividades.

A nivel sectorial, el Decreto Supremo N° 016-93-EM, Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades Minero Metalúrgicas, expedido conforme a lo dispuesto por el entonces vigente Código del Medio Ambiente, también estableció en sus artículos 5° y 6° la obligación del titular minero de controlar sus emisiones, efluentes y todos los impactos ambientales de sus operaciones.

Es el caso que el Ministerio de Energía y Minas, en su calidad de autoridad sectorial competente, estableció las obligaciones generales y los Límites Máximos Permisibles a cumplir en el ejercicio de actividades mineras y la sanción que corresponde a su



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD

ES COPIA AUTENTICADA
[Firma]
Caroline de Trazagnies Thorne
Asesora Legal de la Alta Dirección
OSINERGMIN

001280
Gerencia de Fiscalización Minera
OSINERGMIN

infracción, por lo que carece de fundamento el argumento expuesto por la recurrente, en el sentido que se habría vulnerado los principios de Tipicidad y Legalidad.

Los Límites Máximos Permisibles para los efluentes de las actividades minero metalúrgicas se establecieron mediante Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM. El artículo 4° de esta norma estableció que los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado a partir de la muestra recogida del efluente minero-metalúrgico, no excederán en ninguna oportunidad los valores establecidos en las tablas adjuntas a la norma.

Por su parte, el Ministerio de Energía y Minas expidió la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, cuando tenía esa atribución legalmente reconocida por el inciso l) del artículo 101° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (Decreto Supremo N° 014-92-EM), aprobando la Escala de Multas y Penalidades por incumplimiento de disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias. En esta resolución ministerial se estableció la escala de multas por infracciones a obligaciones ambientales, norma que actualmente se encuentra vigente y en la que se ampara la determinación de multa impuesta a la recurrente. De hecho, en la propia Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, se declara expresamente que en tanto se aprueben por el OSINERGMIN, los procedimientos de fiscalización de las actividades mineras a su cargo, seguirían vigentes a las disposiciones sobre esta materia contenidas, entre otras, en la Escala de Sanciones y Multas aprobada por Resolución Ministerial N° 310-2000-EM-VMM (sic), siendo de aplicación todas las normas complementarias de estas disposiciones que se encuentren vigentes a la fecha de promulgación de la presente Ley.

Así, mediante esta Ley se complementa el rango legal requerido por la Ley N° 27444, para la determinación de las infracciones y sanciones aplicables por el incumplimiento de las obligaciones legales establecidas, con la referida a los LMP y demás

Conforme a lo expuesto, la resolución de la Gerencia General del Osinergmin N° 1195-2008-1-OS/GFM, no vulnera los principios de Tipicidad y Legalidad establecidos en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Respecto a la vulneración del debido proceso y el derecho de defensa, en virtud de lo señalado en los párrafos antecedentes, se desprende que al no existir una vulneración por la tipicidad o legalidad de la norma que regula las infracciones imputadas a SOUTHERN no ha existido vulneración del debido proceso, pues se señaló cuál era el supuesto de infracción en cada caso, y en consecuencia, tampoco se ha vulnerado el derecho de defensa.

8. Sobre el incumplimiento del proyecto PAMA: Planta de metales preciosos y selenio, la empresa señala que a la fecha de la auditoría ya se había cumplido con el 100% de este proyecto, esto es, antes de mayo de 2007.



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD

Adjunta como medio probatorio, un documento de levantamiento de la recomendación N° 12 sobre la captura del 98% de selenio que habría presentado durante la Segunda Supervisión Especial de Levantamiento de Observaciones de recomendaciones realizada del 15 al 17 de febrero de 2008. Además, presenta los reportes de Balance metalúrgico de selenio en la Planta de Selenio de mayo, junio y julio de 2008.

Al respecto, es necesario precisar que a pesar de las pruebas que evidencian el cumplimiento del compromiso de captura de selenio, desde febrero de 2008, la infracción materia de análisis y por la que se ha iniciado el Procedimiento Administrativo Sancionador, corresponde a mayo de 2007, y en ese lapso de tiempo, la empresa no ha probado que el proyecto se hubiera ejecutado al 100%, por lo cual, este extremo de la apelación debe ser desestimada.

9. Respecto al incumplimiento de la zona de lavado de carros de ferrocarril, SOUTHERN señala que no existen efluentes en esta zona y que los muestreos realizados por la entidad supervisora en el agua proveniente del área de lavado que luego es aprovechado, ha conducido al error de considerar como no cumplido este proyecto PAMA.

Sobre este aspecto, se debe señalar que el incumplimiento observado en la zona de lavado y por el que se inició el Procedimiento Administrativo Sancionador, no implica sólo al agua proveniente del lavado, sino también a la descarga de hidrocarburos y de residuos.

Respecto al manejo de efluentes, evaluada la información presentada por SOUTHERN se ha podido evidenciar contradicción en sus argumentos. Por un lado, se indica que no existirían efluentes en la zona de lavado (recurso de apelación), mientras que por otro lado (escrito N° 1049918), se adjunta documentación que evalúa el cumplimiento de los LMP de efluentes, los que se habrían adecuado con fecha posterior a la supervisión que determinó la infracción.

En este sentido, también este aspecto de la apelación debe ser desestimado.



10. Respecto al incumplimiento de LMP de emisión de partículas en la chimenea del horno Isasmelt, es necesario precisar, que el objetivo del PAMA es, entre otros supuestos, la adecuación a los LMP, por lo que aún cuando la tecnología del Horno Isasmelt, generase como se alega, la emisión de partículas, en virtud de los artículos 5°, 6° y 9° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, SOUTHERN tenía la obligación de cumplir con los LMP en esta área, y en consecuencia, debió adoptar las medidas de previsión necesarias para cumplir los LMP indicados.

Por otro lado, SOUTHERN no ha probado el cumplimiento de LMP en esta área, por el contrario, ha presentado un Plan de Cese correspondiente a la "Chimenea de Higiene del Edificio Horno Isasmelt", lo cual comprueba que al momento de la supervisión, no cumplía con los LMP que generan esta infracción, por lo que corresponde confirmar la multa por esta infracción.

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD

ES COPIA AUTENTICADA
[Firma]
C. Colina de Trazegnies Thorne
Asesora Legal de la Alta Dirección
OSINERGMIN

001281

OSINERGMIN
Gerencia de Fiscalización Minera

Respecto al incumplimiento de [redacted] para efluentes en el parámetro arsénico, SOUTHERN reconoce esta infracción, atribuyéndola a un desbalance de los equipos durante la estabilización del proceso, adjuntando posteriormente reportes de monitoreo que probarían el cumplimiento posterior del LMP.

Como se ha señalado anteriormente, sin perjuicio del cumplimiento actual de los LMP, nuestra legislación requiere el cumplimiento permanente de los LMP, por lo que la empresa debe prever siempre los medios para cumplir con ellos.

Asimismo, se debe tener en cuenta que conforme con el artículo 163.3 de la Ley N° 27444, las pruebas sobrevivientes, como las que se han presentado en este caso, sólo pueden presentarse siempre que no se haya emitido resolución definitiva, por lo que para el presente caso, carece de sentido su evaluación, además de que no desvirtúan la comisión de la infracción administrativa detectada con ocasión de la presente fiscalización ambiental.

En el mismo sentido, el artículo 209° de la Ley N° 27444, establece que el recurso de apelación se interpondrá cuando se sustente en la interpretación diferente de las pruebas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, es decir, en esta instancia no cabe evaluar nuevas pruebas, por lo que corresponde confirmar la multa por esta infracción.

12. Respecto a la infracción referida a tres puntos de vertimientos sin autorización, SOUTHERN señala que OSINERGMIN no es competente para imponer una sanción, ya que ello le compete a la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA), conforme a la Ley General de Aguas, Decreto Ley N° 17752.

Al respecto, cabe señalar que si bien el Decreto Ley N° 17752 establece la competencia de la autoridad de salud en ese aspecto, el Decreto Legislativo N° 757 emitido posteriormente, regula la competencia de las autoridades sectoriales o fiscalizadoras en materia ambiental, por lo que carece de fundamento lo argumentado.

Adicionalmente, se debe observar que el PAMA, cuya competencia de fiscalización le corresponde al OSINERGMIN, tiene como objetivo que los titulares de actividad minera logren reducir sus niveles de contaminación ambiental hasta alcanzar los niveles máximos permisibles (artículo 9° del Decreto Supremo N° 016-93-EM). Si existen vertimientos no autorizados, sobre los cuales no existe información, OSINERGMIN debe asegurar el cumplimiento de los LMP sobre dichos efluentes, y en consecuencia, sancionar sobre el incumplimiento en la obtención de la autorización correspondiente destinada a controlar precisamente la calidad de los vertimientos.

Al respecto, es pertinente resaltar que el artículo 7° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM dispone que los titulares mineros están obligados a establecer en el PAMA un punto de control para cada efluente a fin de determinar la concentración de los parámetros regulados. Conforme a ello, el vertimiento de efluentes no autorizados, configura un incumplimiento a lo establecido por la autoridad con la aprobación del PAMA.



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD

En este sentido, habiéndose comprobado que SOUTHERN contaba con vertimientos no autorizados durante la supervisión realizada, y que da origen al presente Procedimiento Administrativo Sancionador, corresponde confirmar la sanción impuesta en este extremo.

13. Sobre la falta de medidas para la previsión y control frente a la emisión de material particulado en el circuito de chancado, SOUTHERN señala que no se han considerado las pruebas sobre la capacitación como medio de prevención.

En torno a ello, se debe precisar que SOUTHERN no ha probado que hubiera adoptado las medidas de previsión y control suficientes para evitar el impacto al medio ambiente y la salud de los trabajadores, conforme a su obligación establecida en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM y el artículo 104° de la Ley General de Salud. Tan es así, que el titular minero no pudo establecer ninguna medida que estuviera adoptando al momento de la supervisión, para evitar la falta de limpieza en el área con la finalidad de no perjudicar la salud y el ambiente, siendo insuficientes las pruebas presentadas sobre la capacitación como medio de prevención de la contaminación ambiental. En consecuencia, corresponde confirmar la sanción impuesta por esta infracción.

14. Sobre la falta de medidas para la previsión y control para evitar las salpicaduras de ácido sulfúrico en la zona de descarga en el puerto, SOUTHERN señala que sí se habían implementado medidas de control antes de la supervisión. Posteriormente, con escrito 1049918, T comunicó que a puesto en operación un sistema de contención con canales y sumideros para coleccionar las posibles fugas de ácido. Además ha instalado una geomembrana.

Al respecto, es necesario precisar que al momento de la supervisión, la empresa no probó la impermeabilización del área, ni las medidas de previsión y control al momento de la descarga de ácido sulfúrico, que es el momento en el que se produce la salpicadura. Además, recién probó la impermeabilización del área con una geomembrana, con fecha posterior a la supervisión.

Como ya se ha señalado, la Ley N° 27444 establece que las pruebas sobrevivientes, sólo pueden ser presentadas antes de la emisión de resolución. Además, el recurso de apelación sólo resuelve el sustento de la interpretación diferente de las pruebas o cuestiones de puro derecho, por lo que las nuevas pruebas aportadas por SOUTHERN no pueden ser evaluadas en esta instancia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9° inciso b) de la Ley N° 26734, Ley de Creación de OSINERGMIN, artículos 1°, 17° y 18° de la Ley N° 28964, Ley que transfiere las competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERGMIN e inciso l) del artículo 52° del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM;



ES COPIA AUTENTICADA

Caroline de Trazegnies Thorne
Caroline de Trazegnies Thorne
Asesora Legal de la Alta Dirección
OSINERGMIN

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD

001282

OSINERGMIN
Gerencia de Fiscalización Minera

SE RESUELVE:

Artículo 1º. - Declarar INFUNDADO el recurso de apelación presentado por SOUTHERN PERU COPPER CORPORATION, SUCURSAL DEL PERU, contra la Resolución de Gerencia General N° 1195-2008-1-O/GFM del 22 de abril de 2008, por los fundamentos expuestos en la a presente resolución; en consecuencia, CONFIRMAR la citada resolución en todos sus extremos.

Artículo 2º. - Declarar agotada la vía administrativa.



Alfredo Damert Lira
ALFREDO DAMMERT LIRA
Presidente del Consejo Directivo
OSINERGMIN