

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe jurídico sobre Resolución De Consejo Directivo
NRO.131-2010-OS/CD

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

Luis Fernando Choque Ramos

ASESOR:

Lucio Andrés Sánchez Povis


Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, LUCIO ANDRES SANCHEZ POVIS, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe jurídico sobre RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO NRO. 131-2010-OS/CD", del autor(a) LUIS FERNANDO CHOQUE RAMOS, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 31%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 15/07/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 15 de julio del 2024

<u>LUCIO ANDRES SANCHEZ POVIS</u>	
DNI: 43460854	
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2974-5597	
	Firma:

RESUMEN

El presente caso abarca el análisis de la sanción impuesta por el Consejo Directivo del Osinergmin mediante la Resolución N°131-2010-OS/CD en el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra Southern sucursal Perú por incumplimiento de normas ambientales y de dos programas de manejo y adecuación ambiental en la Fundición y Refinería de Cobre – Ilo. Para ello, el presente trabajo busca analizar si los argumentos con los cuales se impuso la sanción siguieron la lógica conforme a los límites y parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico peruano, la jurisprudencia y la doctrina.

A partir del análisis, se concluye que la ejecución del procedimiento sancionador vulneró los principios de legalidad, tipicidad, non bis idem, el principio de veracidad y licitud. Ello, debido a que Osinergmin desconoció los alcances y límites de los principios antes mencionados, y porque valoró inadecuadamente las actas de fiscalización que se obtuvieron sobre Southern, las cuales fueron el sustento principal para imponer la sanción.

Palabras clave

Notificación de cargo, principio de legalidad, non bis idem, presunción de veracidad, presunción de licitud

ABSTRACT

This case covers the analysis of the sanction imposed by the OSINERGMIN Board of Directors through Resolution No. 131-2010-OS/CD in the administrative sanctioning procedure initiated against Southern branch Peru for non-compliance with environmental standards and two management programs and Environmental adaptation in the Copper Smelter and Refinery – Ilo. To achieve this, the present work aims to analyze whether the arguments with which the sanction was imposed were exercised in accordance with the limits and parameters established in the Peruvian legal system, jurisprudence and doctrine.

Based on the analysis, it is concluded that the execution of the sanctioning procedure violated the principles of legality, typicality, non bis idem, the principle of truthfulness and legality. This occurs because Osinerming did not know the scope and limits of the aforementioned principles, and because it inadequately assessed the inspection reports obtained on Southern, which were the main basis for imposing the sanction.

Keywords

Notification of charge, principle of legality, non bis idem, presumption of veracity, presumption of legality

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	4
I. INTRODUCCIÓN	5
1.1 Justificación de la elección de la resolución	5
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	6
2.1 Antecedentes	6
2.2 Hechos relevantes del caso.....	7
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	9
3.1 Problema principal N° 1: ¿Fueron válidas las notificaciones de cargo con las cuales se inició el procedimiento sancionador?	9
3.1.1. ¿El contenido de la notificación de cargo fue suficiente para garantizar el inicio del PAS y no vulnerar el principio de legalidad y tipicidad?	9
3.1.2. ¿La notificación de cargo vulnera el principio del non bis idem al pretender iniciar un PAS por un hecho respecto del cual la DIGESA ya se ha pronunciado?	9
3.2. Problema principal N° 2 ¿Osinergmin vulnera el principio de licitud al argumentar que las actas de fiscalización de los PAMA no son objeto de probanza y que por tal motivo le corresponde a SPCC acreditar el cumplimiento de los objetivos ambientales regulados en los PAMA?	9
3.2.1. ¿En base al principio de veracidad, es válida la valoración que Osinergmin realizó sobre las actas de fiscalización de los dos proyectos PAMA los proyectos a) “Planta de Metales Preciosos y de Selenio” y b) “Mejora en la Zona de Lavado de carros de ferrocarril”?	9
3.2.2. ¿En vista de lo regulado del principio de licitud en el PAS, es válido afirmar que SPCC tiene la responsabilidad de acreditar el cumplimiento de los objetivos ambientales de los proyectos PAMA a) “Planta de Metales Preciosos y de Selenio” y b) “Mejora en la Zona de Lavado de carros de ferrocarril”?	9
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	10
4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	10
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución	11
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	11
VI. CONCLUSIONES	40
BIBLIOGRAFÍA	44

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	2007-24
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho Administrativo
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Resolución Concejo Directivo Nro. 131-2010- OS/CD Resolución de Gerencia Nro. 1195-2008-1-O/GFM;
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Organismo Supervisor de la Inversión en Energía Minera – OSINERMING
DEMANDADO/DENUNCIADO	Southern Perú Copper Corporation – Sucursal Perú
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Primera y Segunda Instancia Administrativa
TERCEROS	Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA)
OTROS	

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Justificación de la elección de la resolución

La justificación de elección de la Resolución N°131-2010-OS/CD gira en dos momentos relacionados entre sí por sus objetivos. Por un lado, está la actividad de fiscalización de la administración y, por otro lado, la imposición de sanciones de la administración. En el presente caso, tanto la actividad de fiscalización y la imposición de la sanción por parte de Osinergmin contra Southern Perú Copper Corporation – Sucursal del Perú (en adelante, SPCC) son cuestionadas por no respetar las garantías mínimas para su ejecución.

Por un lado, dado que el Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS) es el medio a través del cual la Administración impone sanciones a los administrados por acciones u omisiones que, según la ley, se consideran infracciones, el ius puniendi ejercido en la administración obliga a que el administrado goce de garantías esenciales para que el proceso no vulnere sus derechos. Por lo tanto, comprender y analizar el PAS es crucial para mantener la integridad y legalidad en la administración pública.

Por otro lado, teniendo en cuenta que, en principio, la actividad de fiscalización busca asegurar el debido cumplimiento de deberes, prohibiciones y limitaciones; así como cumplir un rol preventivo y educador, es importante tener en cuenta las garantías y deberes que el fiscalizador tiene con el fiscalizado, a fin de asegurar que el proceso sea válido. Ello teniendo en cuenta que el ejercicio de esta actividad puede desembocar en PAS.

En razón de ello, el motivo por el cual se elige el expediente es debido a los argumentos que tiene Osinergmin para imponer la sanción y confirmarla posteriormente. Así como la posición que tiene Osinergmin respecto de las actas de fiscalización, como medio probatorio en el PAS.

La evaluación del expediente da pie a cuestionar la validez del mismo, preguntarse si el inicio del procedimiento respetó todas las garantías del imputado en relación a la notificación de los cargos. Además, el estudio de la

actividad de fiscalización, da pie a analizar cuál es la naturaleza jurídica del acta de fiscalización y como debe ser la valoración de la misma en el PAS.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes

Mediante la Resolución Directoral N° 042-97-EM/DGM, emitida el 31 de enero de 1997, se aprobó el Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) de las unidades mineras Toquepala, Cuajone, Ilo y Fundición de Ilo, que pertenecen a SPCC. El objetivo de un PAMA de acuerdo a lo señalado en el Decreto Supremo N.º 046-93-EM, es que existan acciones e inversiones necesarias para prevenir, corregir y minimizar los impactos negativos ocasionados al explotar los hidrocarburos.

Por los compromisos asumidos por SPCC, en la resolución ya mencionada y de acuerdo a la RD N° 036-97-EM/DGAA, la empresa presentó reportes anuales de inversiones, cronogramas anuales de acciones e inversiones, y el porcentaje del avance físico mensualizado del PAMA de la Fundición de Ilo, durante el periodo del 2000 al 2006, a la DGM para que esta pueda realizar las labores de fiscalización correspondiente.

Como parte de las obligaciones de SPCC, el 31 de enero del 2007, comunica la culminación de la tercera etapa del proyecto de “modernización de la función de Ilo “del PAMA de la “fundición de refinería de Cobre-Ilo” a la Dirección General de Minerías del Ministerio de Energía y Minas (en adelante DGM).

No obstante, mediante Ley N° 28964 del 24 de enero del 2007 se transfirieron competencias en materia de supervisión y fiscalización de las actividades mineras del MINEM a Osinergmin. Motivo por el cual el 19 de abril la DMG remite la información de SPCC a Osinergmin para que proceda conforme a sus nuevas facultades.

Osinergrmin a través de su rol fiscalizador designa la “empresa fiscalizadora externa Tecnología S XXI” y a la empresa “Deloitte” a realizar una auditoría ambiental respecto de la culminación del PAMA. De los resultados de los respectivos informes de las empresas de fiscalización, Osinergrmin decide iniciar un PAS por incumplimiento a los compromisos del PAMA e infracción legal vigente.

2.2 Hechos relevantes del caso

El 19 de abril de 2007 la DMG comunica a Osinergrmin que SPCC finalizó la tercera etapa del proyecto denominado “modernización de la función de llo del PAMA de la fundición de refinería de Cobre-llo”. El 4 de mayo de 2007, Osinergrmin designa a la empresa fiscalizadora externa “Tecnología S XXI” y “Deloitte” a realizar una auditoría ambiental respecto de la ejecución del PAMA de SPCC.

Tras recopilar la información, la Gerencia de Fiscalización Minera de Osinergrmin decidió iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante PAS) contra SPCC por varios incumplimientos. Estos incluyen la falta de cumplimiento de los compromisos de los PAMAS, la infracción de los Límites Máximos Permisibles (en adelante LMP) para la emisión de partículas y efluentes minero-metalúrgicos, la descarga no autorizada de efluentes líquidos, la emisión de material particulado y las salpicaduras de ácido sulfúrico.

A través del Oficio N° 248-2007-OS-GFM, del 28 de noviembre de 2007, la Gerencia de Fiscalización Minera, comunicó el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra Southern por infringir normas ambientales. La notificación de cargos incluye el incumplimiento de los LMP para la emisión de partículas y efluentes minero-metalúrgicos, la descarga no autorizada de efluentes líquidos, la emisión de material particulado y las salpicaduras de ácido sulfúrico.

Con escritos del 13 de diciembre de 2007 y el 8 de enero de 2008 Southern presentó sus descargos argumentando que el citado Oficio N° 248-2007-OS-

GFM es nulo por no cumplir con el procedimiento sancionador aplicable y carecer de motivación para el inicio del PAS. Según Southern, no se especificaron las normas infringidas ni las posibles sanciones, y tampoco se proporcionó el sustento técnico de las presuntas afectaciones al medio ambiente.

Mediante el Oficio N° 034-2008-OS-GFM, del 15 de enero de 2008, la Gerencia de Fiscalización Minera comunicó la apertura de un segundo PAS contra SPCC por el incumplimiento de dos de los proyectos contemplados en el PAMA de la Fundición y Refinería de Cobre – Ilo.

El 30 de enero de 2008, Southern presentó sus descargos, argumentando que ambos proyectos habían sido reportados y fiscalizados anualmente al Ministerio de Energías y Minas (en adelante MINEM) con un avance físico del 100%. Por lo tanto, consideraban discutible la imputación de incumplimiento en relación con ambos proyectos.

Finalmente, en primera instancia, mediante la Resolución N° 1195-2008-OS/GFM del 22 de abril de 2008, se decide acumular los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por los Oficios N° 248-2007-OS-GFM y N° 034-2008-OS-GFM (en adelante "los oficios") y sancionar a Southern con una multa de 103.75 UIT y otra de 70 UIT por haber cometido cinco infracciones ambientales y por no cumplir con dos de los proyectos incluidos en el PAMA de la Fundición y Refinería de Cobre – Ilo.

El 21 de mayo de 2008, SPCC interpuso recurso de reconsideración contra la de primera instancia. A través de su escrito, argumentó que la potestad sancionadora de OSINERGMIN no fue ejercida conforme a los principios que lo conforman, como el principio de legalidad, tipicidad y debido procedimiento. Además, sostiene que no hubo una valoración adecuada de los medios probatorios del proceso sancionador y durante todo el proceso Osinergmin no respetó la carga de la prueba.

Finalmente, en fecha 27 de mayo de 2010, por Resolución N° 131-2010-OS/CD del Consejo Directivo de Osinergmin, se resolvió confirmar la resolución impugnada en todos sus extremos y declarar infundado dicho recurso.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

- 3.1 Problema principal N° 1: ¿Fueron válidas las notificaciones de cargo con las cuales se inició el procedimiento sancionador?
- 3.1.1. ¿El contenido de la notificación de cargo fue suficiente para garantizar el inicio del PAS y no vulnerar el principio de legalidad y tipicidad?
- 3.1.2. ¿La notificación de cargo vulnera el principio del non bis idem al pretender iniciar un PAS por un hecho respecto del cual la DIGESA ya se ha pronunciado?
- 3.2. Problema principal N° 2 ¿Osinergmin vulnera el principio de licitud al argumentar que las actas de fiscalización de los PAMA no son objeto de probanza y que por tal motivo le corresponde a SPCC acreditar el cumplimiento de los objetivos ambientales regulados en los PAMA?
- 3.2.1. ¿En base al principio de veracidad, es válida la valoración que Osinergmin realizó sobre las actas de fiscalización de los dos proyectos PAMA los proyectos a) “Planta de Metales Preciosos y de Selenio” y b) “Mejora en la Zona de Lavado de carros de ferrocarril”?
- 3.2.2. ¿En vista de lo regulado del principio de licitud en el PAS, es válido afirmar que SPCC tiene la responsabilidad de acreditar el cumplimiento de los objetivos ambientales de los proyectos PAMA a) “Planta de Metales Preciosos y de Selenio” y b) “Mejora en la Zona de Lavado de carros de ferrocarril”?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Respecto del primer problema principal, la respuesta preliminar consiste en afirmar que Osinergmin no cumplió con los requisitos establecidos en la ley para lograr que la notificación del inicio del PAS sea válida. Por un lado, nunca cumplió con notificar adecuadamente a SPCC la infracción y la posible sanción de su conducta, además que pretendió imputar cargos sin tener presente los elementos del principio de legalidad y tipificación del procedimiento sancionador. Por otro lado, el inicio mismo del proceso vulnera el principio del non bis in ídem. Osinergmin intentó sancionar a Southern por la descarga de afluentes líquidos al mar de Ilo sin el respectivo permiso, a pesar de que DIGESA ya se había pronunciado sobre el mismo suceso, sujeto y fundamentos legales.

Sobre el segundo problema jurídico principal, la respuesta preliminar consiste en afirmar que la valoración de las actas de fiscalización por parte de Osinergmin no fue realizada conforme a derecho y que no es posible la inversión de la prueba en el procedimiento sancionador. Por un lado, la valoración de las actas de fiscalización fue arbitraria, debido a que Osinergmin abusó de los límites de la presunción de veracidad de las mismas para asumir que SPCC tenía que demostrar su inocencia en el procedimiento sancionador. Por otro lado, y como consecuencias de ese razonamiento, Osinergmin concluyó erróneamente que la carga de la prueba podría ser invertida cuando existe un documento cuyo valor probatorio esté protegido por la presunción de veracidad. Ello trabajo como consecuencia sancionar inválidamente a SPCC porque en el proceso no demostró su inocencia

4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución

La posición que sostengo es que el proceso fue arbitrario. Osinergmin no tenía claro los motivos por los cuales iniciar un procedimiento sancionador contra SPCC, y como consecuencia de ello, el inicio del mismo fue realizado contraviniendo las garantías del imputado y vulnerando los principios de la potestad sancionadora. No obstante, no solo el inicio del proceso es defectuoso, sino que también lo son los argumentos para establecer la sanción, debido a que Osinergmin no logró obtener los medios probatorios suficientes para demostrar la responsabilidad, pero aun así impone la sanción.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1 ¿Fueron válidas las notificaciones de cargo con las cuales se inició el procedimiento sancionador de Osinergmin contra Southern?

Respecto de la notificación, podemos abordarla dentro de dos aspectos. Por un lado, como actividad de la administración y por otro lado, como acto administrativo. Como actividad de la administración, no hay una definición como tal en la Ley N° 27444, pero se puede desprender del contenido de la misma ley, que la actividad de notificación es el proceso a través del cual se pone en conocimiento de los interesados el contenido de los actos administrativos. Como acto administrativo, por su contenido, puede ser definido como un acto administrativo de trámite.

Como actividad de la administración, la notificación¹ es el proceso a través del cual la administración realiza las actividades necesarias para exteriorizar los conocimientos hacia el administrado. De acuerdo a la legislación vigente, podemos ver que esta puede ser personal, como cuando se realiza en el domicilio del administrado, enviada por medios electrónicos, como el correo

¹ La notificación va de la mano con la eficacia de los actos administrativos, pero no con la validez de los mismos. Un acto administrativo que no ha sido notificado no producirá efectos jurídicos, pero seguirá siendo válido (Morón, 2015, p.188)

electrónico, y por publicación en el Diario Oficial, o en uno de mayor circulación en el territorio nacional.

A diferencia de la notificación, el acto administrativo si está definido en el TUO de la LPAG. Es definido como una declaración de la administración pública, que en ejercicio de la función administrativa, tiene por objetivo producir efectos jurídicos sobre la esfera jurídica de los administrados. Como la definición es amplia, doctrinariamente, se lo suele clasificar de distintas maneras, por ejemplo, por sus efectos, según su contenido, si son definitivos o de trámite, si son impugnables o no lo son, etc. (Morón,2015, p.129).

Teniendo en cuenta que la definición que la ley brinda sobre el acto administrativo es general, la clasificación que brinda la doctrina ayuda a comprender el tratamiento que la ley brinda respecto de los diversos actos administrativos. Bajo esa hipótesis, Napurí(2017) sostiene que con ayuda de la clasificación, podemos comprender sobre que actos administrativos proceden las acciones contencioso administrativas, cuales son recursivos, cuando pueden ser revocados, etc.(pp.355-356).

En ese sentido, la notificación como acto administrativo suele entrar en la clasificación de actos administrativos de trámite². Estos pueden ser equiparados como actos de instrucción, impulso del procedimiento, o preparatorios de una decisión final, que ordinariamente no afectan los derechos o intereses de los ciudadanos.

Un acto de trámite sigue siendo un acto administrativo como tal, por tal motivo, se exige que cumpla con los requisitos de validez del mismo. Además, teniendo en cuenta ello, la notificación no solo debe cumplir los requisitos de validez, sino que además tiene que cumplir con requisitos de forma y fondo para que pueda efectuarse válidamente.

² Por lo general se lo define así, ya que su objetivo no es poner fin al procedimiento administrativo, no tiene por objeto modificar la esfera jurídica del administrado y tampoco es susceptible de ser impugnado, sino que realiza las actuaciones procedimentales necesarias para llevar a cabo el procedimiento administrativo determinado. No obstante, si este acto administrativo produce indefensión, entonces sí podrá ser impugnado.

Esos requisitos de forma y fondo están establecidos en el artículo 24 del TUO de la LPAG y son una garantía al derecho al debido procedimiento administrativo y al derecho de defensa de los administrados. Por ejemplo, se exige que el contenido de la misma informe acerca de el texto íntegro del acto administrativo, así como su debida motivación; también la autoridad e institución de la cual procede el acto y dirección; la expresión de los recursos que proceden, el órgano ante el cual deben presentarse los recurso y el plazo para interponerlos; etc.

Lo antes señalado adquiere relevancia cuando nos enfocamos en el estudio del PAS, debido a que por su naturaleza, se puede afirmar que en este procedimiento existe un tipo especial de notificación cuyo forma y contenido son importantes para garantizar el debido procedimiento administrativo sancionador.

Esta es la notificación de cargo, a través del cual la Administración comunica al posible infractor el inicio del PAS e informa los cargos que se le imputa. Por su naturaleza, se ha establecido que el contenido de esta notificación cumpla con ciertos requisitos, además de los ya señalados anteriormente. El artículo 255.3 del TUO de la LPAG establece el contenido del cargo de notificación. El cual puede dividirse en tres secciones.

La primera sección contiene la información de los hechos que se imputan a título de cargo a los administrados. La segunda sección comunica las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que se le pudiera imponer. La tercera sección notifica quien es la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuye dicha competencia.

En vista que el objetivo del PAS es dañar, gravar, o poner en una situación desventajosa la esfera jurídica del administrado, la ley ha previsto que la notificación de cargo contenga los elementos ya mencionados para asegurar que el derecho de defensa del administrado no se vea vulnerado.

Conforme lo ya señalado, en los siguientes apartados, se evaluará si efectivamente Osinergmin cumplió con los requisitos propios de forma y fondo que exige la ley para que la notificación del cargo sea válida. Ello teniendo en cuenta que la notificación defectuosa vulneraría el derecho a la defensa del administrado.

5.1.1. ¿El contenido de la notificación de cargo fue suficiente para garantizar el inicio del PAS y no vulnerar el principio de legalidad y tipicidad?

El contenido de la notificación de cargo en el procedimiento sancionador

Previo entrar al asunto del tema de exposición, es necesario diferenciar dos momentos. La decisión del inicio del procedimiento sancionador y la notificación de la misma. Al respecto, La guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador del MINJUS sostiene que “una vez decidido el inicio del procedimiento sancionador, la autoridad competente debe emitir la resolución de imputación de cargos, la cual debe ser válidamente notificada al administrado a fin de que este pueda presentar los descargos que corresponda”(2017, p.42).

Señalado ello, podemos observar que en el primer momento, la autoridad de instrucción, luego de haber realizado una evaluación de los elementos necesarios respecto del caso, como el acta de fiscalización, información recabada por cuenta propia, noticias, etc. Decide que es necesario abrir un proceso con la finalidad de sancionar al presunto infractor. Esta decisión es un acto administrativo que se manifiesta como una resolución que debe ser comunicada al presunto infractor.

Por otro lado, está la notificación de cargos, con el cual se inicia el procedimiento sancionador. Esta notificación es la manifestación del debido proceso y el derecho a la defensa del imputado en el PAS. Como ya se mencionó, esta comunicación es importante para el administrado, toda vez que le permitirá conocer información, como la fecha cierta de la supuesta comisión de la infracción o su cese, cual es la autoridad que le imputa los cargos, los hechos y la infracción que se le atribuyen a título de cargo, la posible sanción, etc.

El objetivo de este primer apartado es analizar si el contenido de las notificaciones de Osinergmin con las cuales se inició el procedimiento sancionador fue suficiente para iniciar un PAS sin que se violen las garantías propias del administrado en este tipo de procedimientos y además si se cumplió con lo requisitos de legalidad y tipicidad.

Los hechos, la infracción, la sanción y la competencia

Como se mencionó anteriormente, dentro del contenido de la notificación de cargos debe estar presente tres secciones:

1 ° sección	Los hechos que se imputan a título de cargo a los administrados
2 ° sección	Las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que se le pudiera imponer
3° sección	La autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuye dicha competencia

Antes de entrar a calificar la actuación de Osinergmin contra SPCC es conveniente entender el alcance de cada sección. En relación a la primera, podemos seguir la línea de Alejandro Nieto quien sostiene que son los fenómenos que aparecen en la realidad producto de la acción u omisión del comportamiento o la conducta humana (2008,p.195). Establecido ello así, los hechos que se imputan al administrado, en la notificación de cargo, deben describen la acción u omisión cuyo resultado se imputará al administrado.

Con respecto a la segunda sección, Nieto(2008) sostiene que “la infracción, en definitiva, es una acción humana que la ley ha declarado como tal por ser causante de un hecho que agrede un orden (físico, social o moral) que el ordenamiento jurídico considera digno de esta protección” (195). En otras palabras, la infracción es la descripción de una conducta que el ordenamiento jurídico busca evitar para proteger determinado bien jurídico.

Señalado ello, debemos tener claro que una conducta puede ser contraria a derecho, pero no logra constituirse como infracción, porque el ordenamiento no lo ha dispuesto así. Esto se debe a que para que una conducta sea considerada una infracción y acarree sanciones legales, debe estar explícitamente tipificada como tal en la normativa correspondiente. Esto quiere decir que en la notificación de cargos, debe mencionar la base legal con la cual se ha establecido que determinada conducta es una infracción.

En relación a la sanción es necesario diferenciarlas de las disposiciones de coerción, disuasión, estímulo para lograr el cumplimiento, etc. Debido a que por

naturaleza, la sanción tiene un fin afflictivo, es decir, va a generar un daño o desmedro a la esfera jurídica del administrado. Por ejemplo, si alguien realiza determinada actividad comercial sin contar con el permiso municipal pertinente, y se le clausura el local por ello, no se está imponiendo una sanción, sino que simplemente se está restableciendo la legalidad de la situación. En ese sentido, y al igual que en la infracción, la notificación debe comunicar la base legal sobre la cual descansa la imposición de la sanción.

Con respecto a la tercera sección, que está ligada al principio de legalidad. Debemos entender que la administración tiene una limitación de las funciones de su competencia. La administración no puede hacer más de lo que la ley ha establecido. En relación a ello, la sentencia del Expediente N° 430-98-AA/TC establece lo siguiente:

El Derecho Administrativo tiene dos principios fundamentales, el de interés público y el de legalidad; conviene para el presente caso saber el concepto doctrinario del segundo principio, que se basa en el aforismo romano *legem patere quam feciste* (“soporta la ley que hiciste”), esto significa que la Administración Pública debe ser el ejemplo del cumplimiento de la ley y no debe actuar arbitrariamente (1999, f.3)

Esto quiere decir que la ley establece cuales son los objetos y los límites que tiene la actuación de la administración. En ese aspecto, la notificación de cargo debe comunicar la base legal sobre la cual se ha determinado la competencia sancionadora del órgano administrativo en cuestión.

Señalada la descripción de los elementos de la notificación de cargo, importa abordar la forma como debe realizarse. Para ello, Morón sostiene que la notificación debe ser de la siguiente manera:

- a) Precisión (contener todos los elementos suficientes como para actuar contra ellos), b) Claridad (posibilidad real de entender los hechos y la calificación que ameritan sea susceptible de conllevar la calificación de ilícitos por la administración); c) Inmutabilidad (no puede ser variado por la autoridad en virtud de la doctrina de los actos propios inmersa en el Principio de conducta procedimental); y, d) Suficiencia (debe contener

toda la información necesaria para que el administrado la pueda contestar, tales como los informes o documentación que sirven de sustento al cargo) (2012,p.17).

En base a ello, podemos afirmar que la notificación debe ser precisa porque debe identificar los hechos que se imputa al administrado a título de cargo, la infracción que tales hechos constituyen y la posible consecuencia de ello. También, debe ser clara, debido a que debe informarnos que estamos ante un procedimiento administrativo sancionador y no otro tipo. Del mismo modo, la notificación debe ser inmutable, es decir, la resolución final de la sanción no debe fundamentarse en cargos que no se comunicaron al inicio del procedimiento. Finalmente, el administrado debe tener acceso a todos los elementos que llevaron a la administración a imputar tales cargos.

Evaluación de la competencia de Osinergmin en el caso

Osinergmin- antes llamado Osinerg- fue creado por Ley N° 26734 el 31 de diciembre de 1996. Inicialmente, solo tenía competencia para realizar actividad de supervisión respecto del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas de las actividades que desarrollan las empresas en los subsectores de electricidad e hidrocarburos. Posteriormente, en el año 2000 mediante Ley N.º 27332, se introdujeron disposiciones específicas sobre las competencias de los organismos reguladores, incluyendo las facultades de sanción³.

A partir del año 2007, mediante la Ley N° 28964, se amplió el campo de trabajo al subsector minero y ambiental. Pasó a denominarse Osinergmin y empezó a regular, supervisar y fiscalizar a nivel nacional el cumplimiento de las actividades de electricidad, hidrocarburos y minería. En razón de lo antes mencionado, podemos afirmar que a partir del 23 de enero del 2007, fecha en la que se publicó la precitada ley, Osinergmin tuvo competencias para fiscalizar y sancionar las actividades de los sector ya mencionados, pero también tenía facultades para

³ Artículo 3, inciso d) de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, Ley N.º 27332: "... comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas"

fiscalizar y sancionar a nivel ambiental respecto de las actividades minero energéticas.

En razón de lo ya mencionado, podemos afirmar, en primer lugar, que Osinergmin, al momento que ocurrieron los hechos, sí tenía competencia para ejercer la actividad sancionadora en el rubro minero-ambiental. En segundo lugar, afirmar que Osinergmin cumplió uno de los tres requisitos de la notificación de cargos, ya que en "los Oficios" comunicó la base legal que le otorgó las facultades de sanción en el rubro minero ambiental. Esto es la Ley N° 26734 y Ley N° 28964.

Evaluación de los hechos, la infracción y la sanción en el caso

Señalado ello, evaluemos la imputación de cargos de acuerdo al Oficio N° 248-2007-OS-GFM. Los cuales son los siguientes:

1. Incumplimiento de los límites máximos permisibles para emisión de partículas. El parámetro "partículas" en la chimenea del horno Isasmelt, superó los límites máximos permisibles de emisiones. Por lo tanto, existe infracción grave al artículo 3° de la Resolución Ministerial N° 315-96-EM/VMM...
2. Incumplimiento de los límites máximos permisibles para efluentes minero metalúrgicos. El parámetro arsénico en el efluente proveniente de la fundición (Fu-i-9), ubicado aproximadamente a 50 metros de la puerta de ingreso a la fundición, lado oeste, superó los límites máximos permisibles para efluentes líquidos de las actividades minero metalúrgicos, correspondiente a la columna "valor en cualquier momento" del anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM. Por lo tanto, existe infracción grave al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.
3. Descarga de efluentes líquidos sin autorización. Durante la auditoría ambiental la fiscalizadora externa detectó tres nuevos efluentes líquidos, provenientes de la fundición y que se encuentran ubicados, frente a la nueva planta desalinizadora (Fu-i-10), aproximadamente a 50 m de la puerta de ingreso de la fundición, lado oeste (Fu-i-9) y frente a la nueva planta de ácido sulfúrico (Fu-i-7). Dichos efluentes se vierten al mar, los cuales no fueron considerados en el PAMA y no cuentan con autorización sanitaria e vertimientos. Por lo tanto, se ha infringido el artículo 104° de la Ley General de Salud (Ley N° 26842) y el artículo 74° de la Ley General del Ambiente (Ley N° 28611), encontrándose incurso en el numeral 3.4 de la escala de multas del subsector minero, aprobada por la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

4. Emisión de material particulado en el circuito de chancado. En la zona donde se encuentra ubicada la zaranda 15001 de la chancadora secundaria, se ha observado las emisiones de material particulado que estarían alterando la calidad ambiental del aire. El titular minero no está adoptando las medidas de previsión y control para evitar o reducir dicha emisión. Por lo tanto, existe infracción a los artículos 5° y 6° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica, aprobado por el Decreto Supremo N° 016-93-EM, artículos 74° y numeral 75.1 del artículo 75° de la Ley General del Ambiente (Ley N° 28611).
5. Salpicaduras de ácido sulfúrico en la zona de descarga en el puerto. En la zona de descarga de ácido sulfúrico de los vagones a los tanques estacionarios en el puerto, se ha observado salpicaduras de ácido sulfúrico que estarían alterando la calidad ambiental de los suelos y que representa riesgos a la salud de los trabajadores. El titular minero no está adoptando las medidas de previsión y control para evitar o reducir dichas salpicaduras. Por lo tanto, existe infracción a los artículos 5° y 6° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica, aprobado por el Decreto Supremo N° 016-93-EM, artículos 74° y numeral 75.1 del artículo 75° de la Ley General del Ambiente (Ley N° 28611).

Del análisis se puede observar que en todos los supuestos descritos, Osinergmin, salvo en el número tres, no establece o comunica la posible sanción, solo señala que corroborarse la comisión de ilícitos administrativos, el órgano competente de Osinergmin sancionará de acuerdo con la Escala de Multas y Penalidades. Además, no describe para el caso concreto qué tipo de sanción será y cuánto será, lo deja en blanco. A modo de ilustración, la estructura lógica de la imputación de cargos es la siguiente:

Primero, señala que hay un incumplimiento, pero no advierte la base legal que configura dicho incumplimiento como infracción. Luego describe una conducta que asocia con una infracción, pero no señala dónde está tipificada como tal y si resulta ser sancionable. Finalmente, no menciona la posible sanción.

Todos los supuestos tienen esa estructura, salvo el supuesto número tres en el que sí se establece la posible sanción.

El no describir el tipo de sanción que se impondrá y solo mencionar de manera general que hay una escala de multas y penalidades reguladas en una Resolución Ministerial⁴, Osinergmin no cumple con uno de los requisitos de la

⁴ De acuerdo al oficio señalado en el presente caso, Osinergmin advierte que impondrá multas de acuerdo a la Escala de Multas y Penalidades aprobado mediante R.M N° 353-2000-EM/VMM

notificación de cargo, el cual lo obliga a comunicar la posible sanción del hecho infractor.

Por otro lado, no menciona la calificación de la conducta como infracción o la base legal para sustentar que el incumplimiento de esas obligaciones configura una infracción. Si alguien advierte que mi conducta es irregular y merece ser sancionada, debe señalar, primero la norma que califica mi conducta como infracción. Señalar la norma que se incumple es obligatorio y ayuda a entender bajo qué parámetros mi acción u omisión configura el incumplimiento.

En ese sentido, Osinergmin debió diferenciar dos momentos. Por un lado, la norma que se infringe y por otro la norma que califica dicha conducta como infracción. Pero no lo haces, ya que asume que la norma que se infringió es equivalente a señalar la norma que tipifica la infracción. En ese sentido, Osinergmin no cumple con comunicar la base legal de la conducta tipificada como infracción.

En relación al Oficio N° 034-2008-OS-GFM, ocurre fallas de contenido similar a las ya mencionadas.

Conforme a las facultades establecidas en las Leyes N° 26734, N° 27699 y N° 28964, se le inicia el procedimiento administrativo sancionador al haberse determinado, de acuerdo al informe de la auditoría ambiental del PAMA de la "Fundición y Refinería de Cobre - Ilo" presentado por Tecnología XXI S.A., lo siguiente:

Incumplimiento de dos proyectos del PAMA: Los proyectos a) "Planta de Metales Preciosos y de Selenio" y b) "Mejora en la Zona de Lavado de Carros de Ferrocarril". Estos proyectos tienen avances físicos del 95%; por lo tanto, el titular minero se encuentra incurso en el inciso B2.a del artículo 48° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, modificado por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 022-2002-EM.

Al igual que en el caso anterior, el regulador no expresa las sanciones que pudieran recaer sobre el administrado por tal infracción. Solo menciona un reglamento a través del cual se podrían imponer las sanciones, pero esto, como ya se mencionó, no satisface la claridad con la cual se debe comunicar la notificación de cargos.

En línea con todo lo señalado, se puede afirmar que Osinergmin no ha cumplido con los requisitos del contenido de la notificación de cargo. Razón por la cual es válido el argumento del imputado que sostiene que su derecho a la defensa se ha visto vulnerado, debido a que no tuvo certeza de la infracción que se le imputa a título de cargo y cual es la posible sanción de ello.

El principio de legalidad y tipicidad en la notificación de cargo

Si bien se entiende que el instructor no crea ni impone sanciones, el principio de legalidad y el de tipicidad están presentes en el cargo de notificación. El órgano instructor es quien decide qué conductas se subsumen en una infracción tipificada para luego evaluar la sanción correspondiente. En ese sentido, el órgano instructor al momento de imputar los cargos, conoce la ley y sabe que tiene que imputar los cargos en razón a los principios de legalidad y tipicidad. En ese sentido, el objetivo de este apartado es analizar si el legislador realizó una correcta imputación de cargos respetando los principios ya mencionados.

Partiendo de un análisis constitucional, se puede enfocar al principio de legalidad como una garantía del ordenamiento jurídico. Conforme a lo establecido en el literal d) del artículo 2.24 de la Constitución⁵. A partir de ello, se puede comprender que a ninguna persona se le puede imponer una pena que no está prevista en la ley. Es una garantía que se aplica a todo el derecho.

Al respecto, el Tribunal Constitucional dentro de la sentencia recaída en el Expediente N.º 00197-2010-PA/TC, ha considerado que el principio en cuestión configura que todas las sanciones, sean administrativas, disciplinarias o penales, deben respetar el debido proceso y estar claramente establecidas por la ley. Además, sostiene que el contenido mínimo del principio se puede visualizar en tres elementos: la existencia de una ley escrita, que la ley sea anterior al hecho sancionado y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado.

⁵ El artículo en cuestión establece la siguiente estructura: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”

Por otro lado, con respecto al principio de tipicidad o taxatividad, este se suele describir como un subprincipio del principio de legalidad⁶. Ello, en la medida que a partir de este principio, se garantiza que las prohibiciones u obligaciones que definen sanciones estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.

En igual sentido, gran parte de la doctrina, también los ve como dos principios entrelazados. Sostienen que la tipicidad es una expresión más del principio de legalidad. Esto se justifica por la concordancia de su contenido con la exigencia de *lex certa* del principio de legalidad, ambos enfocados en proporcionar mayor seguridad jurídica a los administrados y limitar la discrecionalidad de la Administración (Nieto, 2005, p. 260).

En relación a ello, Morón (2015) señala que el contenido del principio de tipicidad se puede dividir en tres aspectos concurrentes. Como primer elemento, la reserva de ley para la descripción de aquellas conductas pasibles de sanción por la Administración. Como segundo elemento, la exigencia de certeza en la descripción de las conductas sancionables constitutivas de infracciones. Finalmente, la interdicción de la analogía y la interpretación extensiva en la aplicación de los supuestos descritos. (p.768).

Analizado ello, se desprende que la tipificación de infracciones y sanciones deriva de una reserva legal, ya que en principio solo con norma con rango de ley, se puede realizar esta. Además, se debe garantizar que el contenido de la infracción y sanción deben ser descritos de tal manera que generen certeza en los administrados. Se busca ello para garantizar seguridad en el comportamiento de los administrados y, en ese sentido, puedan diferenciar cuando una conducta es lícita y cuando no lo es. Además, que de esta manera se reduce la discrecionalidad de la administración al ejercer la potestad sancionadora.

Por ello, en relación a la certeza de la norma, la administración debe evitar lo que se conoce como norma o ley en blanco que no describen la hipótesis de la

⁶ Esta afirmación parte de lo señalado en el fundamento jurídico número 5 del EXP. N.º 2192-2004-AA /TC, que considera que ambos principios están relacionados, a tal punto que afirma que el principio de legalidad es la base y el de tipicidad es una sub-base.

conducta sancionable y solo se limita aplicar una sanción porque asume que todo incumplimiento normativo es causal de infracción (Morón,2015 p.770). Este tipo de regulaciones brindaría mucha discrecionalidad a la Administración y poca seguridad a los administrados sobre los que se le inicie un PAS.

Evaluación del cumplimiento de los principios de legalidad y tipicidad

En el presente caso, los oficios con los cuales se imputan los cargos a SPCC deben seguir la estructura lógica del principio de legalidad y tipicidad. No obstante, Osinergmin no logra transmitir ello, en su lugar menciona solo obligaciones, cumplimientos y señala infracciones, pero sin ninguna estructura lógica. Por ello, el contenido de la comunicación a SPCC del inicio del PAS es accidentada, porque no sabe con exactitud de qué cargos se le acusa. Sin embargo, bajo los argumentos de Osinergmin, el comunicar el incumplimiento de una obligación basta para dar a entender al imputado que ha cometido una infracción y que por ende puede ser sancionado.

No obstante, como ya se mencionó, ello no es así. Debe haber una estructura lógica en la comunicación de la notificación del cargo y el principio de legalidad y tipicidad. Comunicación que debe ser suficiente para que el imputado no entre en una situación de indefensión. En razón de ello, la autoridad de instrucción debe conocer que la información que transmite al imputado debe contener los elementos claves de los principios de legalidad y tipicidad. En ese sentido, alguien que está siendo inculcado en un proceso sancionador, no espera ser comunicado con cargos que constituyen infracciones.

En este ámbito, Morón (2015) advierte que el mensaje del contenido de una norma que cumple los requisitos de legalidad y tipicidad se puede expresar en tres niveles: primero, cuando la ley establece una prohibición y lo redacta de manera clara, por ejemplo “queda prohibido X”. Segundo cuando la ley establece que el incumplimiento de esa prohibición deviene en una infracción de manera precisa, por ejemplo, “constituye infracción el incumplir X”. Finalmente, cuando la ley establece la sanción por haber incumplido con X (pp.786-788)

En el presente caso, las infracciones que se imputan a título de cargo contra SPCC, a través de “los Oficios” no señalan claramente cuál es el mandato o

prohibición establecido por ley, que el administrado ha incumplido. Del mismo modo, tampoco señalan la norma que configura en infracción dicho incumplimiento, ni la norma que establece la sanción aplicable.

En concreto, en la notificación de cargos, Osinergmin solo se limitó a señalar las obligaciones y prohibiciones que SPCC como entidad del rubro minero debía cumplir como titular de la concesión minera “Fundición y Refinería de Cobre-Ilo”, más no comunicó las infracciones y sanciones que su comportamiento pudiera haber generado.

5.1.2. ¿Las notificaciones de cargos de Osinergmin vulnera el principio del non bis idem al pretender iniciar un PAS respecto de un hecho por el cual la DIGESA ya impuso una sanción?

El principio non bis in idem

El principio non bis idem proviene del derecho penal, y con el paso del tiempo se fue incluyendo en las distintas ramas del derecho. Su aporte en el sistema es evitar que alguien sea condenado dos veces por un mismo hecho. Esta prohibición se apoya en el principio de proporcionalidad y cosa juzgada para evitar que se aplique dos o más sanciones y se use dos o más procedimientos, cuando ocurra la identidad de sujeto, hechos y fundamento (Nieto, 2005, p.470)

De lo señalado por Nieto, se desprende que nadie puede ser condenado por un mismo hecho dos veces y que tampoco a nadie se le puede iniciar dos procesos por el mismo hecho. Es decir, una vez que una persona ha sido juzgada y sancionada por un determinado acto u omisión, no puede ser juzgada nuevamente por ese mismo hecho en otro procedimiento administrativo o judicial. Además, que tampoco se puede utilizar dos procedimientos en simultáneo para sancionar o condenar a alguien por el mismo hecho.

Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú, en la STC. N.º 2600-2009-PHC/TC ha determinado que el principio del non bis in idem está tácitamente reconocido en el artículo 139, inciso 2, de la Constitución Política del Perú, que trata sobre la cosa juzgada. Este principio se divide en dos aspectos: uno material y otro procesal. También se estableció que para que una resolución sea

considerada cosa juzgada, deben estar presentes los siguientes elementos: identidad de sujeto, identidad de hecho e identidad de fundamento.

En ese mismo sentido, para Morón Urbina el principio tiene dos aspectos: material y procesal. En el aspecto material, se evita que una persona sea sancionada dos veces por la misma infracción. En el aspecto procesal, se impide que alguien sea juzgado dos veces por los mismos hechos, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos, ya sea uno administrativo y otro penal, o dos procesos administrativos con el mismo objeto. Esto se hace para evitar la duplicidad de procedimientos y garantizar la protección de los derechos de las personas (2003, p.463).

En el derecho administrativo, el Perú recoge el principio dentro de las garantías del ejercicio de la potestad sancionadora. El artículo 248.11 del TUO de la LPAG, establece que no se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Conforme lo ya señalado, el principio evita dos procesos y dos sanciones, sea en el ámbito penal o el administrativo, cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. pero qué quiere decir esto, pues básicamente que cuando no estén presentes los tres supuestos, si será posible la imposición de dos sanciones o el inicio de dos proceso. En los casos prácticos es fácil diferenciar cuando no estamos ante un mismo sujeto u hecho, pero lo complicado está en el análisis del fundamento.

Al respecto, María Lourdes Ramírez Torrado sostiene que "... la aplicación del principio non bis in idem presupone la concurrencia de dos o más actuaciones punitivas efectivas diferentes, conducentes a la imposición de una sanción" (2013,p.5). Esto quiere decir que si el objetivo de la sanción es la misma, entonces se aplica el principio, caso contrario no.

Entonces, la identidad del fundamento se refiere a los bienes jurídicos protegidos y/o los intereses tutelados por las diferentes normas sancionadoras. Esto significa que si los bienes jurídicos que se buscan proteger son diferentes,

entonces habrá una diversidad de fundamentos y por tal motivo se podrá aplicar una doble sanción.

Análisis del principio non bis in idem

Southern sostiene que será sancionada dos veces por la misma infracción: la primera vez por DIGESA y la segunda por Osinergmin, razón por la cual se vulneraría el principio non bis idem. Ello, debido a que en ambos casos, se le acusa de haber realizado vertimientos al mar de Ilo sin contar con autorización para ello. Del mismo modo, sostiene que la autoridad competente para evaluar esta infracción es DIGESA y no Osinergmin, razón por la cual Osinergmin, estaría usurpando competencia y por tal motivo el inicio del PAS debería ser declarado nulo.

En primer orden debemos establecer las competencias. Por un lado, conforme a lo señalado en el apartado de competencias de Osinergmin, según lo establecido en la Ley N.º 26734, la Ley N.º 27332 y la Ley N.º 28964, Osinergmin sí tenía competencias para fiscalizar y sancionar en materia minero ambiental, lo cual incluye la descarga de efluentes líquidos al mar. Por otro lado, conforme al Decreto Ley N.º 17752, la Dirección General de Salud Ambiental (en adelante DIGESA) del Ministerio de Salud tenía competencia para supervisar y regular la calidad del agua en relación con la actividad minera, asegurando que se cumplan los estándares de salud pública y medioambientales establecidos, esto incluye la descarga de afluentes líquidos al mar.

Afrontada esa discusión, toca abordar si existe vulneración del principio non bis in idem al pretender sancionar a SPCC por la descarga de afluentes líquidos sin autorización, cuando la DIGESA ya impuso una sanción por el mismo hecho. Al respecto, es cierto que mediante Resolución Directoral Nro. 1698-2007/DIGESA de fecha 05 de julio del 2007, DIGESA 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. Por su parte, OSINERGMIN mediante Oficio Nro. 248-2007-OS-GFM, 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. La relación se grafica de la siguiente manera:

<p>Imputación de cargos de Osinergmin</p>	<p><i>Descarga de afluentes líquidos sin autorización. Durante la auditoría ambiental la fiscalizadora externa detectó tres nuevos efluentes líquidos, provenientes de la fundición y que se encuentran ubicados, frente a la nueva planta desalinizadora (Fu-i-10), aproximadamente a 50m de la puerta de ingreso de la fundición, lado oeste (Fu-i-9) y frente a la nueva planta de ácido sulfúrico (Fu-i-7). Dichos afluentes se vierten al mar, los cuales no fueron considerados en el PAMA y no cuentan con autorización sanitaria de vertimientos. Por lo tanto, se ha infringido el artículo 104 de la Ley General de Salud (Ley N° 26842) y el artículo 74 de la Ley General del Ambiente (Ley N° 28611), encontrándose incurso en el numeral 3.4 de la escala de multas del subsector minero, aprobada por la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.</i></p>
<p>Sanción de DIGESA</p>	<p>Por Resolución N° 1698/2007/DIGESA/SA del 05 de julio de 2007, se sancionó a SPCC con una multa de 200 UIT por vertimiento de aguas residuales industriales y domésticas al mar de Ilo, sin contar con la debida autorización.</p>

Para analizar si tenemos que aplicar el principio non bis idem, debemos analizar la triple identidad de sujeto hechos y fundamento. En relación al sujeto, en ambos casos es SPCC. Con respecto al hecho, en ambos casos se le acusa de haber realizado vertimientos no autorizados al mar de Ilo. Pero en relación al fundamento, la DIGESA se apoya en el artículo 22 de la Ley General de Aguas. DL N° 17752, y Osinergmin en artículo 104 de la Ley General de Salud, Ley N° 26842.

En ese sentido, toca analizar el bien jurídico que se busca proteger en cada precepto legal. Al respecto, María Lourdes Ramírez Torrado, argumenta lo siguiente:

Lo realmente importante es que el bien jurídico se haya plasmado en el tipo en concreto; y solo en la medida que este se encuentre comprendido en la respectiva infracción podrá ser protegido. No obstante, somos conscientes de que si las infracciones aludidas no generan una solución a la cuestión, no nos

serviría de nada acudir simplemente a lo consagrado en la infracción, pues al ser exactamente iguales, nuestra duda no sería aclarada. Por lo anterior, nos vemos obligados a recurrir al cuerpo de la norma, o igualmente a la exposición de motivos del texto legal, para desentrañar el espíritu del legislador (2013,p.17-18)

Esto significa que para saber cual es el bien jurídico protegido en cada tipo, primero debemos acudir a la descripción que se hace de la conducta para así averiguar qué es lo que se busca proteger. Si ello no fuera suficiente, entonces, se debe recurrir al objeto del cuerpo legal entero, y si ello tampoco ayudase, entonces recurrir a la exposición de motivos.

Señalado ello, analicemos el objeto de cada cuerpo legal. El artículo 22 de la Ley General de Aguas. DL N° 17752 establece lo siguiente:

Está prohibido verter o emitir cualquier residuo, sólido, líquido o gaseoso que pueda contaminar las aguas, causando daños o poniendo en peligro la salud humana o el normal desarrollo de la flora o fauna o comprometiendo su empleo para otros usos.

Los bienes jurídicos protegidos en razón a la protección del agua es la salud pública y el medio ambiente. Con respecto al artículo 104 de la Ley General de Salud, Ley N° 26842 tenemos lo siguiente:

Toda persona natural o jurídica, está impedida de efectuar descargas de desechos o sustancias contaminantes en el agua, el aire o el suelo, sin haber adoptado las precauciones de depuración en la forma que señalan las normas sanitarias y de protección del ambiente.

En este caso los bienes jurídicos protegidos en razón de la protección del agua también son la salud pública y el medio ambiente.

Realizada la comparación, se observa que los bienes jurídicos protegidos en ambos supuestos son los mismos. Esto implica que la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento se mantiene, razón por la cual se activa la protección del principio non bis in ídem. En ese sentido, Osinergmin no debió iniciar un

procedimiento sancionador contra Southern, porque la DIGESA ya se había pronunciado sobre el mismo hecho, sujeto y fundamento.

5.2. ¿Osinergmin vulnera el principio de licitud al argumentar que las actas de fiscalización de los PAMA no son objeto de probanza y que por tal motivo le corresponde a SPCC acreditar el cumplimiento de los objetivos ambientales regulados en los PAMA?

La valoración de las pruebas es el proceso a través del cual el órgano decisor del conflicto adquiere convicción respecto de los hechos acreditados en el proceso, haciendo uso de principios lógicos, máximas de la experiencia y conocimientos técnicos. El proceso de valoración es importante en la medida que el resultado de ese esfuerzo valorativo concluye en probar los hechos del caso, lo que puede llevar a la imposición de una sanción si estamos en un PAS.

Dependiendo del tipo de medio de prueba que se ofrezca en el proceso, un juez o el órgano decisor, puede valorar distintos medios de prueba, como peritos, fotos, testimonios, videos, etc. En principio se entendería que cada medio probatorio no tiene mayor nivel de veracidad que otros, sin embargo, para determinados medios probatorios, la ley ha impuesto la presunción de veracidad, que básicamente es asumir la veracidad de los hechos hasta que no se demuestre lo contrario.

El acta de fiscalización es uno de los medios probatorios a los que la ley ha brindado la presunción de veracidad. De acuerdo al artículo 244.2 del TUO de la LPAG, este documento tiene una presunción iuris tantum, es decir que se presume cierto hasta que no se demuestre lo contrario. Como otra particularidad de estos documentos, y como consecuencia de lo ya mencionado, la ley ha establecido, en el artículo 176 del TUO de la LPAG que estos documentos no están sujetos a actuación probatoria, lo que implica que no se necesita actuar la prueba para demostrar la veracidad de su contenido.

En el presente caso, Osinergmin, llega a la conclusión de que las actas de fiscalización, en especial las actas de fiscalización que se realizó sobre los dos proyectos PAMA los proyectos a) “Planta de Metales Preciosos y de Selenio” y

b) “Mejora en la Zona de Lavado de carros de ferrocarril”, son hechos no sujetos a actuación probatoria debido a que cuentan con la presunción de veracidad.

No obstante, la argumentación de ellos llega más lejos e incluso aborda el principio de licitud o inocencia del administrado. Esto es así en vista que las actas de fiscalización de ambos proyectos PAMA, concluyen que no se ha comprobado el cumplimiento o incumplimiento definitivo del objetivo ambiental de los mismos. Frente a ello, es decir, sin pruebas para corroborar los hechos que se imputan, solicitan a SPCC demostrar el cumplimiento de los objetivos ambientales.

El argumento de Osinergmin en la resolución de primera instancia respecto a la Planta de Metales Preciosos y de Selenio fue el siguiente:

- Durante las fiscalizaciones regulares efectuadas antes del vencimiento del plazo otorgado para implementar el PAMA, si bien se verificó el avance de las actividades e inversiones ejecutadas por el titular minero en cada proyecto para garantizar su implementación, no se determinó el cumplimiento o incumplimiento definitivo del PAMA, en base a los objetivos ambientales, como es la captura del 98% de selenio.

En los informes de fiscalización que alude SPCC, no se evidenció documentos sustentatorios que demuestren el cumplimiento del objetivo ambiental antes mencionado.

- En sus descargos, SPCC no aportó medios probatorios que acrediten el cumplimiento del proyecto PAMA en mención, tales como los resultados de monitoreos de las emisiones de la planta de selenio y/o balance metalúrgico mensualizado de selenio desde el año 1997 al 2007, que incluya las cantidades de lodos anódicos que ingresan al horno de selenio, selenio comercial producido, recirculantes que ingresan al horno de selenio y los residuos generados en la planta de selenio, cada uno de los cuales con sus respectivos ensayos analíticos.
- En tal sentido, de conformidad con el artículo 165° de la LPAG que resulta de aplicación supletoria; no es objeto de probanza los resultados de la auditoría ambiental del PAMA, en la que se determinó que el mencionado proyecto PAMA tiene un avance del 95%, por tal motivo le correspondía a SPCC demostrar con la documentación técnica mencionada en el párrafo anterior, en calidad de prueba, que dicho proyecto cumple con los objetivos ambientales; sin embargo, ello no se demostró.

Como se puede observar, parte de la conclusión a la que llega Osinergmin en el PAS, es que SPCC debe demostrar el cumplimiento de los objetivos ambientales del PAMA, es decir su inocencia; debido a que en el proceso de fiscalización no se ha demostrado el cumplimiento o incumplimiento de los mismo. Siguiendo esa misma línea, Osinergmin le recuerda a SPCC que la entidad de fiscalización no logró demostrar el incumplimiento y que por tal razón recomendó a SPCC

implementar un medio que le permita demostrar que puede lograr la captura del 98 % de selenio..

Además, la EFE al verificar que el titular minero no contaba con registros, información o datos que permitan demostrar que SPCC esté cumpliendo con el objetivo ambiental del mencionado proyecto PAMA, recomendó que se implemente un medio, que permita demostrar que a través del nuevo reactor se logra capturar el 98% de selenio, tal como se puede comprobar de la lectura de la recomendación N° 12 del informe de auditoría ambiental del PAMA. Recomendación que no ha sido cuestionada por SPCC

Igual situación ocurre en el Proyecto Mejora en la Zona de Lavado de carros de ferrocarril, debido a que la entidad fiscalizadora no logró demostrar el cumplimiento y por ello ordenó que SPCC que implementará un sistema con el cual se pueda verificar los objetivos ambientales.

- Asimismo, tal como señala SPCC, durante la auditoría ambiental del PAMA se verificó la construcción e instalación de las infraestructuras comprometidas, las cuales se encuentran concluidas; sin embargo, como se mencionó en el párrafo anterior, dicho proyecto no cumple con el objetivo ambiental de evitar descargas de hidrocarburos y sólidos al ambiente. Además, la EFE no encontró en la unidad fiscalizada, registros, información o datos que permitan demostrar que SPCC esté cumpliendo con el objetivo ambiental, por lo que efectuó la recomendación N° 1, la cual no ha sido cuestionada por SPCC.
- SPCC en su descargo no aportó medios probatorios que desvirtúen el incumplimiento del PAMA, entre otros, los resultados analíticos de las muestras de las aguas tratadas del lavado de los carros de ferrocarril, desde el año 1997 al 2007.

Este razonamiento implica un traslado de la carga de la prueba en el procedimiento sancionador, en base a la valoración de las actas de fiscalización como documentos con presunción de veracidad. Frente a ello, cabe preguntarse, en el desarrollo del siguiente apartado, si la valoración de las actas por Osinergmin fue adecuada y conforme al ordenamiento jurídico vigente. Además, si la carga de la prueba, producto de la valoración de estas, implica el traslado de la misma.

Ello teniendo en cuenta que a través del principio de licitud regulado como uno de los principios de la potestad sancionadora, busca proteger al administrado del poder punitivo de la Administración. Esto ocurre en la medida que la Administración asume que el administrado actúa conforme a ley hasta que se compruebe lo contrario. Esto significa que en el proceso sancionador, la

Administración es quien tiene que demostrar la ilicitud del comportamiento o el incumplimiento de las obligaciones para lograr imponer la sanción.

En el presente caso, sin embargo, del análisis de los argumentos planteados por Osinergmin respecto a las actas de fiscalización, se propone que sea el administrado quien demuestre el cumplimiento, a pesar de tener la presunción de licitud de su lado. La administración llega a esa conclusión debido a que las actas de fiscalización recogieron información que supondría que Southern habría incumplido los objetivos ambientales regulados en los dos proyectos PAMA.

Bajo la lógica de Osinergmin, los documentos que tienen presunción de veracidad, tienen como particularidad no ser objetos de probanza. En ese aspecto, ellos sostienen que si el acta de fiscalización es un documento que tiene esa garantía, entonces se asume cierto y por ende ahora el administrado tendrá que demostrar lo contrario a lo establecido en esta. En un esquema más específico, en razón del principio de licitud y la carga probatoria del procedimiento sancionador, la lógica del Osinergmin nos llevaría a afirmar que cuando estemos frente a documentos con presunción de veracidad, la carga de la prueba se invertirá.

Frente a ello, cabe preguntarse sí la valoración de las actas por Osinergmin fue adecuada y conforme al ordenamiento jurídico vigente. Además, si la obligación de probar, producto de la valoración de las actas, tendría que haberse invertido en el procedimiento sancionador.

5.2.1. ¿En base a la presunción de veracidad, es válida la valoración que Osinergmin realizó sobre las actas de fiscalización de los dos proyectos PAMA los proyectos a) “Planta de Metales Preciosos y de Selenio” y b) “Mejora en la Zona de Lavado de carros de ferrocarril”?

Conceptualmente, la presunción de veracidad puede ser equiparada a la presunción de validez de los actos administrativos, ya que siempre que se cumplan ciertos requisitos forma y fondo, se podrá aplicar la presunción jurídica (Tirado, 2021, pp.51). Por definición en contrario, se puede afirmar, por ejemplo,

que si no se siguen los parámetros legales establecidos, entonces no hay presunción de veracidad.

Complementando lo ya mencionado, Jessica Fuentes Olmos sostiene que el fundamento por el cual la ley decide brindar dicha presunción es por la manera como se obtiene la información, además que esta presunción puede ser vencida cuando aparezcan elementos que la contradigan (2020,p.529). Esto significa que hay un motivo por el cual la ley otorga dicha presunción. Por ejemplo, en el caso peruano, es usual que las actividades o los documentos elaborados por los funcionarios públicos gocen de esta presunción, porque es una forma de proteger la confianza en la Administración, la eficacia de la administración, la seguridad jurídica, etc.

Por su parte, en la Sentencia de Casación N° 18314-2021-LIMA se estableció que la presunción de veracidad no es absoluta y que la constitución de la misma depende de la ley. Además, que basta la presencia de una sola prueba en contra para romper la presunción (Corte Suprema de Justicia de la República, p.34). Lo antes señalado implica que solamente con ley se establecerá cuando, determinado medio probatorio, gozará de la presunción de veracidad; además que establece que dicha presunción no es absoluta, ya que basta solo un medio probatorio en contra para que la presunción se rompa.

Teniendo en cuenta ello, ahora es necesario saber si las actas de fiscalización tienen esa presunción de veracidad reconocida en ley y además cuales son los requisitos para emitir una válidamente, ya que siguiendo lo establecido por Tirado es necesario que cumplan con ello para constituirse como un documento con presunción de veracidad.

Al respecto, el acta de fiscalización o el documento que haga a su vez de él, es un documento con el cual se finaliza la actividad de fiscalización. Siguiendo una línea puramente legal, se puede afirmar que es un documento público que recoge información de la actividad inspectiva (Rebollo, 2019, p.77, citado en Villegas, 2022, p.169). Lo antes citado, coincide mucho con la categoría jurídica que el ordenamiento peruano le ha brindado al acta de fiscalización conforme al inciso 1 del artículo 244 del TUO de la LPAG. Ello debido a que solo se cataloga

como un documento que proviene de la actividad de fiscalización, cuya finalidad, a diferencia de la sancionadora, es preventiva.

Acotado ello, es importante mencionar que el valor probatorio del acta de fiscalización, girará en torno a los hechos que el fiscalizador haya comprobado como parte de la actividad de fiscalización. Además, como se mencionó anteriormente, la presunción de veracidad está condicionada a que la actividad de fiscalización se haya realizado respetando todas las garantías, derechos, deberes y obligaciones de la actividad de fiscalización.

En el presente caso, como parte de los descargos del Oficio N° 034-2008-OS-GFM, SPCC alegó que en durante la actividad de fiscalización de las empresas supervisoras contratadas por Osinergmin para verificar el cumplimiento de los proyectos PAMA, se le negó la posibilidad de realizar observaciones a las actas de fiscalización. Negar la posibilidad de incluir observaciones a las actas correspondientes configura una lesión a los derechos de los administrados fiscalizados, de acuerdo a lo regulado por el artículo 242.4 del TUO de LPAG.

Por otro lado, SPCC en el proceso alegó el cumplimiento de los objetivos de la “Planta de Metales Preciosos y de Selenio”, mediante un informe de balance de selenio que entregó a la autoridad de fiscalización, durante la ejecución de esta y además cuando lo adjuntó como prueba a su recurso de reconsideración. Ello nos lleva a observar que la presunción de veracidad no podría funcionar respecto de un medio probatorio que tiene una prueba en contra para romper la presunción.

Del mismo modo, con respecto al proyecto “Mejora en la Zona de Lavado de carros de ferrocarril”, SPCC alegó que había actas de fiscalización que se contradecían las unas con las otras respecto de la evaluación de los LMP en la descarga de afluentes líquidos al mar de Ilo. Por ejemplo, la Auditoría Ambiental para la Verificación de cumplimientos de objetivos PAMA, que fue realizada del 08 al 18 de mayo del 2007, se concluyó que SPCC superó los LMP. Sin embargo, en el Programa anual de supervisión ambiental, que se realizó del 16 al 26 de julio del 2007, no se concluyó que se habían superado los LMP. Con respecto a este caso, ¿cuál sería el valor probatorio de cada acta si ambas se contradicen?

La respuesta Osinergmin no la brinda, a pesar de que la información esté al alcance de su mano y aun cuando SPCC haya advertido ello en su escrito de reconsideración.

Señalado ello, se puede observar que coinciden elementos con los cuales se pierde la presunción de veracidad de las actas de inspección. Por un lado, no se respetaron las garantías de los administrados fiscalizados durante la actividad de fiscalización, ya que Osinergmin impidió a Southern incluir observaciones en las mismas. Por otro lado, durante el proceso se presentó prueba en contra para romper la presunción de veracidad y, además, se corroboró que existen contradicciones en la información contenida entre las actas de fiscalización, lo cual no genera certeza de lo que cada una manifiesta.

Por ello, en conclusión, se puede afirmar que Osinergmin realizó una mala valoración de las actas de fiscalización, porque a pesar de que en el proceso había elementos que rompían dicha presunción, jamás los valoró ni tomó en cuenta. Sin embargo, ¿se podría afirmar que la valoración de las actas de fiscalización fue válida asumiendo que durante el proceso no se hubieran presentado esos elementos? Yo considero que no, porque a pesar de que se habla de una presunción de veracidad del acta de fiscalización, Osinergmin le brinda un trato especial, casi incluso de prueba tasada.

Prueba de ello, y como se analizará en el siguiente capítulo, es que se le ocurre realizar la inversión de la carga de la prueba. Además, a pesar de que el contenido de las mismas no prueba el cumplimiento, pero tampoco prueba el incumplimiento, Osinergmin logra imponer sanciones.

5.2.2. ¿En vista de lo regulado del principio de licitud en el PAS, es válido afirmar que SPCC tiene la responsabilidad de acreditar el cumplimiento de los objetivos ambientales de los proyectos PAMA a) “Planta de Metales Preciosos y de Selenio” y b) “Mejora en la Zona de Lavado de carros de ferrocarril”?

Como se mencionó, dentro del análisis del PAS se discute la responsabilidad o no del administrado en relación al ilícito que se le imputa. Pero el análisis de responsabilidad viene acompañado de la evaluación del principio de licitud o de

inocencia. Al respecto, el TUO de la LPAG ha establecido que bajo el principio de licitud, las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

En el marco constitucional, un símil con el principio de licitud del derecho administrativo, es la presunción de inocencia del derecho penal que está regulado en el literal e) del artículo 2.24 de la constitución⁷. Si bien ambos conceptos son de dos ámbitos distintos, el objetivo en ambos es proteger al acusado hasta que se demuestre su responsabilidad.

Al respecto, el TC señala que el principio en cuestión⁸ implica tratar al administrado acusado como inocente durante todo el procedimiento mientras no se demuestre lo contrario. Ello implica, por ejemplo, que no se le puede exigir probar su inocencia en el PAS, porque esto será asumir que no es inocente.

Por su parte para Alarcón(2007), el principio de licitud implica una carga para la administración en el procedimiento sancionador. Es decir, no puede imponer una sanción sin que antes se haya roto la presunción de licitud. Además, afirma que si la sanción se basa en una prueba de cargo que no sea suficiente, se lesionará la presunción de inocencia (2007, pp.353 a 354).

En relación a ello, Morón afirma que la presunción es una certeza provisional, a través del cual el administrado adquiere diversos derechos durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador. De ese modo, solo puede ser sancionado con pruebas que hayan sido conseguidas legítimamente y además generen convicción sobre cualquier duda razonable. De igual manera, al acusado no se le puede exigir que demuestre su inocencia. Además que durante todo el proceso, debe ser considerado y tratado tal (2015, pp.788 a 790).

De acuerdo a lo ya señalado, se puede afirmar que el principio en cuestión actúa como un limitante para poder sancionador de la Administración y también como un derecho por parte de los administrados inculcados. Se entiende que es un limitante o carga, porque es la administración quien tiene que cargar con ello, es

⁷ El artículo en cuestión establece que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 00156-2012-PHC/TC, Lima 8 de agosto de 2012 (F.j.46)

decir, es ella quien tiene que demostrar el incumplimiento. Por otra parte, se sostiene que es un derecho porque ofrece garantías y privilegios durante el procedimiento. Por ejemplo, la Administración no puede requerir al imputado documentos que lo autoinculpen o con los cuales se asuma que no es inocente.

Conforme a lo ya señalado, se puede observar que la carga de la prueba ésta conectada al principio de licitud. En ese aspecto, de acuerdo a lo regulado en el artículo 173.1 del TUO de la LPAG, la carga de la prueba se regirá por el impulso de oficio. Esto quiere decir, que si la administración es la que decide empezar el procedimiento es entonces a quién le tocará probar los hechos. Por ejemplo, en el PAS, que se inicia siempre de oficio, le toca a la administración el cargo de la prueba de los hechos imputados.

Pero no es solamente porque la ley lo diga. Al respecto, Danos(2003) sostiene que la carga de prueba es así en el procedimiento administrativo sancionador, debido a que no estamos frente a un tercero imparcial propiamente dicho como en el proceso civil o penal, sino que estamos ante la propia administración, quien es la que nos ha iniciado el proceso y también la que va a resolverlo(p.281).

Lo antes señalado es cierto, ya que en el PAS propiamente no hay un tercero imparcial, porque es la propia administración quien inicia y decide el resultado del procedimiento, aun cuando trate de diferenciar la estructura del órgano instructor del órgano sancionador. En ese sentido, se exige al órgano sancionador tener certeza respecto de las sanciones que va a imponer. Si ello no ocurriera, habría una ausencia probatoria con la cual no se podría establecer una sanción.

Pero como todo principio tiene sus limitaciones y en ese sentido no se puede hablar que la presunción es ilimitada. En este punto, debemos considerar que si hay situaciones en que la presunción se rompe o se pierde y además en las que sí podríamos hablar del traslado de la carga de la prueba. Por ejemplo, Nieto menciona que siempre que exista actividad probatoria que acredita los hechos que se imputa al administrado, como la mínima actividad probatoria, la prueba de los hechos, o las conjeturas o indicios generan que la presunción se pierda (2005,p.420).

En el mismo sentido, Roberto Baca Merino, también concluye que el principio puede quebrarse, y al igual que Nieto, sostiene que esto ocurre cuando se logra probar o acreditar el hecho imputado. Añade que esta debe ser realizada de manera legítima y que debe generar una convicción de certeza que supere la duda razonable. Ese grado de convicción significa haber trabajado en base a pruebas adecuadas, coherentes, científicas, objetivas, obtenidas de manera legítimas y que hayan podido ser corroboradas o actuados con otras para lograr, ya que solo de esta manera, se logra una argumentación motivada y no sustentada en reglas de la experiencia (2020, p.272)

Entendido ello, podemos sostener que si es posible que el principio de licitud o presunción de inocencia se pierda durante el proceso. Además, que también será posible hablar de una inversión de la carga de prueba cuando existan elementos probatorios con un nivel de convicción por encima de la duda razonable. En ese sentido, solo falta analizar si el trabajo de Osinergmin cumplió esos requisitos.

Análisis del caso

En principio, Osinergmin es la autoridad encargada de probar los hechos por los cuales se acusa a SPCC para imponer una sanción. Pero los elementos que usa para ello son defectuosos. Como se pudo observar en los análisis previos, usa actas de fiscalización que no permitieron que el administrado permita realizar sus descargos sobre ellos. Ello aun cuando esto está consolidado como una de las garantías de los administrados fiscalizados en la ley.

Por otro lado, en el presente proceso de evaluación de PAMAs, las actas de fiscalización no llegaron a corroborar el cumplimiento, ni tampoco a demostrar lo contrario. Por ejemplo, en relación a la “Planta de Metales Preciosos y de Selenio”, la autoridad de fiscalización recomendó lo siguiente:

“... la EFE al verificar que el titular minero no contaba con registros, información o datos que permitiera demostrar que SPCC está cumpliendo con el objetivo ambiental, del mencionado proyecto PAMA, recomendó que se implemente un medio que permita demostrar que a través del nuevo reactor se logra capturar el 98% de selenio, tal como se puede corrobora...”

Con ello, se demuestra que no había certeza del incumplimiento de la infracción en los resultados obtenidos en las actas de fiscalización. En ese sentido, no habría razón para considerarlas óptimas u objetivos para la corroboración de los cargos.

En relación a la “Mejora en la Zona de Lavado de carros de ferrocarril”, la autoridad recomendó lo siguiente:

“... la EFE no encontró en la unidad fiscalizada, registro, información o datos que permitan demostrar que SPCC esté cumpliendo con el objetivo ambiental, por lo que efectuó N° 1, la cual no fue cuestionada. SPCC”

Además, en relación a ese proyecto, se registraron actas de fiscalización con contenidos contradictorios que SPCC alegó y que Osinergmin nunca verificó. Por ejemplo, SPCC menciona que en la Auditoría Ambiental para la Verificación de Cumplimientos de Objetivos PAMA, realizada del 8 al 18 de mayo, se tomaron muestras de agua del “Patio Puerto” para evaluar el cumplimiento de los LMP. Sin embargo, el “Patio Puerto” es un lugar donde se reutiliza el agua y no se descarga al ambiente. Por ello, los resultados de las evaluaciones concluyeron que se habían superado los LMP.

Incluso, en anteriores fiscalizaciones, nunca se confundió el “Patio Puerto” como un lugar de descarga de afluentes líquidos al ambiente, y por eso no se concluyó que se superaron los LMP. Es más, en una fiscalización posterior, realizada en el Programa Anual de Supervisión Ambiental del 16 al 27 de julio de 2007, no se detectó incumplimiento de los LMP en la descarga de afluentes al mar, porque en esa ocasión no se consideró el “Patio Puerto” como lugar de descarga.

Todo ello llevaría a concluir que busca imponer sanciones en base a documentación que, bajo el análisis realizado, no deberían generar convicción para imputar los cargos ni para lograr el traslado de la carga de la prueba o que se ha perdido la presunción de licitud. Además, las actas fueron obtenidas contraviniendo las garantías del administrado fiscalizado, lo que refuerza aún más la imposibilidad de realizar la inversión de la carga de la prueba.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

Problema principal 1: ¿Fueron válidas las notificaciones de cargo con las cuales se inició el procedimiento sancionador de Osinergmin contra Southern?

En el presente caso, se concluye que la notificación de cargo no fue suficiente para garantizar el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS). La notificación debe comunicar, entre otros elementos, el hecho que se imputa como cargo, la infracción que dicho hecho constituye y la posible sanción por la comisión de la misma, con el fin de asegurar que el proceso se lleve a cabo respetando las garantías mínimas del administrado. Sin embargo, de la evaluación del caso, se observa que Osinergmin inició el procedimiento sin considerar estos elementos. En "los oficios" se puede constatar que no se cumple con comunicar la posible sanción por la comisión de las conductas consideradas como infracción. Por ejemplo, como se muestra en la imagen siguiente, es claro que para que una notificación de cargos sea válida deberán concurrir los tres elementos

Por otro lado, la comunicación que realiza Osinergmin contra SPCC en relación con las infracciones y las sanciones no es clara en el proceso. Las infracciones imputadas a SPCC a través de "los Oficios" no señalan claramente cuál es el mandato o prohibición establecido por ley que el administrado ha incumplido y por el cual se ha iniciado el PAS. Osinergmin se limitó únicamente a señalar las obligaciones y prohibiciones que SPCC, como entidad del rubro minero, debía cumplir como titular de la concesión minera "Fundición y Refinería de Cobre-Ilo", pero no comunicó la base legal que dispone que dichos incumplimientos configuran infracciones, ni la base legal que las sancione. La lógica de Osinergmin es que si se ha verificado un incumplimiento legal, habrá una infracción y, por ende, una sanción. Sin embargo, esa interpretación es errónea debido a que no sigue la estructura del principio de legalidad, el cual establece que las normas que definen las conductas constitutivas de infracciones y las sanciones aplicables deben estar claramente establecidas por ley. En el

presente caso, Osinergmin no toma en consideración esto y simplemente inicia el PAS sin sustento legal. Además, considero que este es un problema reprochable a la autoridad de instrucción, la cual debe conocer la estructura lógica del principio de legalidad y tipicidad. Es decir, la autoridad administrativa debe estar lo suficientemente capacitada para no iniciar un PAS respecto de infracciones y sanciones que no estén establecidas en la ley.

En el presente trabajo se concluye que sí hubo una vulneración a la prohibición non bis idem, lo que configura también una mala notificación de cargos en el proceso. Esto ocurre en un principio porque Osinergmin toma conocimiento que ha SPCC ya tiene un PAS en curso contra la DIGESA y aun con ello, decide imputar la descarga de afluentes líquidos sin autorización. Por ejemplificar lo antes mencionado:

- Con fecha 12 de noviembre de 2007 Osinergmin, mediante Oficio N° 215-2007-OS-GFM solicita información a la DIGESA para saber si ha iniciado algún procedimiento contra SPCC por descarga de afluentes líquidos al mar de Ilo.
- El 28 de noviembre del 2007 Osinergmin inicia el PAS, entre otros asuntos, por la descarga de afluentes líquidos sin autorización al mar de Ilo contra SPCC.
- El 5 de diciembre del 2007 la DIGESA, mediante Oficio N° 9782-2007/DG/DIGESA, le responde a Osinergmin y le confirma que inició un PAS contra SPCC por la descarga de afluentes líquidos sin autorización.

Con la comunicación recibida, Osinergmin pudo desistir del cargo por el cual la DIGESA ya se había pronunciado. Pero admitiendo que nunca hubiera habido comunicación, en el proceso SPCC comunica a Osinergmin sobre su PAS contra la DIGESA y aún con ello decide continuar. Sin embargo, Osinergmin no responde a su requerimiento y nunca da respuesta a la contradicción. El argumento de Osinergmin es que sí tenía competencia para sancionar, pero falla en su lógica, debido a que el principio del non bis idem no es para solucionar conflicto de competencias, sino para evaluar en qué momento y bajo qué circunstancias es posible sancionar dos veces un mismo hecho o que se puede

iniciar dos. En el presente caso, como ya se evaluó si se aplica la prohibición debido a que el fundamento para imponer la sanción tanto por la DIGESA como por Osinergmin sin los mismo, ambos buscan proteger los mismos bienes jurídicos: agua, salud y medio ambiente.

Por ello, sostengo que en el presente caso no fueron válidas las notificaciones de cargos con las que se inició el PAS. Osinergmin no garantiza que el proceso respete los principios del debido procedimiento, el derecho a la defensa, el de legalidad, ni la prohibición del non bis idem. A mi parecer, todo el proceso es nulo por los motivos antes mencionados.

Problema principal N° 2 ¿Osinergmin vulnera el principio de licitud al argumentar que las actas de fiscalización de los PAMA no son objeto de probanza y que por tal motivo le corresponde a SPCC acreditar el cumplimiento de los objetivos ambientales regulados en los PAMA?

Respecto a esta pregunta, considero que Osinergmin comenzó a argumentar la responsabilidad del PAS a través de la presunción de veracidad de las actas de fiscalización, asumiendo que estas poseen la verdad absoluta del proceso. Prueba de ello es que, en primera instancia, se sancionó a SPCC argumentando que no demostró medios probatorios con los cuales pudiera demostrar el cumplimiento de las obligaciones asignadas en los PAMA. Sin embargo, Osinergmin no toma en cuenta que las actas fueron elaboradas sin permitir que el administrado fiscalizado pueda contradecirlas, lo cual vulnera una de las garantías reconocidas en el artículo 242 del TUO de la LPAG.

Por otro lado, existen elementos de prueba para contrarrestar la presunción de las actas, pero Osinergmin no las valoró porque asumió que estas tenían casi el valor de una prueba tasada. Esto ocurre incluso cuando en ambos proyectos se solicitó a SPCC medios para verificar el cumplimiento de los objetivos ambientales, los cuales no se lograron obtener en el proceso de fiscalización. En otras palabras, Osinergmin impuso la sanción sin tener certeza de la responsabilidad infringida. Por lo tanto, la conclusión es que Osinergmin realizó una mala valoración de las actas de fiscalización, ya que a pesar de que en el

proceso había elementos que desvirtúan dicha presunción, nunca los valoró ni tomó en cuenta.

Del mismo modo, yo considero que a pesar de que si sea posible la inversión de la carga de la prueba en el PAS, siempre que concurren situaciones que ameriten ser trasladadas al administrado para que estas puede defenderse, considero que Osinergmin no toma en cuenta ello, y simplemente invierte la carga de la prueba sin justificación. La única justificación no muy bien argumentada por parte de Osinergmin es que durante las actividades de fiscalización, no se corroboró el cumplimiento o el incumplimiento, por ello, SPCC debe demostrar que es inocente en el proceso. Ese argumento no es válido para trasladar la carga de la prueba, debido a que con ese simple gesto se le estaría solicitando a SPCC que realice el trabajo de la autoridad administrativa.

El presente trabajo no busca argumentar que el principio en cuestión es inagotable, sino todo lo contrario, que si es posible la inversión siempre y cuando esté justificado. No obstante, en el caso ello no ocurre, Osinergmin trabajó en base a actas de fiscalización defectuosas con las cuales no se podía argumentar el traslado de la carga de la prueba ni tampoco la ruptura de la presunción de inocencia de SPCC.

BIBLIOGRAFÍA

Alarcón, L. (2017) “El procedimiento sancionador común de la Nueva Ley 39/21015 del 1 de octubre”. En Derecho Administrativo Sancionador. Lima: Instituto Pacífico

Baca Merino, R. (2020). Alcances de la presunción de licitud en el procedimiento administrativo sancionador. Derecho & Sociedad, 1(54), 267-276. Recuperado a partir de

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22419>

Fuentes Olmos, J. (2020). La potestad de inspección de la Administración y la presunción de veracidad o de certeza. Comentario a la sentencia 6437-19 del Tribunal Constitucional chileno. Revista De Derecho Administrativo, (19), 519-543. Recuperado a partir de

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/24319>

Morón, J. (2003). *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica.

Morón, J. (2005). *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica.

Morón, J. (2009). *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica.

Morón, J. (2012). Los principios delimitadores de la potestad sancionadora. En: Diplomado de Derecho Administrativo Sancionador. Lima.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos . (2017). Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador . En *CAPÍTULO II: El procedimiento administrativo sancionador* (págs. 35-57). Lima: PRODUGRAFICA E.I.R.L.

Macassi Zavala, J. P., & Salazar Ortiz, E. E. (2020). Aspectos esenciales de la prueba en el procedimiento administrativo sancionador peruano: derecho a la prueba, carga y estándar de prueba. *Derecho & Sociedad*, 1(54), 337-356. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22425>

Shimabukuro, R. (2003). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N°27444. En J. Danós, *La instrucción del procedimiento administrativo* (págs. 273-339). Lima: ARA Editores.

Napurí, C. G. (2017). Manual del Procedimiento Administrativo General. En, La Potestad Sancionadora de la Administración Pública. El Procedimiento Administrativo Sancionador (págs. 728-788). Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

Nieto, A. (2005). La prohibición de Bis In Idem. En A. Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador* (págs. 469-475). Madrid: Tecno.

NIETO, A. (2005) *Derecho Administrativo Sancionador*. Cuarta edición. Madrid: Editorial Tecnos

TIRADO, J. A. (2021). El valor probatorio de las actas de inspección. *Advocatus*, (041), 47-62.

<https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n041.5650>

ZEGARRA, Diego y BACA ONETO, Víctor. *Ley del procedimiento Administrativo General, Diez años después*. Palestra Editores. Lima, 2011.

Villegas Vega, P. (2022). La actividad de fiscalización y derechos de los administrados: Las actas de inspección. *IUS ET VERITAS*, (65), 166-175. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202202.011>

Leyes, reglamentos, TUO, jurisprudencia

- Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444.
- 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.
- Corte Suprema, Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, Sentencia de Casación N° 18314-2021, Lima 16 de marzo de 2023.
- Tribunal Constitucional, EXP. N. 02600-2009-PHC/TC, 23 de abril del 2010
- Tribunal Constitucional, EXP N.º00197-2010-PA/TC, 24 de agosto del 2010
- Tribunal Constitucional, EXP. N.º 2192-2004-AA /TC, 11 de abril de 2004

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

001277

Gerencia de Fiscalización Minera
OSINERGMIN

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 248-007-07-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).



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

- 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/VMM y artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM (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 flujos en el parámetro "arsénico" en el punto FU-i-9 ubicado a 50 metros de la puerta de ingreso de la fundición
Esto se debe a un desbalance en los equipos, el cual sin embargo, se ha superado satisfactoriamente, lo cual puede ser verificado en cualquier momento. A junción 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, esto 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 Invaod 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 cañales 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/ADWALL 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 no haberse determinado la imposición de sanción, 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."

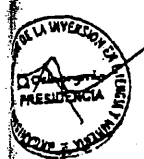
Así, ésta Ley establece en el artículo 74°, que todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impactos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades. Esta responsabilidad incluye los riesgos 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 Trézegnie Thorne
Asesora Legal de la Alta Dirección
OSINERGMIN

001280

OSINERGMIN
Gerencia de Fiscalización Minera

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 inuica 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. Oline da Trazegnies Thorne
Asesora Legal de la Alta Dirección
OSINERGMIN

001281

OSINERGMIN
Gerencia de Fiscalización Minera

Respecto al incumplimiento de ... para efuentes en el parámetro arsenico, 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 efuentes, 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 efuentes 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 comunica 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
Aseora 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 1°. - 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 2°. - Declarar agotada la vía administrativa.



Alfredo Damert Lira
ALFREDO DAMMERT LIRA
Presidente del Consejo Directivo
OSINERGMIN