

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



**LA INTERPRETACIÓN DUAL DEL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN EN EL
ÁMBITO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL MINERO POR PARTE DEL
ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL EN EL
PERÚ**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO DE LA EMPRESA**

AUTORA

SILVIA JENIFER HERENCIA ESPINOZA

ASESOR

BRUNO EDOARDO DEBENEDETTI LUJAN

Agosto, 2019

Resumen Ejecutivo

En el Derecho Ambiental existen diversos principios orientadores, destacando entre ellos el principio de prevención, el cual tiene como finalidad anticipar los riesgos que puedan generarse en el medio ambiente como parte del desarrollo de actividades extractivas y productivas, para tomar las medidas que eviten o minimicen los impactos negativos y así podamos disfrutar todos de un ambiente sano y adecuado para el desarrollo de la vida.

Cabe destacar que los alcances de este principio han sido desarrollados por el Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental a través de un precedente administrativo de observancia obligatoria para la actividad minera. Sin embargo, la interpretación a que se ha arribado resulta ser muy amplia, toda vez que incluye conductas tipificadas y no tipificadas. Es decir, va más allá de la normatividad sectorial y de los instrumentos de gestión ambiental.

Como consecuencia de ello, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental ha exigido a los titulares mineros desarrollen conductas que no estaban en posibilidad de conocer previamente, sometiéndolos a un procedimiento administrativo sancionador, lo cual no solo es un exceso de punición, sino que colisiona directamente con el derecho a la libertad de empresa de los afectados.

Por ello, consideramos que el principio de prevención debe conciliarse adecuadamente con el derecho a la libertad de empresa. Por ello, proponemos realizar una interpretación sistemática de la norma, de tal forma que, para cada una de las posibles afectaciones al medio ambiente, exista una medida de prevención, establecida con antelación en el instrumento de gestión ambiental, cuyo conocimiento determinará la predictibilidad de la conducta esperada por los titulares mineros y, por ende, cuáles son los supuestos de incumplimiento que son sancionables administrativamente. De esta manera, estas omisiones no facultarían a la Administración a imponer una sanción alegando que el administrado omitió tomar las acciones preventivas necesarias para evitar los impactos ambientales negativos, toda vez que la conducta no fue tipificada previamente al proceso de fiscalización.

En los supuestos en los que la medida de prevención no haya sido considerada en el instrumento de gestión, la obligación ambiental de proteger el medio subsiste. Ante ello, la Administración puede dictar otros tipos de medidas administrativas, como los

Mandatos de carácter particular; las Medidas preventivas propiamente dichas; y, los Requerimientos de actualización de instrumentos de gestión ambiental.



ÍNDICE

	Pág.
Resumen	1
Índice	3
CAPITULO I: INTRODUCCIÓN	4
CAPITULO II: ESTADO DEL ARTE	8
2.1. Definición de Medio Ambiente	8
2.2. La Inversión Minera en el Perú.....	11
2.3. Libertad de Empresa en la Industria Minera	15
2.4. El Principio de Prevención como límite a la Libertad de Empresa	19
2.4.1. Marco General del Principio de Prevención	19
2.4.2 El Principio de Prevención Ambiental en el Perú	20
2.4.3. El Principio de Prevención en la actividad Minera en el Perú	24
2.4.4 El Estudio de Impacto Ambiental como expresión del Principio de Prevención	26
2.4.5. El Principio de Prevención Ambiental Minero y su relación con el Derecho a la Libertad de Empresa	31
CAPITULO III: EL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL	32
CAPITULO IV: DISCUSIÓN	42
Conclusiones	60
Referencias Bibliográficas	61

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

En el año 2014, el Tribunal de Fiscalización Ambiental emitió un precedente administrativo de observancia obligatoria en el que interpretó de manera amplia los alcances del principio prevención en el desarrollo de actividades de exploración y explotación minera. Ello ha generado que conductas tipificadas y no tipificadas en el estudio de impacto ambiental les sean exigidas a los titulares mineros. Es así que, ante un vacío del instrumento de gestión ambiental, el Tribunal de Fiscalización Ambiental ha procedido a complementar la conducta invocando una obligación general sustentada en el principio de prevención.

Ello, como consecuencia de la interpretación de dos normas de manera independiente, generó que el titular minero sea sancionado por (i) no haber adoptado medidas preventivas no contempladas en el instrumento de gestión ambiental, pese a haber demostrado cumplir las obligaciones sí contempladas en dicho instrumento y, (ii) por incumplir con lo dispuesto en el instrumento de gestión ambiental, en los términos aprobados en el mismo. Es decir, se le sancionó por cumplir el Estudio de Impacto Ambiental en los términos aprobados y por no cumplirlo.

En el fondo, al pretender conciliar dos derechos fundamentales: por un lado, el derecho a gozar de un medio ambiente sano y por otro, el derecho a ejercer la libertad de empresa, se procedió a sancionar en todo supuesto de actuación.

Conciliar dos derechos fundamentales reconocemos que no es fácil, pues cuando se establecen estándares ambientales muy altos no solo se limitará la actividad empresarial de las personas, sino que también se restringirá las posibilidades de la población a acceder a diversos bienes y servicios. Por el contrario, estándares ambientales muy laxos podrían favorecer, inicialmente, el desarrollo empresarial; ello a la larga ocasionaría el deterioro ambiental en perjuicio de la ciudadanía. Por ello, la meta es alcanzar un desarrollo económico ambientalmente sostenible.

Si bien la finalidad es atendible, consideramos que los medios empleados por el Tribunal de Fiscalización Ambiental no son apropiados para llenar de contenido el principio de prevención, pues esta interpretación dual perjudica la seguridad jurídica y el libre ejercicio de la actividad minera. Con el agravante de que una limitación

innecesaria a la libertad de empresa, comercio e industria repercute negativamente en la producción de bienes y servicios que generan divisas para el país, las cuales una vez ingresadas a las arcas públicas permiten que el Estado brinde a la población servicios públicos indispensables como seguridad, educación y salud. Es decir, con una interpretación muy amplia del principio de prevención en materia ambiental también se produce una pérdida de bienestar de la población.

Es por ello, que la presente investigación buscará dos objetivos: primero: identificar los criterios adoptados por el Tribunal de Fiscalización del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental para resolver los procedimientos administrativos sancionadores instaurados por la supuesta vulneración al principio de prevención; y, segundo, determinar cuál de los dos criterios adoptados, es el más adecuado para compatibilizar el derecho a la libertad de empresa, en razón a la predictibilidad y seguridad jurídica que esta exige.

Por tal motivo, exploraremos la definición de medio ambiente, sobre la base de tres criterios: uno desde el ámbito constitucional, el segundo, desde la política de gestión de los bienes comunes y el tercero, desde el punto de vista del derecho administrativo empresarial, en el cual el medio ambiente se constituye como un elemento esencial para la supervivencia, pues permite generar bienes y servicios, así como transarlos en los mercados nacionales e internacionales.

Del mismo modo, examinaremos la importancia de la actividad minera como principal actividad económica en nuestro país y la necesidad de establecer criterios de predictibilidad y seguridad jurídica, de tal manera que se mantenga como el país más atractivo para las inversiones en el sector minero.

Asimismo, analizaremos el derecho constitucional a la libertad de empresa, derecho que confiere la posibilidad de iniciar y desarrollar actividades extractivas y productivas, bajo condiciones legales previamente establecidas, su determinación en el ámbito de la actividad minera y los límites impuestos con la finalidad de contribuir al bienestar general, así como, los límites establecidos al Estado para garantizar un marco jurídico estable que confiera seguridad jurídica y la previsibilidad de sus decisiones.

En tal sentido, estudiaremos los alcances del principio de prevención, principio primordial del derecho ambiental, en razón a que busca anticipar los riesgos previsibles de daño ambiental e impone la diligencia debida para evitar perjuicios

ambientales, constituyéndose como un límite a la realización de la actividad privada, por ello, estableceremos su aplicación en el procedimiento administrativo de fiscalización ambiental, específicamente en el sector minero. Ahondaremos en la evaluación del principio de prevención en el Perú en relación a los instrumentos de gestión ambiental.

Determinaremos la aplicación de este principio por parte del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental y compararemos los criterios emitidos al resolver los procedimientos administrativos sancionadores instaurados como consecuencia de la vulneración al principio de prevención, con la finalidad de demostrar la existencia de dos criterios disímiles, dualidad que conlleva a una indebida aplicación de la sanción y que genera la ausencia de predictibilidad de las resoluciones, trayendo como consecuencia la ausencia de seguridad jurídica, pues lo administrados adolecen de la posibilidad de establecer las medidas preventivas para evitar los impactos negativos que se hubieran ocasionado, con la finalidad de evitar la imposición de la multa por parte de la Autoridad Fiscalizadora

Cabe indicar que las resoluciones emitidas por el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA han sido cuestionadas en la Instancia Judicial; sin embargo, por la falta de especialización en materia ambiental por parte de los jueces, como se evidencia en el Estudio de identificación en la incidencia de casos en materia ambiental en las 33 Cortes Superiores de Justicia (Comisión Nacional de Gestión Ambiental del Poder Judicial del Perú, 2018, p. 89), las resoluciones emitidas por dicho Tribunal han sido confirmadas en un 99.9%, tal como se advierte de la Memoria Institucional (OEFA, 2018, p. 159).

Ello, ha permitido que la falta de compatibilización de los derechos fundamentales aludidos genere que decaiga nuestra posición como país atractivo para la inversión extranjera, como consecuencia de la carencia de un marco legal en la resolución de conflictos y la ausencia de previsibilidad regulatoria, lo que impide una inversión más dinámica.

Por otro lado, reconociendo que el principio de prevención es un concepto indeterminado, buscaremos brindarle parámetros interpretativos que permitan acercar las obligaciones ambientales que genera hacia su núcleo de certeza, de tal manera que el administrado y la Administración razonablemente puedan determinar en un

caso concreto cuales son las acciones que se deben realizar para evitar un peligro potencial o si el daño se ha materializado, mitigarlo apropiadamente.

Por tal motivo, concluiremos, estableciendo, qué criterio de los adoptados por el Tribunal de Fiscalización Ambiental, consideramos acorde con el respeto a los derechos de las personas a gozar de un medio ambiente sano, así como el derecho de las personas a realizar la actividad empresarial en el ámbito del modelo económico establecido en la Constitución.



CAPÍTULO II: ESTADO DEL ARTE

2.1. Definición de Medio Ambiente

Nuestra Constitución Política establece como un derecho fundamental el gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (Const., 1993, art. 2). Es así que, conforme a la Ley General del Ambiente, el medio ambiente “comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros” (Ley 28611, 2005, art. 2). Del mismo modo, el primer artículo del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, reconoce que:

“Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país” (Ley 28611, 2005, art. I T.P)

Por su parte, el Tribunal Constitucional considera que el medio ambiente es el “conjunto de bases naturales de la vida y su calidad lo que comprende, a su vez, sus componentes bióticos como los componentes abióticos e incluso la ecósfera, esto es la suma de todos los ecosistemas que son comunidades de especies que forman una red de interacciones de orden biológico, físico y químico. A todo ello, habría que sumar los elementos sociales y culturales aportantes del grupo humano que lo habite” (Tribunal Constitucional del Perú, Exp.0018-2001, 2003).

En tal sentido, el derecho a contar con un medio ambiente sano constituye la esencia del ser humano, pues sin él la persona no puede alcanzar su perfeccionamiento; sin embargo, también se constituye en un deber, pues todos tenemos la obligación de respetarlo, en atención al carácter agotable de sus recursos. La defensa del medio ambiente se constituye como un bien común, concepto cuya definición se encuadra como “el bien individual que se busca en comunidad” (Cáceres, 2015, p. 263).

En el ámbito administrativo empresarial, el medio ambiente está comprendido por los recursos naturales, renovables o no renovables, tales como, la madera, minerales, petróleo, entre otros, los cuales para su aprovechamiento requieren de la provisión de insumos que permitan transformarlos, como el capital y el trabajo. Es así que el ambiente se constituye como un elemento esencial para la supervivencia de las personas y el progreso de la Nación.

Por ello, se hace necesario compatibilizar el derecho al medio ambiente sano y el derecho a desarrollar actividades económicas, pues las mismas también son esenciales para el desarrollo de las personas y el bienestar de la comunidad, correspondiendo al Estado establecer las políticas ambientales que permitan la protección del medio ambiente y el desarrollo de las actividades extractivas, en el entendido que estas son necesarias para el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

Estos límites a las actividades económicas llevan a establecer que el eje principal de la protección integral del medio ambiente es la preservación y restauración del equilibrio ecológico, razón por la cual, surge la necesidad de instaurar principios con la finalidad de prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental; y cuando las causas que la generen no sean posibles de ser eliminadas, se adopten otro tipo de medidas, como las de mitigación, recuperación, restauración o compensación según corresponda (Ley N° 28611, 2005, art.VI).

Por otro lado, el medio ambiente contiene elementos naturales objeto de ordenación jurídica, elementos calificados como *res nullius* o susceptibles de utilización sin límite que, como consecuencia de la civilización industrial y urbana, amenazan las condiciones indispensables para su aprovechamiento y cuyo nivel de explotación excede las posibilidades de regeneración, lo que genera la extinción, menoscabo y daño ambiental, que en algunos casos resulta irreversible y genera el conflicto ambiental (Jaquenod, 1999).

A esta situación Hardin la denomina “la tragedia de los bienes de propiedad común”, ello en razón a que cada hombre busca maximizar sus ganancias, incrementando sus bienes sin límite en un mundo que es limitado, por ello, refiere que la ruina es el destino hacia el cual todos los hombres se apresuran, cada uno persiguiendo su propio interés en una sociedad que cree en la libertad de los bienes comunes. Precisa que esta concepción aplicada en el ámbito de la contaminación supone la

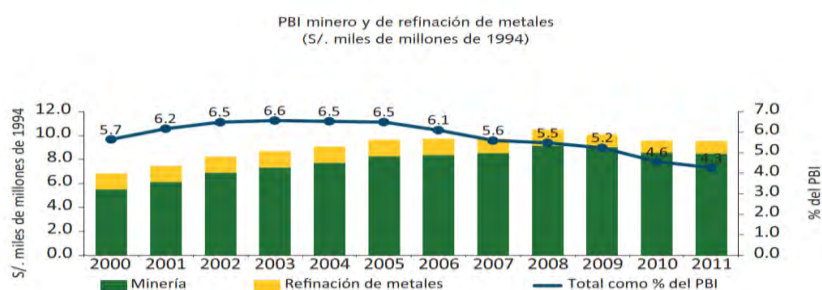
incorporación de algo nocivo en el agua o en el ambiente, en el entendido que el costo de verter los residuos en los bienes comunes es menor que el costo de purificar el ambiente (Hardin, 1969, pág. 169).

Ante ello, surgen cuatro estrategias para gestionar los bienes de propiedad común; el primero, el *de no hacer nada*, lo que significa dejar los bienes de propiedad común al libre acceso; el segundo, el *absténganse los demás*, el cual establece que una vez que se alcanza el punto de cogestión, ningún otro usuario puede hacer uso del bien; el tercero, el de la *forma correcta*, el cual establece regular la forma como se usa el recurso y; el cuarto el de *propiedad*, el cual establece gestionar la concesión de derechos de propiedad instaurando límites de contaminación aceptables. Concluye que la tercera estrategia es la que maneja un discurso de responsabilidad, es decir el principio de que toda persona debería hacer todo lo posible por no contaminar (Rose, 2009).

Con la finalidad de cumplir con la estrategia planteada, a nivel legislativo, se han establecido obligaciones ambientales a cumplir por los titulares de actividades económicas, entre éstos, los titulares mineros, cuyo cumplimiento será supervisado, fiscalizado y, en su caso, sancionado por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

Esta estrategia debe estar presente en el desarrollo de la minería, la cual desde siempre ha sido una de las actividades más importantes que se realizan en el ámbito económico de nuestro país y que, según la información obtenida del Ministerio de Economía, permitió durante muchos años el incremento del producto bruto interno, lo que evidencia el crecimiento económico del mismo.

Gráfico 1: Relación del PBI y minería



Fuente: INEI. Elaboración: Macroconsult.

Como consecuencia de los cambios económicos producidos en nuestro país, que han generado una participación activa privada en el ámbito empresarial, es el Estado el que ha asumido un rol de regulador con la finalidad de compatibilizar este crecimiento económico a la par de un respeto al derecho de las personas a gozar de un medio ambiente sano.

En tal sentido, la regulación ambiental, se concreta en el entorno de un Estado que ya no actúa como empresario, sino que limita su actuación a regular la economía de sus ciudadanos con la finalidad de promover el bienestar general, la competencia y la protección de los intereses de la población. Atendiendo a esta función el Estado debe formular las disposiciones normativas adecuadas para el cumplimiento de dichas funciones.

2.2. La Inversión Minera en el Perú

La importancia de regular la actividad minera en el Perú data desde muy antiguo, inicialmente desde las ordenanzas emitidas durante la época del Virreinato y luego desde la República. Más recientemente, desde inicios de la década de los años noventa, el Estado Peruano emprendió un proceso de transformación económica, la misma que tenía como objetivo privilegiar la promoción de la inversión privada, dejando de lado su rol empresarial.

Por tal motivo, se procedió a privatizar las empresas y entregar en concesión la prestación de servicios públicos. Es así que, el Decreto Legislativo N° 757 (1991), Ley Marco para Crecimiento de la Inversión Privada, tuvo como objetivo principal garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas, efectuadas o por efectuarse, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la Constitución y las leyes, así como, establecer los derechos, garantías y obligaciones a los titulares de inversiones en el país (art. 1), para ello, instauró la estabilidad jurídica del régimen económico, la seguridad jurídica de las inversiones en materia administrativa y la eliminación de las restricciones administrativas para la inversión.

Dicha transformación se consolidó con la promulgación de la Constitución de 1993, la cual, confería el carácter de derecho fundamental a los derechos empresariales, fortaleciendo así la participación del sector privado centrada en la inversión y actividad empresarial.

En el sector minero, el cambio fundamental se dio a partir de la promulgación de la Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero. Como consecuencia del desarrollo de la inversión privada, el Decreto Legislativo N° 708, creó las condiciones económicas necesarias para la inversión en minería. En tal sentido, con la finalidad de promover la inversión privada en la actividad minera, otorgó a los titulares de tal actividad algunos beneficios tributarios (art. 2), posteriormente a ello, se han ido incorporando modificaciones, como los convenios de estabilidad jurídica, entre otros, con el objeto de contribuir a la seguridad jurídica de los proyectos mineros.

En tal sentido, las políticas del Estado con la finalidad de promover la inversión privada y la modernización de la económica fueron uno de los ejes del desarrollo económico del país.

Eso determinó que la actividad minera se constituya como el motor más importante del desarrollo económico alcanzado por el país. Según el estudio realizado por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, respecto a la historia de la actividad minera en el Perú, éste se constituye como un caso de éxito, a diferencia de lo que ocurría con otros países, lo que le permitió tener un impacto importante en las variables económica y social, lo que generó que, entre los años 2002 al 2015, las inversiones mineras crecieran en un 1131%, obteniendo como resultado un aporte de S/. 37 961 millones por concepto de canon minero, lo que originó el incremento de empleo y del producto bruto interno y, con ello, se impulsó el desarrollo de grandes obras de infraestructura (Osinergmin, 2017, págs. 20-21)

Perú ocupó un lugar de privilegio entre los primeros productores globales de diversos metales, lo que permitió un flujo importante de divisas para el país. Lo que a su vez ha promovido la inversión pública en servicios básicos para la población. Por ejemplo, en Cajamarca, la tercera parte de lo invertido en el periodo 2008-2017, esto es energía (36%), educación (34%) y saneamiento (29%) provino del canon minero (El canon, sobre canon y las regalías en el Perú, 2018).

Asimismo, la economía peruana ha mostrado un buen desempeño macroeconómico y social en la última década. Nuestro país ha experimentado un crecimiento económico muchas veces superior al del promedio de la región, con tasas de inflación bajas, con un serio y prudente manejo macroeconómico, estabilidad jurídica y tributaria, entre

otros factores, que hacen de nuestro país una atractiva plaza para las inversiones internacionales, especialmente en el sector minero (Boletín Estadístico Minero, 2018).

Paralelamente y, como consecuencia de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, se incorporaron en la Legislación Nacional, temas ambientales en la regulación minera, los cuales contemplaban la necesidad de que las actividades extractivas se realicen desde un contexto de sostenibilidad ambiental.

Es por tal motivo que las disposiciones aprobadas en principio, tenían como objetivos básicos implementar las obligaciones ambientales como las de previsión y control del desarrollo de las actividades mineras para consolidarlas con las políticas de protección ambiental, con la finalidad de “proteger el ambiente de los riesgos resultantes de los agentes nocivos generados a lo largo de las labores mineras; evitar que se sobrepasen los niveles máximos permisibles establecidos; y, fomentar el empleo de nuevas técnicas y procesos ambientalmente aceptables” (Decreto Supremo 016-93-EM, 1993, artículo 3).

Para cumplir con dichos objetivos se establecieron instrumentos de gestión ambiental para prevenir, mitigar y, en todo caso, compensar los riesgos ambientales, los cuales contemplan las obligaciones que deben ser cumplidas por el titular minero.

La ejecución y cumplimiento de estos Estudios de Impacto Ambiental era constatado por el Poder Ejecutivo, toda vez que el órgano encargado de planificar, promover, coordinar, controlar y velar por el ambiente y el patrimonio natural de la Nación era originalmente el CONAM, Consejo Nacional del Ambiente (Ley N° 26410, 1994, art. 2), institución dependiente del Presidente del Consejo de Ministros.

En abril de 2001, se publicó la Ley N° 27446, que creó el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA) como un sistema único y coordinado de identificación, prevención, supervisión, control y corrección anticipada de impactos ambientales negativos; a través del cual se regularía la debida aplicación de los criterios, instrumentos y procedimientos de la evaluación del impacto ambiental, y garantizaría la participación ciudadana, cuyo reglamento fue aprobado en el año 2009, es decir, 8 años después. Con esta norma se pretende priorizar el respeto al medio

ambiente exigiendo la certificación ambiental como requisito previo y obligatorio al inicio de la ejecución de los proyectos (art. 3).

Posteriormente, mediante Ley N° 29968, se creó el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE), Organismo público adscrito al Ministerio del Ambiente, con la finalidad de evaluar los estudios de impacto ambiental (EIA) más importantes.

Estos cambios normativos nos permiten constatar que existe un mayor interés en la prevención ambiental. Con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental, así como supervisar y garantizar que las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y potestad sancionadora en materia ambiental, a cargo de las diversas entidades del Estado, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, mediante Decreto Legislativo 1013, Ley de Creación del Ministerio del Ambiente.

El Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA es el órgano encargado de resolver los procedimientos administrativos sancionadores instaurados ante el incumplimiento de las obligaciones ambientales, debiendo al resolver priorizar la prevención ambiental y respetar el derecho a la libertad de empresa que tiene el empresario, sobre todo, tomando en consideración el contexto económico en el que nos encontramos, tal como lo establece el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, en su artículo 2.2, el cual establece que “El Tribunal de Fiscalización Ambiental vela por el cumplimiento del principio de legalidad y debido procedimiento, así como por la correcta aplicación de los demás principios jurídicos que orientan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública” (Resolución Del Consejo Directivo N° 020-2019-OEFA/CD, 2019).

En el año 2015, Perú como consecuencia de la desaceleración económica bajo 4 posiciones respecto al año anterior, requiriendo para mantener la competitividad como país, fortalecer sus instituciones públicas mediante el aumento de eficacia del gobierno, así como, una mayor eficiencia del marco legal en la resolución de conflictos. Así lo ha determinado el Foro de Economía Mundial 2015, índice que proporciona una guía necesaria para los responsables de la formulación de políticas y otras partes interesadas para ayudar a configurar estrategias económicas y monitorear el progreso (Forum, 2015).

Asimismo, conforme al índice de libertad económica, realizado por The Heritage Foundation (2019), índice que evalúa las políticas gubernamentales y las condiciones económicas en 186 países con la finalidad de medir la relación entre libertad económica y progreso, Perú se ubica en el puesto 45° a nivel mundial, lo que representó un descenso de dos puestos frente al año anterior, ello en razón a la ausencia de previsibilidad regulatoria lo que impide una inversión más dinámica.

A diferencia de nuestro país, debemos decir que Chile se ubica en el puesto 18 a nivel mundial y tercer lugar entre los 32 países de la región de las Américas, ello, como consecuencia del respeto a los derechos y contratos, un Poder Judicial independiente y tribunales que generalmente hacen valer el derecho de propiedad y los derechos contractuales de manera competente y, adicionalmente, el marco regulatorio general facilita la actividad empresarial y el crecimiento de la productividad.

Dichas cifras evidencian la necesidad de conceder seguridad jurídica y respeto al marco regulatorio, con la finalidad de promover la inversión privada, sobre todo considerando que los conflictos sociales asociados a los proyectos mineros y el surgimiento de nuevos países para invertir, como México, Colombia y Brasil reafirman la necesidad de generar mejores condiciones de inversión en el país, de forma que el Perú se consolide como el país más atractivo en Latinoamérica para las inversiones al sector minero y así impulsar el crecimiento económico peruano (Osinerming, Gerencia de Políticas y Análisis, 2016), motivo por el cual se requiere de predictibilidad y seguridad jurídica.

2.3. Libertad de Empresa en la industria minera

El derecho a la libertad de empresa fue incorporado como derecho fundamental en la Constitución de 1993 por el artículo 59°, con la finalidad de generar riqueza y garantizar el ejercicio de libertades económicas, como el derecho al trabajo, la libertad de comercio, industria y la libertad de empresa, derecho que no resulta ilimitado, sino que puede ser restringido por razones de moral, salud y seguridad pública.

En nuestro país, la Constitución de 1993 estableció un modelo de economía social de mercado, modelo que establece la participación de los particulares en la realización de actividades económicas, reservando al Estado el desarrollo de aquellas actividades que no son atractivas ni lucrativas para el sector empresarial o cuyo interés nacional motive su desarrollo.

En él, el Estado participa esencialmente como un regulador, para permitir el buen funcionamiento del mercado, evitar las desigualdades, favorecer la libre competencia, evitar los monopolios, así como la concertación de los precios y, finalmente, defendiendo a los consumidores o usuarios.

Este modelo no es exclusivo de nuestro país, por el contrario, es un modelo económico que fue adoptado en Alemania desde 1948. Muller-Armack, su creador, indica que no es un modelo mixto ni una figura intermedia entre el capitalismo y el socialismo, sino que “compatibiliza un sistema de competencia económica, en el cual se garantice y respete la propiedad privada y la libre iniciativa empresarial, con el progreso social” (Garrido Falla (Ed), 1981, pp.131).

El Estado debe intervenir garantizando que los particulares cumplan con sus obligaciones, de tal forma que, no afecten el derecho de los demás, al pretender obtener mayores ganancias, lo que en términos ambientales, significaría incrementar las ganancias en desmedro de la calidad de vida de la población, generando con ello, el agotamiento de los recursos naturales indispensables para el desarrollo; pero, permitiendo también el desarrollo de la actividad privada, como motor de la economía, lo que determina la libertad empresarial.

La libertad de empresa es reconocida como un derecho fundamental que permite a las personas realizar actividades que le generen una utilidad, en condiciones justas y en estricto cumplimiento de las leyes de mercado.

Este derecho se manifiesta de tres formas: la libertad de acceso al mercado, la libertad de dirección de la empresa y la libertad de salida del mercado. Nos centraremos en la segunda, pues ella representa la expresión más evidente de su ejercicio, toda vez que representa la elección del empresario respecto al giro del negocio y su forma de desarrollo, lo que implica poder contratar libremente y competir en igualdad de condiciones, derechos que pueden estar sujetos a restricciones con la finalidad de adecuar los intereses de los particulares a los intereses públicos, como en el caso del medio ambiente; restricciones que se realizan acordes a una regulación administrativa general, que trata de reducir los efectos lesivos que pudieran tener (Lazarte, 2002, pp. 46 y 47).

Como cualquier derecho fundamental, el derecho a la libertad de empresa, no es un derecho absoluto, lo que significa que su ejercicio pueda ser limitado, siempre y

cuando, no se afecte su contenido esencial. Estas limitaciones sólo pueden ser establecidas por Ley, lo que significa que la Administración estatal debe regularse al pretender limitar el ejercicio de este derecho evitando actuaciones discrecionales.

En el ámbito de las empresas extractivas el derecho a la libertad de empresa encuentra su límite en el derecho que tiene toda persona a gozar de un ambiente adecuado para el desarrollo de la vida, todo ello en el contexto del modelo de economía social de mercado, que busca alcanzar el bienestar general. Resultando, por tanto, en un antagonismo propio de la naturaleza de ambos derechos.

Ahora, debemos considerar que la sociedad con la finalidad de alcanzar el bienestar general, traducido en mejores condiciones económicas o acceso a diversos servicios, ha asumido la presencia de algunos riesgos ambientales propios de la actividad extractiva, como la contaminación; sin embargo, el poder anticipar y evitar y/o minimizar los riesgos que resultan previsibles nos permite controlar los efectos de éstos, resultando, por tanto, incorrecto restringir y limitar la actuación de la empresa en el desarrollo de su actividad económica, a extremos tales que nieguen su desarrollo

Con dicha finalidad el Estado deberá establecer las pautas que garanticen que las empresas realicen las actividades económicas generando el mínimo riesgo permitido sin afectar el derecho de las personas a gozar de un medio ambiente adecuado para la subsistencia y que, paralelamente, garanticen un marco jurídico que permita la realización de la actividad económica en libertad, otorgando la seguridad jurídica que requiere.

Todo ello, en un marco de predictibilidad, pues la seguridad jurídica es uno de los principios generales del derecho más relevantes, en la medida que la observancia de reglas de juego jurídicas conocidas anticipadamente facilita la buena fe en el tráfico jurídico y dota a las relaciones jurídicas de la fortaleza necesaria para el desarrollo económico. La seguridad jurídica pretende consolidar un sistema en el que se puedan predecir, con probabilidad de acierto, las consecuencias en el ámbito social y económico de las actuaciones de los particulares y de los poderes públicos y de la decisión de las controversias sometidas a resolución de las autoridades administrativas, lo que contribuye positivamente a la paz social ya que previene y evita los conflictos (Fundación de Estudios Financieros, 2012, p. 75).

El Tribunal Constitucional español ha definido la seguridad jurídica como «la expectativa del ciudadano basada en motivos razonables de conocer o poder predecir la actuación del poder público en la aplicación del Derecho» (Tribunal Constitucional español, STC 36/1991). En atención a ello, la seguridad jurídica se constituye como una garantía de la libertad dentro de una sociedad, libertad que exige la confiabilidad en el ordenamiento jurídico.

En nuestro país, el principio de seguridad jurídica no está previsto expresamente en la Constitución Política; sin embargo, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que “el principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado constitucional de derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el derecho es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad” (Tribunal Constitucional peruano, STC N. ° 0016-2002-AI/TC, 2003). Como se puede apreciar la seguridad jurídica determina la necesidad de la existencia de reglas claras bien elaboradas, previstas de publicidad y empleadas de forma coherente y uniforme, así como que las decisiones que se adopten como resultado de dicha aplicación sean efectivamente ejecutadas.

Es por ello que, en un estado constitucional de derecho, el reto primordial será fortalecer los principios constitucionales, garantizando la estabilidad y seguridad jurídica. El fortalecimiento de un estado constitucional de derecho se aprecia en el adecuado funcionamiento de sus instituciones, las que, según North (1990), son las reglas de juego en las sociedades, restricciones diseñadas por las mismas que dan forma a la interacción humana.

Vives indica que la actividad empresarial no puede realizarse si las estructurales legales generan desconfianza y carencia de credibilidad, por este motivo, el desarrollo económico del país depende de la solidez de su sistema jurídico, del nivel de predictibilidad de sus decisiones, en razón a que el marco normativo adecuado funda bases estables para el desarrollo de negocios y nuevos proyectos (Fundación de Estudios Financieros, 2013, p. 76).

La libre iniciativa que, es un principio de la libertad de empresa, requiere que exista un clima de seguridad y previsibilidad de las decisiones de gobierno, para poder realizar los planes y la estimación de las evoluciones, necesita evaluar los costos y considerar los obstáculos que debe enfrentar, así como las dificultades que el desarrollo

empresarial implica, debiendo establecer las acciones que debe realizar el titular minero con la finalidad de evitar los impactos ambientales negativos.

2.4. El Principio de prevención como límite a la Libertad de empresa

2.4.1. Marco general del Principio de prevención

El alcance del principio de prevención no resulta fácil de determinar debido al extenso contenido que él engloba y la falta de estudio que, sobre el tema, se ha realizado, pudiéndose constatar que no existe mucha bibliografía sobre el tema, como si sucede en el caso de otros principios ambientales.

Para empezar, diremos, que la prevención es definida como las prácticas de diligencias necesarias para evitar la producción de un riesgo (Cabanellas, 1993, p. 182), por lo tanto, es un mecanismo que busca anticipar los daños que en un futuro pueden producirse. Además, debe tenerse presente que el riesgo es connatural a toda actividad humana, por ello, desde los Sistemas de Gestión de Calidad – Vocabulario (ISO 9000:2015) se define al riesgo como un «efecto de la incertidumbre» relacionándolo a eventos potenciales, así como a sus consecuencias.

A mayor abundamiento, el Principio de prevención lo podemos encontrar en varias ramas del derecho:

- a) En el ámbito del Sistema Nacional de Control, cuyo órgano rector es la Contraloría General de la República, se precisa que:

la prevención implica desarrollar y mantener una actitud permanente de cautela e interés por anticipar, contrarrestar, mitigar y evitar errores, deficiencias, desviaciones y demás situaciones adversas para la entidad. Se fundamenta sobre la base de la observación y análisis de sus procesos y operaciones, efectuados de manera diligente, oportuna y comprometida con la buena marcha institucional. En tal sentido, está estrechamente relacionada y opera como resultado de las actividades de monitoreo (Resolución de Contraloría 320, 2006).

- b) En el ámbito del derecho penal, el principio de prevención se identifica como la imposición de la pena como elemento de coacción con la finalidad que el delincuente no incurra en nuevos actos delictivos. Listz sostiene que la pena es el medio para alcanzar la prevención (Pérez del Valle, 1995, pág. 182)

- c) El principio de prevención, en el derecho laboral, ha sido establecido en la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el empleo, en cuyo artículo 1 señala que:

El empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores. Debe considerar factores sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral (2007).

- d) En el derecho civil, en el ámbito de la responsabilidad civil, con la introducción del Análisis Económico del Derecho, el principio de prevención es entendido como la medida que surge para controlar la conducta futura, de tal forma, que el efecto disuasivo, se aplica como una regla para evitar los altos costos en la producción de daños de las personas. En ese contexto, la función preventiva se dirige a motivar a las personas que puedan potencialmente generar un daño adopten las medidas necesarias para evitar la conductas dañosas (Fernández Cruz, 2001)

Tal como ha sido expuesto, podemos advertir que el principio de prevención, es un concepto abstracto que no tiene una única definición, sino que la misma varía desde el enfoque del área del derecho en el que se utilice, por lo que puede ser establecido como la actitud de cautela para evitar posibles situaciones adversas, la imposición de una medida con la finalidad de disuadir la comisión de nuevos actos ilícitos, cuya finalidad será garantizar las condiciones adecuadas para evitar la producción de riesgos o inducir a las personas a adoptar los medios de seguridad necesarios para evitar la posible renovación de conductas dañosas.

2.4.2. El Principio de Prevención Ambiental en el Perú

Como antecedente, debemos precisar que este principio no es originario de nuestra legislación, sino que lo asumimos por influjo de la Conferencia de Estocolmo (1972) y la Conferencia de Rio (1992) que lo reitera. Dichas cumbres internacionales tuvieron como eje central la conservación del ambiente, constituyéndose como el punto de partida para el análisis y promulgación de políticas, instituciones y leyes, así como evaluar el estado de los recursos naturales y el ambiente en múltiples naciones.

En dichas cumbres, los países se obligaron a fortalecer la capacidad de respuesta frente a la prevención y control de la contaminación, la protección de los ecosistemas,

el uso y explotación racional de los recursos biológicos, el fomento de la producción eficiente y sostenible de energía. El principio 21 instituye el principio de prevención ambiental que “los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas (...) no causen daños al medio ambiente” (Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, 1972).

Como se puede apreciar, desde la Declaración de Estocolmo el principio de prevención procura anticipar riesgos para proteger el medio ambiente, privilegiando esta acción como forma de gestión de recursos frente a la reparación, mientras que, la declaración de Río en 1992, marca el inicio del proceso normativo ambiental en muchos países del mundo, ello, en atención a la preocupación de la comunidad internacional por dar respuestas a grandes problemas de contaminación del aire, agua, suelos, deforestación, pasivos ambientales, entre otros.

Es así que, en el Perú, las primeras acciones normativas fueron contenidas en el ahora derogado Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (1990), privilegiando entre ellas, la prevención y corrección de manera anticipada de las posibles implicancias o impactos ambientales negativos, que pudieran afectar la flora, la fauna y la salud de las personas.

Posteriormente, como parte del desarrollo de la gestión ambiental, la Ley General del Ambiente (2005) ha establecido una obligación preventiva general para el potencial agente dañoso, al disponer que aquél que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas (Ley 28611, art. 142.1)

Asimismo, esta norma como fundamento del sistema de gestión ambiental, establece las directrices y criterios para asegurar el ejercicio efectivo del derecho que tienen las personas a gozar de un medio ambiente sano, con el objetivo de mejorar la calidad de vida de la población y lograr el desarrollo sostenible del país.

A mayor abundamiento, los artículos 74° y 75° de la Ley General del Ambiente señalan que todo titular de operaciones económicas es responsable por las emisiones y

efluentes, así como de los demás impactos negativos que genere, por lo que está obligado a adoptar prioritariamente medidas de prevención del riesgo y daño ambiental (Ley 28611, 2005, art. 74 y 75). Por su parte, el artículo 17° de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, SINEFA) establece que constituyen infracciones administrativas bajo la competencia del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA), entre otras, el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la normatividad ambiental (Ley N° 29325, 2009, art. 17). Asimismo, conforme al artículo 18° de la citada ley, es preciso resaltar que en el marco de un procedimiento administrativo sancionador la responsabilidad administrativa es objetiva (Ley N° 29325, 2009, art. 18).

Por lo que, podemos inicialmente establecer que el principio de prevención ambiental está circunscrito a la ejecución de medidas para anticipar la generación de un impacto negativo en el medio ambiente.

El Tribunal Constitucional considera que, por la propia naturaleza del derecho, dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollar, tiene especial relevancia la tarea de prevención, estableciendo que la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan (Tribunal Constitucional, Exp. N° 3510-2003-AA/TC, 2005).

Asimismo, el Tribunal Constitucional desarrolla el Principio de prevención indicando que:

Este principio garantiza que se tomen las medidas necesarias a fin de evitar que los daños al ambiente se generen o que, en caso se lleguen a producir, la afectación sea mínima. Es decir que, frente a un posible daño ambiental, se deben adoptar las medidas destinadas a prevenir afectaciones al ambiente (...) la cristalización de este principio se encuentra en la acción que el Estado debe adoptar para prevenir un daño al medio ambiente (Tribunal Constitucional, Exp. N° 1206-2005-AA/TC, 2007).

Es así que el Tribunal Constitucional reconoce expresamente la necesidad de establecer que las actividades estatales, necesarias para la ejecución de las políticas públicas sobre medio ambiente, deben poner énfasis en el carácter preventivo de las medidas a adoptar, con la finalidad de evitar los posibles daños que se podrían ocasionar al medio ambiente.

Mientras que a nivel doctrinario, el principio de prevención ha sido definido por Pigretti como “el principio general del derecho que tiene por objeto la cesación o evitación de daños”(2004, pág. 9), Drnas lo precisa como la “diligencia debida”, es decir, la obligación de vigilancia y adopción de previsiones en relación a los bienes y personas bajo su jurisdicción, a fin de asegurarse que, en condiciones normales, los objetos, elementos o actividades riesgosas no causen perjuicios a terceros" (2001, p. 81).

Este principio, conforme a la doctrina revisada, presenta las siguientes características:

- (i) es uno de los principios generales más importantes que rigen la gestión ambiental en materia de calidad ambiental y está orientado a evitar o controlar directamente las causas y las fuentes de los problemas ambientales para mantener la calidad del ambiente y de sus componentes (Cafferatta, 2009);
- (ii) es fundamental en la actuación ambiental, debido al alto potencial de irreparabilidad de los daños ambientales (Ortega, 2013, pág. 40);
- (iii) busca evitar riesgos previsibles y toma la forma de una obligación general positiva de anticipar riesgos para proteger el medio ambiente (Duvic-Paoli, 2018), por tal motivo, se aplican en el escenario de daños provenientes de riesgos comprobados (Troncoso, 2010);
- (iv) invita a los Estados y a los particulares a tomar acciones para prevenir daños al ambiente o, en todo caso, a reducir, limitar o controlar actividades que puedan causar tal daño, con la mayor anticipación posible (De la Puente, 2008, pág. 5);
- (v) el conocimiento anticipado del daño y sus consecuencias permiten establecer medidas preventivas para evitar su realización; y.
- (vi) es un concepto o enfoque de carácter multidimensional con dos grandes alcances a) con referencia a las disciplinas que la abordan y b) con referencia al objeto de preocupación ambiental, como el daño, el riesgo, la contaminación (Foy Valencia, 2018, pág. 214)

A mayor abundamiento, Duvlic circunscribe su funcionalidad a aquellos supuestos, en los que existe una alta probabilidad de materializarse el daño y que la magnitud de este sea conocible, de tal forma que si existe una alta probabilidad de bajo impacto o baja probabilidad de alto impacto, nos encontramos frente a un riesgo aceptado, momento en el que deben ser adoptadas las medidas preventivas, por el contrario, si nos encontramos frente a una actividad con probabilidad de alto impacto, este no puede continuar (2018, p. 182).

De todo lo expuesto, podemos concluir a que a través del presente principio se pretende anticipar la generación de efectos adversos previsibles al medio, antes que estos produzcan un daño y, en caso, se llegue a producir, que la afectación sea mínima, es decir que se encuentre dentro del margen de aceptación de la sociedad, con la finalidad de alcanzar el bienestar general.

Finalmente, cabe precisar que el principio de prevención se distingue del principio de precaución, en que este último se emplea cuando la evaluación del riesgo no puede realizarse por completo porque se carece de certidumbre científica. Es decir, el principio de precaución se aplica frente a riesgos hipotéticos, pero cuya existencia es posible. En cambio, las medidas de prevención se aplican frente a riesgos comprobados (Troncoso, 2010, pág. 209).

2.4.3. El Principio de Prevención en la Actividad Minera en el Perú

La prevención de la contaminación en el ámbito minero supone la incorporación de todas las medidas necesarias para evitar o minimizar su generación, el cual, incluye estrategias para anticipar la ocurrencia de formaciones de metales que puedan ser esparcidos por las actividades mineras y el diseño de las operaciones, de manera que, se impida el contacto con estos materiales y el medio ambiente, asegurándose su aislamiento.

Bajo este marco, el Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, estableció dos artículos relacionados directamente al Principio de prevención, el artículo 5, que lo recoge directamente y el artículo 6 que contiene la obligatoriedad de los EIA, para prevenir efectos negativos en el ambiente:

Tabla 1: Normas aplicadas en la jurisprudencia estudiada

Art 5 del Decreto Supremo 016-93-EM	Art 6 del Decreto Supremo 016-93-EM
El titular de la actividad minero - metalúrgica, es responsable por las emisiones, vertimientos y disposición de desechos al medio ambiente que se produzcan como resultado de los procesos efectuados en sus instalaciones. A este efecto es su obligación evitar e impedir que aquellos elementos y/o sustancias que por sus concentraciones y/o	Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 225o. de la Ley, es obligación del titular poner en marcha y mantener programas de previsión y control contenidos en el Estudio de Impacto Ambiental y/o Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, basados en sistemas adecuados de muestreo, análisis químicos, físicos y mecánicos, que permitan

<p>prolongada permanencia puedan tener efectos adversos en el medio ambiente, sobrepasen los niveles máximos permisibles establecidos</p>	<p>evaluar y controlar en forma representativa los efluentes o residuos líquidos y sólidos, las emisiones gaseosas, los ruidos y otros que puedan generar su actividad, por cualquiera de sus procesos cuando éstos pudieran tener un efecto negativo sobre el medio ambiente. Dichos programas de control deberán mantenerse actualizados, consignándose en ellos la información referida al tipo y volumen de los efluentes o residuos y las concentraciones de las sustancias contenidas en éstos.</p>
---	---

Fuente Decreto Supremo 016-93-EM
Elaboración propia

Posteriormente, dicha norma fue derogada por el Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero, aprobado por Decreto Supremo 040-2014-EM. Sin embargo, mantuvo su mismo espíritu y hasta podría decirse que mejoró su redacción:

Tabla 2: Normas vigentes

Art 16 del Decreto Supremo 040-2014-EM	Art 18 del Decreto Supremo 040-2014
<p>El titular de la actividad minera es responsable por las emisiones, efluentes, vertimientos, residuos sólidos, ruido, vibraciones y cualquier otro aspecto de sus operaciones, así como de los impactos ambientales que pudieran generarse durante todas las etapas de desarrollo del proyecto, en particular de aquellos impactos y riesgos que excedan los Límites Máximos Permisibles y afecten los Estándares de Calidad Ambiental, que les sean aplicables o afecten al ambiente y la salud de las personas. Consecuentemente el titular de la actividad minera debe adoptar oportunamente las medidas de prevención, control, mitigación, recuperación, rehabilitación o compensación en términos ambientales, cierre y post cierre que correspondan, a efectos de evitar o minimizar los impactos ambientales negativos de su actividad y potenciar sus impactos positivos.</p>	<p>Todo titular de actividad minera está obligado a: a) Cumplir la legislación ambiental aplicable a sus operaciones, las obligaciones derivadas de los estudios ambientales, licencias, autorizaciones y permisos aprobados por las autoridades competentes, así como todo compromiso asumido ante ellas, conforme a ley, y en los plazos y términos establecidos. b) El monitoreo y control permanente de sus operaciones para verificar el cumplimiento de las obligaciones y compromisos a su cargo, así como, la calidad ambiental en aquellas áreas y con la frecuencia definida en el instrumento de gestión ambiental correspondiente. Los registros de monitoreo deben conservarse por un periodo de cinco (5) años, los mismos que deberán ser remitidos al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) y estar a disposición de las autoridades competentes en caso lo soliciten</p>

Fuente Decreto Supremo 040-2014-EM
Elaboración propia

Por un tema temporal, la mayor parte de los pronunciamientos que ha realizado la Autoridad de Fiscalización están elaborados sobre la base del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM; sin embargo, los criterios resolutivos adoptados son aplicables directamente a la legislación vigente pues ambos textos son muy similares.

Es más, el Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero Modificación incorpora más supuestos de afectación al medio ambiente, como el ruido, vibraciones y cualquier aspecto de las operaciones y los impactos ambientales que puedan realizarse durante el desarrollo de la actividad y, asimismo, precisa la obligación del titular minero de adoptar las medidas preventivas, de control o mitigación, con la finalidad de evitar el impacto ambiental, con independencia de la vulneración a los límites máximos permitidos.

Como se puede apreciar el Principio de prevención comprende un marco legal que puede ser interpretado ampliamente por el Tribunal de Fiscalización Ambiental y precisamente en este trabajo indicamos que ello, justamente, viene vulnerando la seguridad jurídica en el desarrollo de la actividad minera, pues se vienen tipificando y sancionando conductas que no están contempladas expresamente en la norma. Es decir, se ha tratado de darle un contenido al Principio de prevención, pero este intento ha sido desafortunado pues no ha logrado brindar predictibilidad sobre la labor fiscalizadora que realiza el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

2.4.4. El Estudio de Impacto Ambiental como expresión del Principio de Prevención

La prevención de daños ambientales exige conocer los efectos que sobre el medio ambiente puedan tener las actividades económicas a fin de evitar las incidencias negativas que éstas puedan causar. Los métodos que se utilizan para establecer éstos son los instrumentos de gestión ambiental, siendo el más relevante, en atención al Principio de prevención, la evaluación de impacto ambiental.

Como antecedentes internacionales, debemos indicar que Estados Unidos aprobó la primera legislación relacionada con los Estudios de Impacto Ambiental en 1969, mediante la Ley Nacional de Política Pública Ambiental de los Estados Unidos, en la que exige la preparación de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) para toda acción federal importante que pueda afectar en forma significativa al medio ambiente.

Posteriormente, en 1987, las Naciones Unidas plantearon los objetivos y principios de la Evaluación del Impacto Ambiental, circunscribiendo éste a asegurar que los problemas potenciales se hayan señalado y previsto al inicio de la fase de planificación y diseño del proyecto. Luego, en 1991, la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas adoptó la Convención sobre Evaluación de Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, el acuerdo internacional más completo sobre Estudio de Impacto Ambiental, en el cual, se determina que “conscientes de la necesidad de examinar explícitamente los factores ecológicos en los inicios del proceso de adopción de decisiones mediante una evaluación del impacto medioambiental, en todos los niveles administrativos pertinentes, como medio necesario para mejorar la calidad de la información que reciben las autoridades a fin de que puedan adoptar decisiones ecológicamente racionales en las que se preste especialísima atención a reducir al máximo los efectos perjudiciales apreciables, particularmente en un contexto transfronterizo” (Convenio Espoo, 1991)¹

Esta herramienta ha sido incorporada en muchos Acuerdos Ambientales, el Principio Ambiental 17 de la Declaración de Río de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, establece que “La evaluación del impacto ambiental, como un instrumento nacional, se realizará para las actividades propuestas que probablemente tengan un impacto adverso significativo en el medio ambiente y están sujetas a la decisión de una autoridad nacional competente” (Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, 1972).

La importancia de la evaluación de impacto ambiental y su aplicación a nivel mundial como herramienta de gestión para anticipar la comisión de posibles efectos adversos al medio ambiente, ha sido reconocida por Perevochtchikova quien indica dicha evaluación constituye un elemento fundamental para el establecimiento de las políticas públicas, dado que permite conocer el estado actual y los cambios que se requieren para el desarrollo de las actividades industriales, de tal forma que se puedan anticipar y proponer medidas de prevención (2013, pág. 304).

En nuestro país, la importancia de este instrumento de gestión ha sido rescatada por el Tribunal Constitucional, al señalar que “el principio de prevención obliga al Estado a

¹Convenio al cual nuestro país no se encuentra adherido; sin embargo, resulta importante, con la finalidad de establecer la importancia de la evaluación de Impacto ambiental, no solo en el ámbito nacional sino también internacional

ejecutar acciones y adoptar medidas técnicas que tengan como fin evaluar los posibles daños que se pueda ocasionar al medio ambiente" (Exp. N° 1206-2005-AA/TC, 2007), mientras que, la Jurisprudencia Argentina consagra que "En principio el deber que se ciernen sobre el Estado como garante del ambiente, implica que todo emprendimiento que pudiera ser susceptible de generar alteraciones o perjuicios degradantes al entorno en el futuro, debe encontrar límites jurídicos razonables, y la herramienta predictiva llamada a determinarlos es el EIA" (Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de Buenos Aires, N. 12, 2006).

Pero ¿Qué es y en qué consiste el estudio de impacto ambiental?

Espinoza define este instrumento de gestión como "(el) conjunto de análisis técnico-científicos, sistemáticos, interrelacionados entre sí, cuyo objetivo es la identificación, predicción y evaluación de los impactos significativos positivos y/o negativos, que pueden producir una o un conjunto de acciones de origen antrópico sobre el medio ambiente físico, biológico y humano" (Espinoza, 2001, pág. 138).

Conforme a lo expuesto por Espinoza, las evaluaciones de impacto ambiental proporcionan una herramienta que ayuda a anticipar y minimizar los efectos negativos que la actividad minera pueda causar. Asimismo, el "EIA es un proceso sistemático que examina las posibles consecuencias ambientales de las acciones de desarrollo, anticipándose a las decisiones económicas y políticas, para prevenir y mitigar dichas consecuencias" (Foy Valencia, 2018, pág. 548).

Esta técnica permite anticipar sobre las consecuencias en el ambiente que se puedan presentar durante el desarrollo de la actividad económica. Con ello, se busca que el Estado y los empresarios, como privados, evalúen, previamente a la toma de decisiones, establezcan las estrategias adecuadas para evitar las posibles consecuencias para el ambiente (Esteve Pardo, 2014, p. 63).

En el Perú, el desarrollo de esta herramienta ha quedado determinado en la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, estableciéndola, como un sistema único y coordinado de identificación, prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas por medio del proyecto de inversión (Ley 27446, 2017).

El literal b del Artículo 10 del Decreto Legislativo No 1078, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, establece que los estudios de impacto ambiental y, según corresponda, los demás instrumentos de gestión ambiental, deberán contener la identificación y las características de los posibles impactos negativos que se pudieran presentar en todas las fases del proceso productivo (Decreto Legislativo No 1078, 2017).

Las obligaciones ambientales que deben estar contenidas en los estudios ambientales y que deben ser cumplidas de manera obligatoria, pueden ser de dos tipos: las técnico-ambientales y las socioambientales. Las primeras, son la que están enfocadas a la prevención de impactos ambientales y que se encuentran en el estudio de impacto ambiental, el plan de manejo ambiental, el plan de contingencias, el plan de cierre o abandono, el plan de compensación ambiental, la descripción del proyecto, el plan de vigilancia ambiental, entre otros (OEFA, 2016, p. 56).

La prevención de la contaminación en las operaciones mineras puede tener lugar en todas las etapas principales: exploración, explotación y cierre, requiriendo de instrumentos de gestión que resulten idóneos para asegurar todas las posibilidades de prevención de la contaminación en las diferentes etapas del ciclo minero, por lo que, será a través de la Evaluación de Impacto Ambiental que el titular minero debe identificar las fuentes probables de contaminación con la finalidad de evitar el daño que estas puedan causar y plantear alternativas en el proyecto a desarrollar (Environmental Law Institute, 2000).

La evaluación respecto al cumplimiento de las estrategias de gestión requiere de un monitoreo posterior para establecer si las posibles consecuencias previstas en los estudios iniciales son consistentes con el desarrollo de la actividad, así como conocer los puntos débiles de los estudios realizados, con la finalidad de ejecutar los ajustes pertinentes y evitar el daño al medio ambiente con impactos no previstos (Craig, 2010, pp. 33-34)

Por ello, el cumplimiento de las obligaciones ambientales establecidas en el Estudio de Impacto Ambiental, así como la normativa ambiental, es evaluado a través de la supervisión que realiza la Dirección de Supervisión del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, con la finalidad de prevenir los daños ambientales y promover la subsanación de las conductas que afecten el medio ambiente. Sin embargo, durante la ejecución de la misma se pueden advertir riesgos ambientales no regulados en el

Estudio de Impacto Ambiental y que requieran una intervención con el objetivo de proteger el ambiente y la salud de las personas. En tales casos, la autoridad de fiscalización también puede generar obligaciones al administrado que no hayan sido establecidas previamente (Aldana, 2017, pág. 286).

En su opinión, la obligación de prevención debe ser establecida previamente a la realización de las medidas de control, por tal motivo, al realizar labores de fiscalización, la entidad encargada, no puede implementar medidas de prevención no contempladas, limitando su actuación a la verificación de las medidas establecidas en los instrumentos de gestión (2017, pág. 286).

Consiguientemente, podemos indicar que la Evaluación del Impacto Ambiental tiene como objetivo la identificación, predicción y evaluación de las contingencias que se pueden generar en el ambiente, como consecuencia del desarrollo de una actividad extractiva, estableciendo obligaciones ambientales de cumplimiento obligatorio, con la finalidad que se asuman las decisiones que permitan evitar los posibles efectos dañinos que se pueden generar.

Si retornamos a la definición del principio de prevención en lo ambiental, en la cual, advertimos que con él se pretende anticipar la generación de efectos adversos previsibles al medio, antes que estos produzcan un daño y, en caso, se llegue a producir, que la afectación sea mínima, es decir que se encuentre dentro del margen de aceptación de la sociedad, con la finalidad de alcanzar el bienestar general; propósito por el cual se realiza la Evaluación de impacto ambiental, podemos concluir que la materialización del principio de prevención se hace efectiva en el instrumento de gestión ambiental.

Como consecuencia de ello y, reconociendo que los instrumentos de gestión ambiental, son instrumentos de carácter preventivo que consisten en la identificación, predicción, evaluación y mitigación de los impactos ambientales que un proyecto de inversión produciría en caso de ser ejecutado, así como la prevención, corrección y valoración de los mismos (Dirección General de Políticas, Normas e Instrumentos de Gestión Ambiental, 2012, p.82), por tal motivo, los supuestos contemplados en dichos instrumentos constituyen la mejor expresión del principio de prevención, los cuales al ser conocibles por los titulares mineros generan predictibilidad.

2.4.5. El principio de prevención ambiental minero y su relación con el derecho a la libertad de empresa

El desarrollo de la actividad minera genera externalidades—uno de los supuestos de fallas de mercado— las cuales son definidas como “los costos o beneficios transferidos o aprovechados por terceras personas que no brindaron su anuencia (o no participaron en la transacción) para sufrirlo (o aprovecharlo)” (Saavedra, 2014, pág. 266), ello se produce como consecuencia de que quien ejecuta la acción no asume los costos totales generados por dicha acción, siendo la sociedad quien soporta los efectos de la misma (Barrantes, Manrique & Glave, 2018).

Con la finalidad de corregir estas fallas de mercado, el Estado impone al titular minero la obligación de adoptar medidas preventivas, las cuales se traducen en evitar las emisiones, efluentes, vertimientos, residuos sólidos, ruido, vibraciones y cualquier otro aspecto de sus operaciones (Decreto Supremo N°040-2014-EM, 2014, artículo 16), obligaciones cuyo incumplimiento determina la imposición de sanciones.

En este supuesto, la intervención del Estado imponiendo la adopción de medidas preventivas se constituye como un límite a la Libertad de empresa, con la finalidad de no perturbar el bienestar general; sin embargo, para garantizar el régimen de libertad económica establecido en la Constitución Política dicha intervención del Estado requiere de predictibilidad y seguridad, es decir, reglas claras que permitan que el titular minero pueda conocer que conducta se espera que realice para evitar la imposición de una sanción.

CAPITULO III: EL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACION AMBIENTAL

Desde un análisis cualitativo de las resoluciones emitidas por el Tribunal de Fiscalización Ambiental estableceremos los criterios interpretativos aplicados al resolver los procedimientos administrativos que analizan el incumplimiento de las obligaciones ambientales en las labores de exploración y explotación minera, con la finalidad de establecer si la interpretación realizada del principio de prevención genera predictibilidad y seguridad jurídica. La hipótesis que se desarrolla es que la interpretación amplia del principio de prevención vulnera el derecho a la libertad de empresa de los titulares mineros.

Cabe destacar que la mayor parte de los pronunciamientos del Tribunal de Fiscalización Ambiental se han realizado sobre la base del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM. Si bien dicho reglamento ya ha sido derogado, la nueva norma mantiene su mismo contenido, por lo que es esperable que la línea jurisprudencial se mantenga en el tiempo.

Como se recuerda, el Tribunal de Fiscalización Ambiental, como parte de su labor resolutoria e interpretativa, mediante la Resolución N° 021-2014-OEFA/TFA-SEP1, publicada el 14 de noviembre de 2014, emite un precedente administrativo el cual reitera la interpretación que el órgano resolutor ha venido efectuando, respecto a la aplicación del artículo 5° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica. Así se señala que dicho artículo establece dos (2) obligaciones independientes que deben ser cumplidas por los titulares mineros las cuales están referidas a: (i) adoptar todas aquellas medidas preventivas que sean necesarias para que la actividad del titular minero no genere efectos adversos en el ambiente; y, (ii) no exceder los Límites Máximos Permitidos.

A dicha conclusión arriba el Tribunal de Fiscalización Ambiental sobre la base de una interpretación finalista de la norma, descartando la interpretación literal, en atención a que el artículo en mención, a su criterio, recoge obligaciones ambientales que se enmarcan dentro de un ámbito de interés público, el cual optimizaría la dimensión objetiva del derecho, siendo importante a fin de garantizar el derecho del ser humano a gozar de un medio ambiente sano, incorporar el principio de prevención como medida necesaria para evitar la generación del daño al medio ambiente, en los

supuestos en los cuales exista certeza de que una actividad pueda generar un daño ambiental (TFA, Resolución N° 021-2014-OEFA/TFA-SEP1, 2014). En virtud de ello, en el supuesto que el titular minero omita tomar las acciones preventivas correspondientes le será aplicable una sanción administrativa.

Por otro lado, el artículo 6 del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica será aplicable cuando la supuesta conducta infractora sí este contemplada en el Evaluación de Impacto Ambiental. Es decir, la acción u omisión que debe desarrollar el titular minero para mitigar sus impactos ambientales sí ha sido prevista dentro de dichos documentos de gestión. Pero aun así el Tribunal de Fiscalización Ambiental para estos casos también invocará el Principio de prevención como parámetro para evaluar la efectividad de las acciones tomadas. Y si dichas acciones no han sido acordes con dicho principio el administrado también será pasible de multa.

Como se puede apreciar el Tribunal de Fiscalización Ambiental le ha dado una interpretación bastante amplia al Principio de prevención, pues lo aplica tanto para exigir conductas no contempladas en el Estudio de Impacto Ambiental, como para evaluar conductas si contempladas en él. Por ello, resulta de especial relevancia establecer como le ha dado contenido a dicho principio.

Una primera constatación es que le corresponde al propio administrado establecer cuáles son esas acciones preventivas:

las empresas del sector minería cuentan con capacidad técnica, administrativa financiera para identificar las obligaciones las cuales están sujetas; motivo por el cual, resulta razonable considerar que puedan prever, bajo los criterios expuestos en el párrafo precedente, qué conductas constituyen infracción en el referido sector (TFA, Resolución N° 003-2011-OEFA/TFA, 2011; Resolución N° 0102-2012-OEFA/TFA, 2012; Resolución N° 152-2012-OEFA/TFA, 2012; Resolución N° 279-2012-OEFA/TFA, 2012; Resolución N° 030-2013-OEFA/TFA, 2013).

Es decir que, el Tribunal establece un mandato genérico, exigiendo que sea el propio titular minero quien deba establecer las acciones de mitigación que debe realizar de acuerdo al estado de la ciencia y la técnica, así como de acuerdo a sus propios y personales requerimientos operativos.

Con relación al artículo 6° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica el criterio interpretativo adoptado por el TFA es el siguiente:

Una vez obtenida la certificación ambiental (...) será responsabilidad del titular de la actividad cumplir con todas las obligaciones para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales señalados en el estudio de impacto ambiental.

(...) Sobre el particular, debe indicarse que la exigibilidad de todos los compromisos ambientales asumidos en los estudios de impacto ambiental por parte del titular minero se deriva de lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, el cual traslada a dichos titulares la obligación de poner en marcha y mantener la totalidad de los programas de previsión y control contenidos en sus instrumentos de gestión ambiental, entre ellos, los Estudios de Impacto Ambiental (TFA, Resolución N° 033-2013-OEFA/TFA, 2013; Resolución N° 0119-2013-OEFA/TFA, 2013; Resolución N° 121-2013-OEFA/TFA, 2013; Resolución N° 048-2015-OEFA/TFA, 2015; Resolución N° 032-2016-OEFA/TFA, 2016).

Conforme a dicho criterio, el Estudio de Impacto Ambiental debe contemplar todas las obligaciones requeridas para evitar los impactos negativos al medio ambiente; por lo que una vez aprobado debe ser cumplido en su totalidad, en los términos expuestos en él.

En tal sentido, el Tribunal de Fiscalización Ambiental ha establecido que el Principio de Prevención puede estar contemplado en el artículo 5 del Decreto Supremo N° 016-93-EM (actualmente artículo 16 del Decreto Supremo 040-2014-EM) o encontrarse dentro de los alcances del artículo 6 del mismo (artículo 18 del Decreto Supremo 040-2014-EM), por lo que, su aplicación tiene un espectro bastante amplio; pues el titular minero debe realizar acciones respecto de emisiones, vertimientos y disposición de desechos, entre otros, que puedan afectar negativamente el ambiente. Veamos cada uno de ellos:

a) Los **Vertimientos** han sido definidos como sinónimo de efluente, por lo que, constituye “toda descarga deliberada de aguas residuales a un cuerpo natural de agua. Se excluyen las provenientes de naves y artefactos navales, así como la descarga de aguas residuales al alcantarillado” (Minam, 2012, pp.380), al tramitar los procesos administrativos, la misma conducta ha sido tipificada en algunos casos como la vulneración al artículo 5 y en otros como la vulneración al artículo 6°.

Tabla 3: Vertimientos

Conducta tipificada como vulneración al artículo 5	Conducta tipificada como vulneración al artículo 6

<p>Se imputó a ICP Pachapaqui, no adoptar las medidas para evitar o impedir el <u>vertimiento de remanentes de relaves sobre suelo sin protección cerca del río Pativilca</u>, lo que generó el incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 5º del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica</p>	<p>Se imputó a Catalina Huanca Sociedad Minera S.A.C., incumplir el estudio de impacto ambiental depósito de relaves por no recircular las aguas provenientes de los sistemas de drenaje subterráneo hacia la Poza de almacenamiento para hacer bombeadas a la planta San Jerónimo, <u>toda vez que estas son vertidas directamente al río Mishcka</u>, lo que generó el incumplimiento del artículo 6º del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica.</p> <p>El titular minero cumplió con el diseño planteado en el estudio de impacto ambiental en cuanto al drenaje de infiltración y sistema de drenaje de aguas de decantación.</p>
<p>La primera instancia indicó que:</p> <p>-existían medidas como el sistema de bombeo y de subdrenaje del depósito de relaves, constatadas al realizar la Supervisión</p> <p>Sin embargo, se imputa no adoptar medidas de previsión y control adicionales a las existentes, que eviten o impidan el vertimiento de remanentes de relaves.</p>	<p>Sin embargo, reemplazó el sistema de decantación, toda vez que el área del vaso y las caras aguas arriba de la presa fueron impermeabilizadas al encontrarse aguas subterráneas naturales durante la construcción del depósito, encauzándolas hacia la poza, para luego ser descargarlas al río Mischka, por no comprende un vertimiento contaminado, lo que fue constado por DIGESA (adoptó medidas adicionales al encontrar aguas subterráneas)</p> <p>El Tribunal resuelve en la RESOLUCIÓN N° 226-2012-OEFA/TFA indicando que:</p> <p>La obligación ambiental asumida consistió en recircular las aguas provenientes de los sistemas de drenaje hacia una poza de almacenamiento para su bombeo posterior hacia la planta.</p>
<p>El Tribunal resuelve en la RESOLUCIÓN N° 051-2018-OEFA/TFA-SMEPIM indicando que:</p>	<p>Si bien el minero indico que efectuaría una impermeabilización para controlar las infiltraciones hacia el río; sin embargo, se mantendría el sistema de intercepción el cual servirá como medida de captación para derivarlo hacia la planta.</p>

<p>El pronunciamiento de la primera instancia está referido al hecho de adoptar todas las medidas que resulten necesarias a efectos de cumplir con la finalidad de evitar impactar negativamente en el ambiente; situación que en el presente caso no se evidenció.</p> <p>Confirma la determinación de responsabilidad administrativa</p> <p>(TFA; RESOLUCIÓN N° 051-2018-OEFA/TFA-SMEPIM, 2018)</p>	<p>Medida de contingencia con la que no puede determinarse, si las aguas correspondían a este sistema de captación</p> <p>En consecuencia, si bien resulta factible que sean aguas naturales el compromiso de la empresa era almacenar para recircular.</p>
<p>En el presente caso, se adoptaron medidas preventivas; sin embargo, se sanciona por no haber adoptado TODAS las medidas necesarias para evitar el impacto al medio ambiente.</p>	
<p>SANCION</p>	<p>SANCION</p>

Fuente OEFA
Elaboración propia

Conforme a lo expuesto en la Resolución N° 051-2018-OEFA/TFA-SMEPIM si el titular minero no adopta todas las medidas pertinentes para evitar un daño al medio ambiente, es pasible de ser sancionado. Sin embargo, se advierte que en esta resolución no se indica cuáles son esas medidas que el administrado pudo haber realizado, en adición a las establecidas en el estudio de impacto ambiental. Por el contrario, si se adoptan otras medidas que difieren con las dispuestas en el estudio de impacto ambiental, como se establece en la Resolución N° 226-2012-OEFA/TFA, también es pasible de ser sancionado.

b) Con relación a las **emisiones**, están han sido definidas como las descarga directa de fluidos gaseosos a la atmósfera, cuya concentración de sustancias en suspensión es medida a través de los Límites Máximos Permisibles (Dirección General de Políticas, 2012), el Tribunal ha emitido las siguientes resoluciones:

Tabla 4: Emisiones

Conducta tipificada como vulneración al artículo 5	Conducta tipificada como vulneración al artículo 6
<p>En la resolución N° 021-2016-OEFA-TFA, el órgano resolutor, señala que, el administrado</p>	<p>En la Resolución N° 044-2016-OEFA/TFA-SEM, el Tribunal determinó la responsabilidad</p>

<p>tenía como obligación establecida en el estudio de impacto ambiental, implementar el riego por aspersión como sistema de manejo para el control de polvos de relave; obligación que, según indica, debía ser cumplida, adicionalmente a la obligación de adoptar las medidas necesarias para el control del polvo de sus depósitos de relaves, lo contrario, constituía un incumplimiento de la norma sustantiva contenida en el artículo 5° del Decreto Supremo N°016-93-EM, (TFA, 021-2016-OEFA-TFA, 2016).</p>	<p>administrativa del titular minero, por haber realizado un deficiente control de polvos en las operaciones mineras del tajo, debido a la poca frecuencia de riego de las vías de acceso donde transitan los vehículos que transportan material. Dicha conducta infractora generó el incumplimiento del artículo 6° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica, aprobado por el Decreto Supremo N° 016-93-EM; pese a que Miski Mayo a efectos de realizar un mejor control del polvo, incrementó -posteriormente a la supervisión- la frecuencia del riego de las vías de acceso, de cinco (5) a siete (7) veces por día, utilizando para ello dos cisternas de agua adicionales.</p>
SANCION	SANCION

Fuente OEFA
Elaboración propia

En este supuesto, se puede constatar que la medida preventiva para controlar el polvo generado como consecuencia de la actividad extractiva, puede ser determinado en el estudio de impacto ambiental, por su naturaleza previsible, por el contrario, el Tribunal de Fiscalización Ambiental exige el cumplimiento de medidas adicionales al Estudio de Impacto Ambiental.

Al emitir pronunciamiento en primera instancia, respecto del control o manejo de partículas de polvo, no se evidencia la aplicación de un criterio uniforme, toda vez que se resuelve archivar el trámite del procedimiento administrativo sancionador si, en el instrumento de gestión no contempla la cantidad de veces que se debe efectuar el riego; por el contrario, si no se adoptan medidas preventivas no contempladas en el Estudio de Impacto Ambiental el titular minero es sancionado.

Tabla 5: Contradicciones en las resoluciones sobre emisiones

Artículo 5	Artículo 6	Artículo 6
<p>En el expediente 094-2011-OEFA/DFSAI se constató que el Acta de Cierre de la Supervisión de Minera Yanacocha se indica que "cuenta con un sistema de control de polvos finos como es el caso de aspersores" y como una medida de mejora continua recomienda la mejora del sistema".</p>	<p>En el expediente N° 1176-2017-OEFA/DFSAS/PAS, el titular minero no realizó el riego continuo de la carretera del depósito de desmonte Rumiallana, conforme a lo establecido en su instrumento de gestión ambiental, generando así la emisión de material particulado como consecuencia del paso de los camiones que transportan mineral</p>	<p>En el expediente 1642-2016-OEFA/DFSAS/PAS se imputa al titular minero no habría realizado el regado periódico de las vías de acceso del proyecto de exploración minera Ataspaca, incumpliendo su instrumento de gestión ambiental, vulnerando el artículo 6 del Decreto Supremo 016-93-EM.</p>
<p>Sin embargo, el DSAI indico</p>	<p>Con la finalidad de mejorar el</p>	<p>El administrado indica el</p>

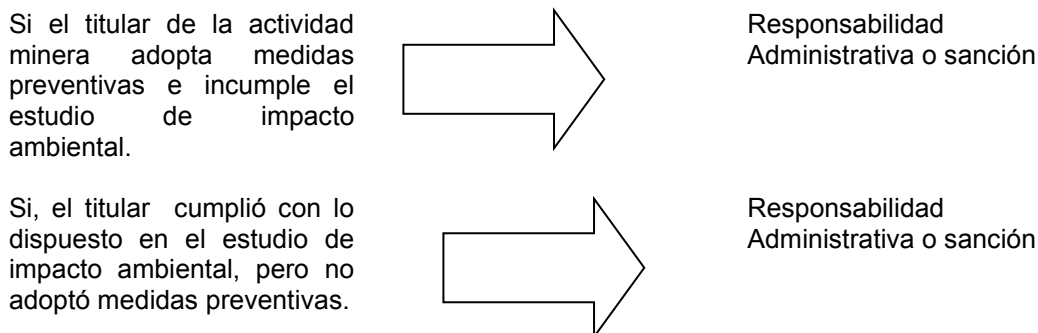
<p>que:</p> <p>El cumplimiento de los estándares ambientales por parte de la empresa minera con el fin de evitar riesgos al ambiente, no resulta suficiente para liberarse de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables, concluye indicando que la emisión de polvo pudo haberse evitado si el administrado hubiera adoptado las medidas de prevención necesarias para evitar que los polvos salgan a la atmosfera y generen el riesgo de dañar la salud de las personas de las cercanías.</p> <p>Encontrando responsable a Yanacocha no impidió ni evitó el escape de polvos finos hacia la atmósfera, conducta tipificada como infracción</p>	<p>riego de las vías de la carretera de uso privado del depósito de desmonte Rumiallana, se cuenta con dos cisternas permanentes para atender las necesidades de riego. Para ello, se presenta los registros de riego realizados a dicha carretera.</p> <p>La primera instancia resolvió que en el Estudio de Impacto Ambiental, se señala que se realizará el regado continuo de los accesos mediante el uso de camiones cisternas se ha efectuado una captura del video N° 7, obteniendo una imagen en la que se distingue con claridad las vías y se puede apreciar el tránsito de uno de los camiones que genera la emisión de material particulado, lo que no ha sido desvirtuado por el administrado</p>	<p>compromiso ambiental, materia del presente hecho imputado, no contempla como finalidad eliminar toda posibilidad de que se genere dispersión de material particulado, sino disminuir la generación de polvos, mediante el riego periódico del área. Asimismo, indicó que, durante el periodo de julio a octubre del 2015, realizó el riego del área y de las vías de acceso, llevándose a cabo dos veces por semana.</p> <p>El órgano de primera instancia refiere que en el instrumento de gestión no se contempló el horario y la frecuencia del riego de las vías de acceso; por lo que no se puede determinar en qué momento el administrado debía realizar el riego de las vías de acceso del proyecto Ataspaca, máxime si no se ha previsto en la DIA Ataspaca el riego previo al tránsito de cada vehículo o camión.</p>
SANCION	SANCION	ARCHIVO

Fuente OEFA
Elaboración propia

Podemos concluir entonces que: (i) Si, el titular cumplió con lo dispuesto en el estudio de impacto ambiental, pero no adoptó medidas preventivas adicionales, no contempladas en el instrumento de gestión, es sancionado; por el contrario, (ii) Si el titular de la actividad minera adopta medidas preventivas diferentes a las establecidas en el instrumento de gestión y, por ello, incumple el estudio de impacto ambiental, será pasible de una sanción.

Ello, se grafica de la siguiente manera:

Figura 1: dualidad de criterios



Frente a ello, podemos advertir que si se requiere que el titular minero adopte mecanismos de prevención que, previamente no han sido establecidos en una norma o instrumento de gestión, pero que, podrían afectar negativamente el ambiente, los cuales son determinados de acuerdo al caso concreto, estas “acciones preventivas”, se convierten en un “cajón de sastre” en el que se incluyen todo tipo de medidas que, a criterio de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos y, en última instancia el Tribunal de Fiscalización Ambiental deban ser incluidas como tales en el procedimiento administrativo sancionador, es decir la tipificación de la conducta se realiza a posteriori.

Por ello, la pregunta que surge es ¿cuáles son las medidas preventivas que debe adoptar el titular minero con la finalidad de no afectar negativamente el ambiente, las contempladas en el estudio de impacto ambiental o las adoptadas con independencia del instrumento de gestión? y, en atención a esto último, ¿esto no supone una vulneración al artículo 6 del Reglamento?

Dicha discrepancia ha generado que los criterios asumidos al resolver difieran generando con ello falta de predictibilidad en los procesos sancionadores, inseguridad jurídica, lo cual, lejos de fomentar el crecimiento económico, determina una retracción de la inversión.

Este criterio ha sido aplicado por infracciones vinculadas a la contaminación de los elementos abióticos (aire, agua y suelo) en la medida que son el sustrato que permite el desarrollo de los elementos bióticos (microorganismos, flora y fauna), tal como se puede apreciar a continuación:

Tabla 6: elemento abiótico Aire

Resolución N°	Conducta Infractora
Resolución N° 052-2015-OEFA/TFA	En el área de almacenamiento de concentrado en Patio Puerto, no se adoptó las medidas necesarias para evitar o impedir la dispersión de concentrado por acción del viento.
Resolución N° 052-2015-OEFA/TFA	No adoptar las medidas necesarias para evitar o impedir la generación de polvo por el tránsito de los camiones Kamag.
Resolución N° 052-2015-OEFA/TFA	En el área de almacenamiento de camas de concentrados y de mezclado de fundentes, no se adoptó las medidas necesarias para evitar o impedir la dispersión de concentrado por acción del viento.

Fuente: página Web del OEFA
Elaboración propia.

Tabla 7: elemento abiótico Agua

Resolución N°	Conducta Infractora
Resolución N° 021-2014-OEFA-TFA-SEP1	No adoptar las medidas necesarias para evitar la filtración de agua al pie del dique de las lagunas de estabilización que tratan las aguas residuales domésticas de los sectores (...) de la unidad minera.
Resolución N° 076-2014-OEFA/TFA	No adoptar las medidas necesarias para impedir ni evitar el derrame de aguas ácidas a la Quebrada Encajón , ocasionado por la ruptura de una tubería proveniente de la Poza Chugurana que tenía como destino la PTAA La Quinua.
Resolución N° 069-2015-OEFA/TFA-SEM	No adoptar las medidas necesarias para impedir o evitar la acumulación de aguas residuales en el suelo , al borde de la zona de ingreso al área de lavado de vehículos del taller de mantenimiento.

Fuente: página Web del OEFA
Elaboración propia.

Tabla 8: elemento abiótico Suelo

Resolución N°	Conducta Infractora
Resolución 019-2011-OEFA-TFA	No adoptar las medidas necesarias para impedir o evitar la acumulación de tierra y relave en la cuneta inferior del depósito de relave grueso, lo que impide el drenaje de aguas de escorrentía.
Resolución N° 005-2011-OEFA-TFA	No adoptar las medidas necesarias para evitar que en el área junto a la tolva de alimentación del relleno hidráulico, se acumule los relaves dispuestos directamente en el suelo .
Resolución N° 010-2014-OEFA-TFA-SEP1	No adoptar las medidas necesarias para evitar la descarga sobre el suelo natural de las filtraciones de la presa de relaves , antes de ingresar a las pozas de captación y bombeo de dichas filtraciones.
Resolución N° 015-2014-OEFA/TFA-SE1	No adoptar las medidas necesarias para evitar la disposición sobre el suelo natural de los lodos procedentes del proceso de limpieza de los canales que reciben las filtraciones de la presa de relaves.
Resolución N° 050-2014-OEFA/TFA	No adoptar las medidas necesarias de previsión y control en cuanto al manejo de sus relaves , lo cual ha generado que se impacten plantones de quenuales y el suelo produciendo daño ambiental.
Resolución N° 047-2015-OEFA/TFA-SEM	No adoptar medidas necesarias de prevención para evitar e impedir el derrame de la lechada de cal sobre el suelo circundante al área de preparación de dicha sustancia química.

Fuente: página Web del OEFA
Elaboración propia.

El OEFA con la finalidad de establecer cuáles son las medidas preventivas apropiadas o necesarias, a las que hace referencia el Precedente Administrativo realiza una evaluación del caso concreto, para ello, se utilizan controles institucionales

preventivos, mediante los cuales la realización de la actividad se condiciona a la comprobación previa de su adecuación en el ordenamiento jurídico y a la valoración del incidente en el interés público ambiental (Lozano, 2010). Estos controles previos se concretan en instrumentos de gestión, como los estudios de impacto ambiental o programas de adecuación medio ambiental, siendo la evaluación de impacto ambiental el instrumento primordial para establecer las medidas preventivas a adoptar.

Sin embargo, la interpretación realizada al resolver los casos propuestos resulta disímil, ello en razón, al análisis independiente de las normas establecidas y que regulan el principio de prevención, por tal motivo, al analizar la conducta como una infracción al artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, concluye que, adicionalmente, a las medidas de prevención previstas en el Estudio de Impacto Ambiental, deben adoptarse otras medidas no contempladas, las cuales no han sido establecidas con antelación al procedimiento administrativo sancionador, lo que se demuestra de la lectura de las resoluciones N° 051-2018-OEFA/TFA-SMEPIM y N° 021-2016-OEFA-TFA.

Por el contrario, si la conducta es tipificada como una infracción al artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-em, se exige el cumplimiento estricto de lo dispuesto en el Estudio de Impacto Ambiental, por lo que, las medidas no contempladas en él se consideran vulneratorias, tal como se advierte de la lectura de las Resoluciones N° 226-2012-OEFA/TFA y N° 044-2016-OEFA/TFA-SEM.

De otro lado, al resolver los siguientes expedientes 094-2011-OEFA/DFSAI, N° 1176-2017-OEFA/DFSA/PAS y 1642-2016-OEFA/DFSAI/PAS, se puede advertir que al determinar la afectación al medio ambiente por la falta de control de material particulado, por un lado, se exige la adopción de medidas de prevención pese a cumplir con los estándares ambientales y contar con un sistema de aspersores, lo que determino la imposición de la sanción; sin embargo, llama la atención que, frente a la imputación por la falta de riego conforme a lo establecido en su instrumento de gestión ambiental, se sancione o se absuelva, de manera aleatoria.

CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN

El Estado al hacer políticas públicas toma decisiones para definir estrategias para solucionar los problemas de naturaleza pública. El análisis de estas políticas y, esencialmente, del principio de prevención, será circunscrita desde un instrumento metodológico que visualiza los derechos que ostentan los titulares mineros para que éstos puedan hacer vigentes sus derechos en la administración pública, sin dejar de lado, el derecho de los ciudadanos a gozar de un medio ambiente sano.

Para conciliar el derecho al medio ambiente sano y el derecho a desarrollar actividades económicas, el Estado debe establecer políticas ambientales que permitan la protección del medio ambiente y el desarrollo de las actividades extractivas, en el entendido que éstas son necesarias para el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

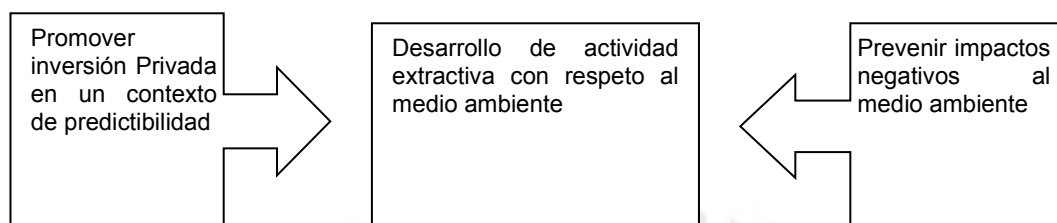
En el marco de esta función, el Poder Ejecutivo implementó como política pública: el fortalecimiento de una política económica estable y previsible a fin de alentar el crecimiento económico sostenido mediante la inversión privada y pública en actividades generadoras de empleo, con un marco institucional y jurídico que garantice la seguridad de las inversiones (Decreto Supremo N° 054-2011-PCM, 2011).

Para la adopción de estos objetivos fue necesario analizar la situación minera del país, constatándose, por parte del Ministerio de Economía y Finanzas (2016), que durante los años 2011 al 2016, el Perú afrontó un escenario adverso en el ámbito minero; las cuales, se encontraban asociados a la paralización y/o retraso en la ejecución de proyectos de inversión tanto en minería como en otros sectores, por lo que, resultaba necesario, revertir dicha situación, a fin de generar un mayor ingreso per cápita, lo que se traduce en una mayor recaudación estatal, mejoras salariales y una mejor calidad de vida (Decreto Supremo N° 345-2018-EF, 2018).

Esta decisión debe tomar en consideración que la actividad económica no debe alterar el entorno en el cual se desarrolla, por ello, con la finalidad de evitar la contaminación del aire, el deterioro del agua y la calidad del suelo, el Estado asumió como política ambiental la conservación del ambiente, de modo tal que se permita a las personas ejercer su derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida (Decreto Legislativo N° 1013, 2008).

Como consecuencia de ello, tenemos dos políticas que en cierto modo resultan contradictorias; sin embargo, que requieren de un punto de confluencia que permita una mejor calidad de vida ambiental económica. Como llegar a conciliar ambas políticas

Figura 2: Políticas públicas



Elaboración propia

Para ello, debemos tomar en consideración que la implementación de ambas políticas requiere dotar de un conocimiento claro respecto de las conductas permitidas y prohibidas durante el desarrollo de la actividad extractiva y, asimismo, de predictibilidad en el pronunciamiento de los órganos sancionadores, de tal forma que, los empresarios mineros incluyan en su gestión los costos del cuidado y protección del medio ambiente, así como, asuman la responsabilidad ante el incumplimiento de las conductas infractoras.

Actualmente, tal como ha quedado establecido precedentemente la interpretación realizada por el Tribunal de Fiscalización Ambiental, nos lleva a dos conclusiones contradictorias, por el análisis individual de las dos normas que examinan el principio de prevención. Ello, ha determinado que el cumplimiento del estudio de impacto ambiental sin la adopción de medidas de prevención adicionales sea pasible de responsabilidad administrativa; sin embargo, el incumplimiento del instrumento de gestión por la adopción de las medidas de prevención, conlleva también a la determinación de responsabilidad administrativa, lo que lejos de constituir el cumplimiento de una política pública, impide el conocimiento de las conductas permitidas y prohibidas en el desarrollo de la actividad minera.

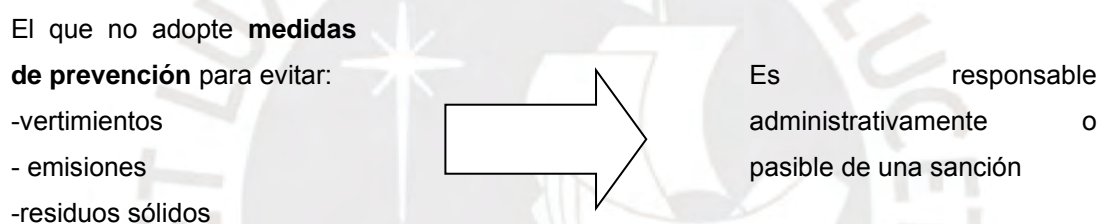
La adopción de dichos criterios evidencian la falta de predictibilidad de las resoluciones emitidas, predictibilidad que requiere el ordenamiento jurídico para que

los administrados puedan orientar su comportamiento al cumplimiento de las obligaciones ambientales, así lo establece Kelsen quien al definir la seguridad jurídica expresa que "las decisiones de los Tribunales son previsibles hasta cierto grado y, por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al Derecho pueden orientarse en su comportamiento" (Vernengo, R (Trad), 1991, pág. 260).

En ambos supuestos, el Tribunal de Fiscalización Ambiental exige la adopción de todas aquellas medidas de prevención que pudieran implementarse con la finalidad de evitar un impacto negativo al medio ambiente, estén contempladas o no en el estudio de impacto ambiental, hayan sido incorporadas o no en las normas ambientales y, aquellas que al momento de la supervisión pueda haber advertido.

La norma establece que:

Figura 3: Estructura normativa



¿Cuáles son las medidas de prevención?

El Tribunal de Fiscalización Ambiental establece dos consideraciones para precisar las medidas de prevención, **el primero**, la existencia de conceptos jurídicos indeterminados y; **segundo**, la capacidad técnica, administrativa, financiera con la que deben contar los mineros para identificar las obligaciones a las cuales está obligado con la finalidad de prever las conductas exigibles.

Así lo ha determinado, el Tribunal de Fiscalización Ambiental, cuando en sus resoluciones establece que, se debe tomar en consideración que:

"a) El Tribunal Constitucional ha señalado, través de la sentencia recaída en el expediente N° 0010-2002-AI/TC, que en la determinación de las conductas infractoras está permitido el empleo de los llamados "conceptos jurídicos indeterminados", siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos de experiencia.

b) Por su parte, las empresas del sector minería cuentan con capacidad técnica, administrativa financiera para identificar las obligaciones las cuales

están sujetas; motivo por el cual, resulta razonable considerar que puedan prever, bajo los criterios expuestos en el párrafo precedente, qué conductas constituyen infracción en el referido sector".

Respecto a la primera consideración debemos, previamente, establecer qué son los conceptos jurídicos indeterminados:

La norma jurídica está compuesta de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica aplicable a la misma. En algunos de estos casos, los supuestos de hecho son establecidos de manera general, incompleta o abstracta, como consecuencia de la imposibilidad de determinar todas las posibles formas de solución a problemas, dados los cambios constantes en el ordenamiento jurídico en cuestión. De tal manera que, es el destinatario del precepto quien asume la tarea de precisarlo o dar contenido a estos supuestos de hecho, siendo; por tanto, responsabilidad del intérprete de la norma, y no del legislador, asumir la obligación de darle contenido a la misma (Ara Pinilla, 2004, pág. 122).

García de Enterría señala que los conceptos indeterminados son aquellos cuyo alcance no permite la aplicación precisa, determinada e inequívoca de un supuesto dado (1996, pág. 71), en estos conceptos las leyes definen supuestos de hecho en términos indeterminados los que deberán ser concretados en el momento de su aplicación (1996, pág. 83). Conceptos cuya interpretación no presupone la actuación discrecional de la Administración, sino que, ésta debe estar circunscrita a la consecuencia jurídica aplicable, al supuesto de hecho previamente establecido, por dicho motivo, indica que "el presupuesto de hecho de la norma, al estar configurado como la condición del ejercicio de la potestad administrativa, no puede depender de la voluntad del sujeto que ejerce la potestad" (Ruiz, 2019, pág. 155)

Reforzando lo expuesto Cassagne expresa que la discrecionalidad supone un ámbito de libertad, para que, la administración elija la solución aplicable al caso propuesto, sin embargo, dicha aplicación debe ser realizada en estricto respecto a la Ley. Por ello, si bien pueden existir conceptos indeterminados la solución a estos sólo admite una solución justa, lo que significa establecer la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada (2009, pág. 86).

Siguiendo a Cassagne para dar contenido a un concepto jurídico indeterminado requerimos establecer la estructura del mismo, evaluando, lo siguiente: a) un núcleo fijo o zona de certeza positiva, integrado por elementos precisos; b) un "halo conceptual" o zona de incertidumbre, de menor precisión, es decir, donde reina cierta ambigüedad; y, por último, e) una zona de certeza negativa, que comprende situaciones claramente excluidas del supuesto contemplado en la norma. (2009, pág. 88).

A nivel nacional, Tirado indica que una flexibilidad de la exigencia de tipicidad es requerida pues no es posible establecer todas las conductas que pueden ser pasibles de sanción por los constantes cambios que se presentan en el ámbito ambiental, requiriéndose, para determinar la tipificación, establecer tipos infractores abstractos (2014, págs. 509-510). En este supuesto se concede un margen de discrecionalidad a la administración para que pueda establecer las conductas pasibles de sanción, discrecionalidad que no puede ser ejercida de manera ilimitada, pues ello, implicaría impedir o dificultar la realización de los fines económicos y sociales del país

Los límites de la facultad discrecional de la administración están determinados por la predictibilidad de las decisiones y la igualdad de criterios impuestos para casos similares, puesto que la estabilidad es el motor de las inversiones que requiere un país para el desarrollo económico.

El Tribunal Constitucional del Perú define los conceptos jurídicos indeterminados como aquellos en los que se "concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada" (Tribunal Constitucional, Expediente N° 0010-2002-AI/TC, 2003), los cuales lejos de establecer un contenido amplio y arbitrario, su regulación supone "que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia, y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada" (Tribunal Constitucional, Expediente N° 0010-2002-AI/TC, 2003).

Sin embargo, es ese mismo Tribunal quien expresa detalladamente cuál es la interpretación de estos conceptos jurídicos determinados en relación con la discrecionalidad de los órganos administrativos. Así señala que, en atención al

principio de tipicidad "este principio permite que las conductas sancionables estén debidamente delimitadas de modo que quedan proscritas las cláusulas generales o indeterminadas, esto es, aquellas cuyo contenido no es expreso y conocible, sino que tiene que ser "llenado" o concretizado a través de argumentos utilizados para tal efecto, pero por ello mismo, a veces posteriores al acto que se pretende sancionar." (Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N.º 01873-2009-PA/TC, 2010).

En tal sentido, enfatiza que el contenido de cada uno de estos conceptos debe estar previamente determinado para efectos sancionatorios, pues lo contrario, determinaría que sean los administrados quienes tengan que prever el contenido que la administración podría conferirle, "sobre todo cuando este contenido, de no estar precisado normativamente, será objeto de desarrollo o complementación por parte de la autoridad administrativa, en cada caso en que ello sea necesario, además que, como es obvio, el resultado no necesariamente será igual en todos los casos" (Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N.º 01873-2009-PA/TC, 2010).

Así, podemos concluir que, tal como lo ha establecido el Tribunal de Fiscalización Ambiental, las medidas de prevención se constituyen como conceptos jurídicos indeterminados. Conceptos que, según la doctrina, definen preceptos normativos abstractos, cuyo contenido debe ser establecido, vía interpretativa, concediéndosele a la Administración cierto margen de discrecionalidad para realizar dicha labor, la cual debe estar limitada por la Ley y, cuyo contenido debe ser determinado previamente por la Administración para evitar la desigualdad de pronunciamientos en cada uno de los casos que se presentan y, como consecuencia de ello, la vulneración a la seguridad jurídica y a la libertad de empresa.

Sin embargo, dichos conceptos no han sido determinados por el Tribunal de Fiscalización Ambiental, limitando su actuación al advertir su existencia, sin darle contenido previo al inicio del procedimiento administrativo sancionador que permita al titular minero anticipar los riesgos que su conducta pueda generar.

En nuestra opinión, la determinación e interpretación de las medidas preventivas como supuesto de hecho de la norma, pasa por evaluar la estructura interna de la norma, en los términos expuestos por Cassagne. Conforme a ello, si bien "las medidas de prevención" constituyen un concepto jurídico indeterminado, la solución justa a este caso, es establecer en cada caso la medida acorde a la naturaleza del principio de prevención, es decir medidas previsibles, cognoscibles y que pretendan evitar un

riesgo comprobado. Recordemos que, el principio de prevención tiene como característica principal el evitar riesgos previsibles.

Conforme a esta característica, la función del principio de prevención fue establecida como la anticipación de efectos adversos predecibles al medio, antes que éstos produzcan un daño y, en caso, se lleguen a producir, que la afectación sea mínima, es decir que, se encuentre dentro del margen de aceptación de la sociedad, con la finalidad de alcanzar el bienestar general.

Como quedó establecido, al analizar el principio de prevención, éste se exterioriza cuando existe una alta probabilidad de materializarse el daño y, cuando la magnitud de éste es conocible (Duvlic, 2018, p. 182). Por tanto, nos encontramos frente a un supuesto de prevención cuando el riesgo es previsible y la magnitud es conocible.

Características que no se advierten en las medidas de prevención requeridas por el Tribunal, toda vez que al resolver exige el cumplimiento de “otras medidas de prevención y control a fin de evitar se causen o que se (sic) puedan causar efectos adversos al ambiente” (TFA, Resolución N° 021-2014-OEFA/TFA-SEP1, 2014), lo que evidencia que el análisis de la solución justa para resolver un caso en el que se presente un concepto jurídico determinado no ha sido realizado por el Tribunal de Fiscalización Ambiental, limitándose a indicar que:

“Es así que el principio de tipicidad se cumple cuando las obligaciones son posibles de determinar por parte del administrado bajo criterios lógicos, técnicos o de experiencia. Siendo así, las empresas del sector minero cuentan con dichas capacidades lógica, técnica y de experiencia, además de administrativa y financiera, para identificar las obligaciones a las que están sujetas por la normativa vigente”.

Lo que nos lleva a la segunda consideración, según la cual, el titular minero debe adoptar todas las medidas de prevención que por su capacidad técnica, administrativa y financiera pueda identificar y prever. Conforme a ello, se exige que sea el propio administrado quien establezca la conducta o medida apropiada a cumplir, sobre la base de sus conocimientos, con la finalidad de evitar el impacto negativo, desconociendo con ello, que es el Estado, quien, atendiendo a su función regulatoria y normativa, el que debe establecer las conductas prohibidas y, cuyo incumplimiento es susceptible de sanción.

Es el Estado quien debe establecer las reglas del juego económico, de tal forma que, instituya las normas de comportamiento de los agentes económicos y disponga el marco legal e institucional para el desenvolvimiento de la actividad económica, con la finalidad de alcanzar el bienestar general.

La regulación es la determinación de reglas generales impuestas por la Administración Pública, mediante las cuales se busca la actuación eficiente de las empresas en el mercado, ello significa, la imposición de limitaciones a la actuación discrecional de las empresas. El objetivo de la regulación, por tanto, es maximizar el bienestar de la sociedad, bienestar que se evidencia, en términos de Pareto, cuando ninguna persona puede mejorar sin perjudicar a alguna otra (Torres López, 1987, pág. 32).

El motivo de la regulación será el eliminar las fallas del mercado, una forma de ellas, son las externalidades, las cuales como se mencionó en el capítulo anterior, son el efecto directo de la acción minera realizada y decidida por el titular minero sobre el bienestar de otro, en virtud a la contaminación que se produce como consecuencia de la realización de la actividad. Por tal motivo, se requiere de la actuación del Estado para establecer las acciones de obligatorio cumplimiento que el titular minero debe adoptar para evitar el riesgo que puede generar con su actividad, para que ello no impida alcanzar este bienestar social.

La contaminación ambiental es una expresión de estas fallas de mercado (externalidades) lo cual conduce a que las empresas maximicen sus beneficios considerando únicamente sus costos privados de producción y omitiendo aquellos sociales y ambientales (Biol, 2006); es decir, maximicen sus ganancias, de tal forma que incrementen el excedente de productor, generándose la obligación por parte del Estado de intervenir con la finalidad de alcanzar el bienestar social, en cual, en términos económicos, se consolida como la suma del excedente del consumidor y el excedente del productor (Barrantes, 2018).

La obligación del Estado de intervenir en la actividad minera se evidencia con lo dispuesto en la Ley 29325 modificada por Ley 30011, la misma que faculta al OEFA el ejercicio de la función normativa, la cual se circunscribe a decretar las normas que regulen el ejercicio de la fiscalización ambiental (Ley 30011, 2013, art.11).

Lo expuesto en la norma determina que sea el Estado el que pueda establecer las conductas que resultan pasibles de sanción ante la posible afectación negativa al

medio ambiente, evitando sancionar, como lo ha hecho en los casos propuestos, por haber adoptado medidas de prevención diferentes a las que, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, considera pertinentes al realizar la supervisión o fiscalización.

Si bien, en su actuación, el Tribunal de Fiscalización Ambiental, como órgano resolutor traslada la obligación del conocimiento de las conductas adecuadas a realizar para evitar el daño al medio ambiente al titular minero, sustentando su afirmación en la capacidad técnica y administrativa que éste ostenta, argumento que se relaciona con la asimetría de la información, debemos indicar que esta es una falla del mercado, que el Estado asume al plantear la política ambiental gubernamental y del Derecho Ambiental con la finalidad de alcanzar objetivos sociales (como la equidad) y la eficiencia que debe establecerse en los mercados (La Negra, 2008, pág. 17), no resulta menos cierto, que estos criterios y políticas deben ser establecidas con antelación al inicio del procedimiento sancionador, por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, en atención a su facultad normativa y, no por el Tribunal de Fiscalización Ambiental, de tal forma que, el titular minero pueda prever las conductas que se esperan sean realizadas con la finalidad de cuidar el medio ambiente.

Por tanto, resulta contradictorio que si la empresa minera quien pretende como parte del desarrollo de su actividad económica maximizar los beneficios y apropiarse del excedente del productor, sea la misma quien, deba establecer las conductas necesarias para prevenir el impacto negativo al medio ambiente y que, al adoptar las medidas de prevención que, acorde a su capacidad técnica, administrativa y financiera resultaban adecuadas, a su criterio, maximizando su beneficio, sea sancionado porque en el momento de la fiscalización se consideran éstas, impertinentes.

En atención a la necesidad de intervención que le corresponde al Estado, éste a través de las normas sectoriales correspondientes y los actos administrativos aprobados por la autoridad certificadora, deberá, en el ámbito de su función, establecer las obligaciones ambientales que como medidas de prevención deban ser adoptadas para evitar los impactos negativos al medio ambiente, previa a la labor de supervisión o fiscalización.

Recordemos que en los primeros capítulos convenimos que el instrumento que materializa la expresión del principio de prevención es el instrumento de gestión

ambiental, por lo que, las obligaciones ambientales a cumplir en cada caso concreto, serán las que estén determinadas en dicho instrumento.

Ello, nos lleva a concluir que el Tribunal de Fiscalización Ambiental hierra al no establecer la solución justa al concepto jurídico indeterminado y al establecer que el titular minero debe cumplir con “todas las medidas de prevención adicionales”, las cuales no están establecidas en instrumento de gestión ambiental o norma sectorial alguna.

Es más, el propio Tribunal de Fiscalización Ambiental al resolver el caso propuesto en el Precedente Administrativo, propone como ejemplos de medidas de prevención aquellas contempladas en estudios de impacto ambiental, tal como se demuestra a continuación:

En el Precedente Administrativo se indica que las medidas que pueden ser adoptadas son: dejar de construir un canal de coronación en los depósitos de relaves para la conducción de las aguas de escorrentía, no implementar un sistema de control de polvos que evite la presencia de emisiones fugitivas; no impedir la existencia de filtraciones en el dique de las lagunas de estabilización que tratan las aguas residuales domésticas de su unidad minera (TFA, Resolución N° 021-2014-OEFA/TFA-SEP1, 2014).

Respecto a la primer ejemplo propuesto, esto es, dejar de construir un canal de coronación en los depósitos de relaves para la conducción de las aguas de escorrentía, podemos precisar que dicha obligación ha sido contemplada en el Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, al consagrar en el artículo 18° que para el control de las aguas de escorrentía "El/La Titular Minero/a debe implementar un sistema de drenaje de aguas pluviales (canales de coronación o cunetas) para proteger la calidad del agua superficial y los hábitats acuáticos, el mismo que debe ser sometido a mantenimiento, como mínimo, semestralmente" (Decreto Supremo N° 042-2017-EM, 2017).

Adicionalmente a ello, en todos los procedimientos administrativo sancionadores cuya infracción se constituye en no haber cumplido con construir los canales de coronación del depósito de relaves o no haber terminado de construirlos, la conducta es tipificada como "el incumplimiento de un compromiso establecido en sus instrumentos de gestión ambiental aprobados; conductas que infringe lo dispuesto en el Artículo 6° del

Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, lo que se evidencia en las siguientes resoluciones que como muestra se indican: Resolución N° 0042-2017-OEFA/DFSAI, Resolución N° 347-2016-OEFA/DFSAI, Resolución N° 1236-2015-OEFA/DFSAI, Resolución N° 1105-2015-OEFA/DFSAI, Resolución N° 642-2015-OEFA/DFSAI, Resolución N° 774-2014-OEFA/DFSAI, Resolución N° 749-2014-OEFA/DFSAI, Resolución N° 282-2014-OEFA/DFSAI, Resolución N° 2198-2018-OEFA/DFSAI, Resolución N° 0598-2017-OEFA/DFSAI.

Con relación al segundo ejemplo propuesto, no implementar un sistema de control de polvos que evite la presencia de emisiones fugitivas, el Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, también señala, que el control de la generación de material particulado, puede ser realizado de la siguiente forma

"20.1 Durante la temporada seca, se debe realizar el riego de las áreas de trabajo y las vías de acceso utilizadas para la movilización de maquinaria, con el fin de disminuir la generación de material particulado.

20.2 El/La Titular Minero/a debe establecer un límite de velocidad máxima en el área efectiva del proyecto, para evitar la generación de polvo.

20.3 Los vehículos y equipos deben someterse a mantenimiento en forma periódica para evitar la generación de ruido. El mantenimiento se debe realizar en lugares impermeabilizados y controlados" (Decreto Supremo N° 042-2017-EM, 2017, art. 20).

Obligaciones que fueron contempladas en los Estudios de Impacto Ambiental de las resoluciones analizadas en el capítulo anterior.

Recordemos que, las evaluaciones de impacto ambiental proporcionan una herramienta que ayuda a anticipar y minimizar los efectos negativos que la actividad minera pueda causar, instrumento que permite a la empresa minera evitar los daños al medio ambiente.

Tal como lo indicamos en el primer capítulo, al realizar el estudio de la vinculación del estudio de impacto ambiental con el principio de prevención, si el principio de prevención en el ámbito ambiental tiene como finalidad anticipar la generación de efectos adversos previsibles al medio, antes que éstos produzcan un daño y, en caso, se lleguen a producir, que la afectación sea mínima, prevención que se materializa en la Evaluación de Impacto ambiental, entonces, podemos colegir que las medidas de prevención que el titular minero debe adoptar para evitar el impacto negativo al medio

ambiente, deben ser aquellas comprendidas en el instrumento de gestión ambiental, ante esa situación, el titular minero conocerá con anticipación cuáles son las conductas que debe realizar para evitar el impacto negativo y cuyo incumplimiento, determinara la imposición de una sanción.

Como consecuencia de ello, consideramos que la determinación de responsabilidad administrativa cuando el administrado cumplió con lo dispuesto en el estudio de impacto ambiental, pero no adoptó medidas de prevención adicionales, no resulta acorde con el principio de prevención y por el contrario, vulnera el derecho a la libertad de empresa del titular minero, toda vez que lo resuelto por el Tribunal de Fiscalización Ambiental no genera predictibilidad respecto de las conductas esperadas sean realizadas para evitar el posible impacto negativo al medio ambiente.

De igual forma, resulta errado imponer una sanción por la realización, como medida de prevención de conductas no establecidas en el Instrumento de Gestión Ambiental, cuando lo que se pretende es la realización de la actividad empresarial con una atención prioritaria hacia el cumplimiento del deber de prevención, como se establece en el Decreto Supremo 040-2014-EM. Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero.

Conforme a ello, creemos que la interpretación adecuada de la norma, debe ser una interpretación sistémica, la cual, exija adoptar medidas de prevención al titular minero, tal como lo establece el artículo 5 del Decreto Supremo 016-93-EM, medidas que se encuentran contempladas en el estudio de impacto ambiental, cuyo cumplimiento es obligatorio, de conformidad con el artículo 6° de la misma norma y, en su defecto en normas sectoriales que determinen la conducta prohibida.

Lo que en términos de la actual legislación supone de igual forma adoptar todas las conductas que como medida de prevención se hayan contempladas en el artículo 16 y contenidas en los instrumentos detallados en el artículo 18 del Decreto Supremo N° 040-2014-EM.

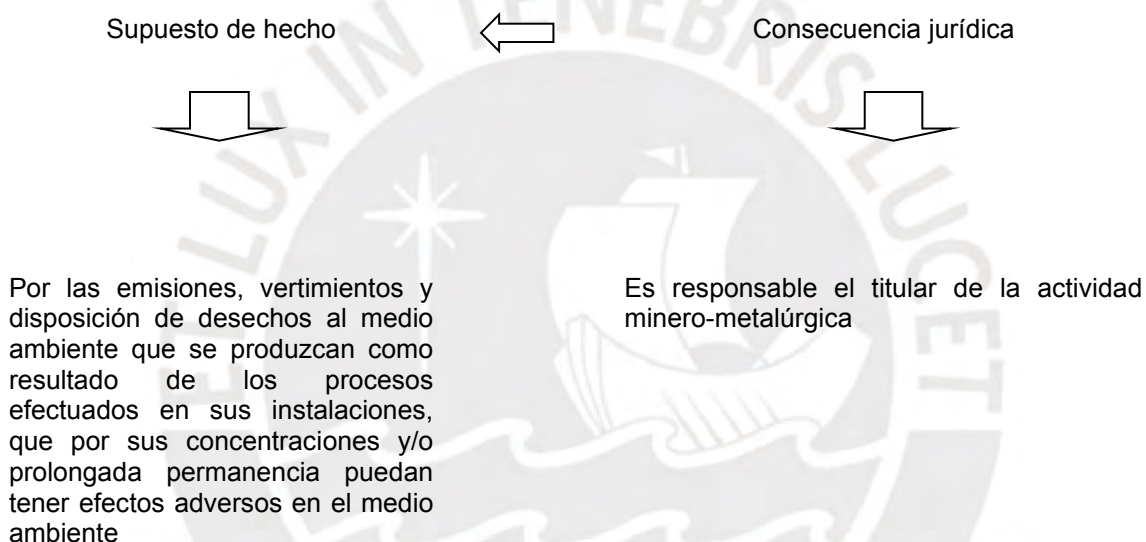
Consideramos que al resolver los supuestos de infracción al principio de prevención, únicamente, debe exigirse el cumplimiento obligatorio del instrumento de gestión ambiental, sin imponer el cumplimiento de medidas de prevención adicionales. La implementación de dicho criterio interpretativo genera seguridad y predictibilidad, así

como asegura el cumplimiento, por parte del titular minero de las obligaciones ambientales.

Lo expuesto lo podemos demostrar de la siguiente forma:

La estructura de una norma está constituida por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, el supuesto de hecho contiene un concepto indeterminado, el cual debe ser interpretado vía subsunción de la realidad en el concepto normativo, conforme a ello, interpretando el artículo 5 del Decreto Supremo 016-93-EM, advertimos que

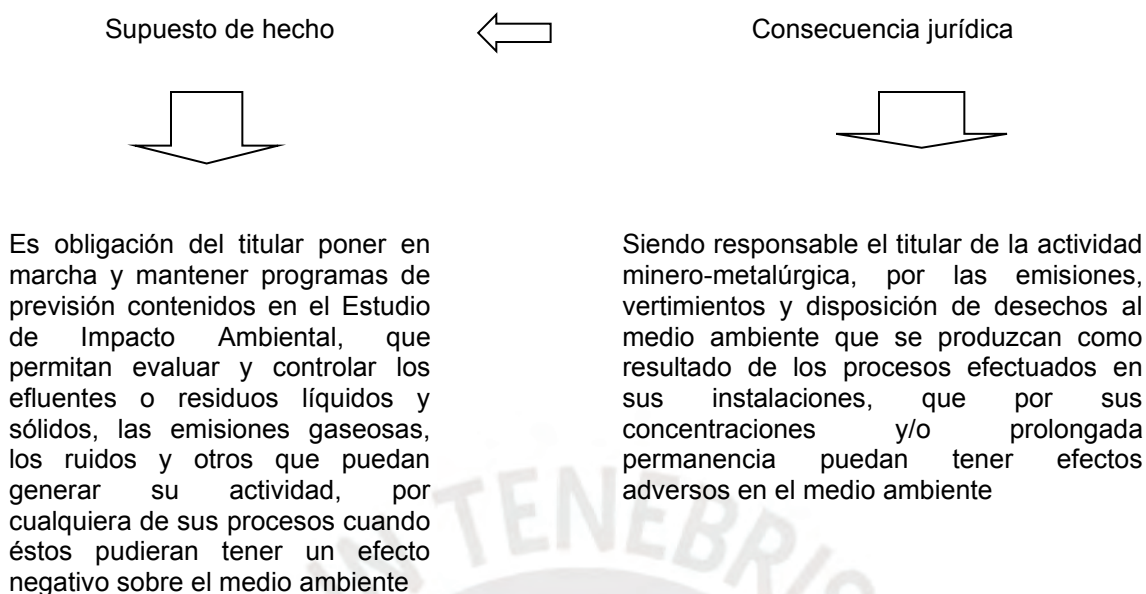
Figura 4: Estructura normativa en la forma interpretada por el TFA



Sobre la base de la interpretación de esta norma, el Tribunal de Fiscalización Ambiental establece la obligación del titular minero de adoptar todo tipo de medidas de prevención estén o no contempladas en el instrumento de gestión ambiental, no obstante, ello del grafico anterior no se evidencia la obligación de adoptar medidas de prevención.

Por el contrario, si interpretamos, de manera sistemática la norma, tomando en consideración lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto Supremo N° 016-93-EM, podemos concluir que:

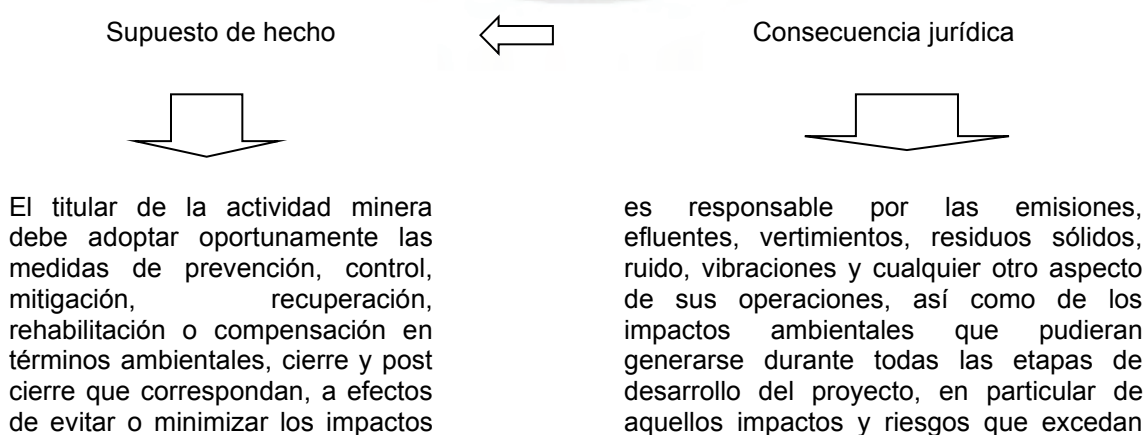
Figura 5: Estructura normativa propuesta



Este razonamiento nos permite concluir que las medidas de prevención para evitar la afectación al medio ambiente son aquellas contempladas en los estudios de impacto ambiental, lo que nos lleva a discrepar de la interpretación realizada por Tribunal de Fiscalización Ambiental, la cual al sustentarse en el análisis aislado de los artículos de la norma, genera incertidumbre respecto de la conducta esperada, por lo que, no puede ser materia de sanción, aquello cuyo contenido no ha sido previamente establecido, por ser desproporcional su aplicación ante el exceso punitivo, precisamente por su indeterminación.

Aplicando la misma estructura a la normativa vigente, tenemos que:

Figura 6: Estructura normativa de la regulación vigente



ambientales negativos de su actividad y potenciar sus impactos positivos

los Límites Máximos Permisibles y afecten los Estándares de Calidad Ambiental, que les sean aplicables o afecten al ambiente y la salud de las personas.

Al establecer esta estructura advertimos que la obligación ambiental que debe cumplir el titular minero es adoptar oportunamente las medidas de prevención, siendo responsable de las emisiones, efluentes, vertimientos, residuos sólidos, ruido, vibraciones y cualquier otro aspecto de sus operaciones, así como de los impactos ambientales que pudieran generarse.

Las medidas de prevención que se exige, al tratarse de un concepto jurídico determinado, corresponde ser llenadas de contenido por el Tribunal, no sólo expresando su existencia, sino haciendo un análisis de la estructura normativa, en los términos de Cassagne, así, podemos concluir que, en el ámbito minero ambiental,

1. Núcleo fijo: el principio de prevención exige que las empresas implementen medidas con la finalidad de evitar los impactos negativos al medio ambiente, contenido en los instrumentos de gestión ambiental aprobados por autoridad certificadora.
2. La zona de incertidumbre o halo conceptual: las medidas de prevención varían dependiendo de la actividad extractiva que se realice y tomando en consideración que la contaminación puede ser de los elementos abióticos (aire, agua y suelo) en la medida que son el sustrato que permite el desarrollo de los elementos bióticos (microorganismos, flora y fauna).
3. La denominada zona de certeza negativa está circunscrita a que: a impedir que exista todo tipo de impacto negativo como emisiones, vertimientos y disposición de desechos al medio ambiente, más allá de su magnitud.

En tal sentido, la respuesta interpretativa a darse para resolver el procedimiento de sanción debe ser una sola, aquella que establezca con precisión y certeza cuál es la conducta preventiva esperada en el caso concreto, la cual, por la naturaleza del principio y materialización del mismo, sólo puede ser definida como aquella contemplada en el estudio de impacto ambiental.

Sin embargo, ¿qué ocurre con aquellas conductas que pueden causar un impacto negativo al medio ambiente y, que se presentan posteriormente a la aprobación del instrumento de gestión ambiental y, por tanto, no han sido incorporadas en él?, conductas que de igual forma requieren ser analizadas con la finalidad de evitar que su presencia genere riesgos al ambiente, mientras estas no sean incorporadas en instrumentos de gestión ambiental y cuya previsión resulta de importancia, pues constituye una política pública de cuidado al medio ambiente.

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental reconoce que como producto de la realización de una fiscalización posterior se puede advertir la presencia de impactos ambientales no previstos en los instrumentos de gestión ambiental. En estos supuestos, la obligación ambiental subsiste; sin embargo, ello no la facultaría a imponer una sanción, alegando la vulneración de las medidas preventivas, toda vez que la conducta no fue tipificada previamente al proceso de fiscalización.

No obstante ello, las resoluciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental proponen la imposición de una sanción, ante el convencimiento que la imposición de una sanción significa la disuasión de la conducta establecida, reconociendo como lo hace Tomás Cano, que la “función esencial de las sanciones administrativas es castigar para así prevenir o evitar la comisión de acciones que se consideran indeseables” (Lozano, Blanca (Ed.), 2010). En el mismo sentido, Torres indica que la sanción salvaguarda la efectividad de la norma que la conducta ha transgredido imponiendo un gravamen dentro de los principios de la potestad sancionadora de la administración (Torres, 2019, pág. 93), criterio con el que discrepamos, en atención a la vulneración al derecho de Libertad de Empresa del titular minero

Frente a estos supuestos a nivel normativo se ha establecido que si, como consecuencia de la fiscalización, se advierte la existencia de riesgos, con la finalidad que éstos disminuyan o controlen, de tal forma que no se afecte negativamente el ambiente, el Estado puede dictar medidas administrativas y, adicionalmente, solicitar se amplíen las evaluaciones de impacto ambiental, de tal forma que se incluyan estos nuevos impactos no contemplados (OEFA, 2016, pág. 130).

Las medidas administrativas que pueden anticipar la realización de efectos adversos al medioambiente se encuentran establecidas en la Resolución de Consejo Directivo N° 005-2017-OEFA/CD, entre las que se encuentran las siguientes: a) mandato de carácter particular, b) medida preventiva, c) requerimiento de actualización de

instrumento de gestión ambiental (Resolución de Consejo Directivo N° 006-2019-OEFA/CD, 2019)

En adición a dichas medidas, se establece en el artículo 11 ° de la Ley del SINEFA la posibilidad de subsanación voluntaria de los presuntos incumplimientos de las obligaciones ambientales, siempre y cuando: i) no se haya iniciado el procedimiento administrativo sancionador, ii) se trate de una infracción subsanable y iii) la acción u omisión no haya generado riesgo, daños al ambiente o a la salud.

Medidas que advierten la presencia de un riesgo ya consumado, lo que en opinión de Aldana, constituye la prevención de conductas futuras para promover el cumplimiento de una medida; sin embargo, no anticipan la generación de riesgos antes que estos se produzcan, finalidad que tiene el principio de prevención, lo que la lleva a sostener que resulta necesario un cambio normativo que permita adoptar medidas que aseguren la prevención de la contaminación y, si esto no es posible, se adopten medidas de manejo ambiental de otra naturaleza (2017, pág. 287).

En nuestra opinión, la aprobación de un instrumento de gestión ambiental, debe necesariamente llevar a realizar un análisis exhaustivo de las conductas que puedan generar un riesgo o impacto negativo al medio ambiente, con la finalidad de evitar su realización, en razón a que éste es justamente el instrumento en el cual se materializa el principio de prevención, por lo que, la responsabilidad de detallar adecuadamente las conductas esperadas sean realizadas, debe recaer, necesariamente, en el certificador ambiental.

El conocimiento de esas conductas ha llevado, inclusive a tipificar éstas en un reglamento, tal es así que el Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, contempla las acciones a realizar durante las labores de exploración minera. Por lo que, corresponde al Tribunal de Fiscalización Ambiental, como órgano resolutor determinar el cumplimiento de la exigencia debidamente tipificadas.

Por el contrario, en los supuestos de indeterminación o frente a la presencia de un riesgo ya consumado, corresponde la disposición de una medida administrativa por parte de la OEFA, para determinar, en el caso concreto, cuáles son los alcances del principio de prevención y, se ordene con parámetros verificables, su cumplimiento al

administrado, lógicamente, si éste es incumplido si sería sometido a un procedimiento administrativo sancionador.



Conclusiones

Primera conclusión: En la medida que el modelo económico reconocido por la Constitución es la Economía Social de Mercado, el Estado debe establecer pautas que garanticen a las empresas realizar actividades económicas generando el mínimo riesgo permitido sin afectar el derecho de las personas a gozar de un medio ambiente sano y equilibrado para la vida, limitando su actuación dentro de un marco de predictibilidad y seguridad, con reglas claras que permitan que el titular minero pueda conocer que conducta se espera realice para evitar la imposición de una sanción.

Segunda conclusión: El Tribunal de Fiscalización Ambiental ha adoptado dos criterios que no reflejan apropiadamente el principio de prevención, por ello: (i) Si el titular cumplió con lo dispuesto en el estudio de impacto ambiental, pero no adoptó medidas preventivas adicionales, no contempladas en el instrumento de gestión, es sancionado; por el contrario, (ii) Si el titular de la actividad minera adopta medidas preventivas diferentes a las establecidas en el instrumento de gestión y, por ello, incumple el estudio de impacto ambiental, será pasible de una sanción.

Tercera conclusión: La interpretación adecuada de la norma, debe ser una interpretación sistémica, la cual, exija adoptar medidas de prevención al titular minero, tal como lo establece el artículo 5 del Decreto Supremo 016-93-EM, medidas que se encuentran contempladas en el estudio de impacto ambiental, cuyo cumplimiento es obligatorio, de conformidad con el artículo 6° de la misma norma.

Cuarta conclusión: Las medidas de prevención deben estar debidamente contempladas en los instrumentos de gestión ambiental, de tal forma que, el titular minero conozca con antelación la conducta a realizar con la finalidad de evitar un impacto negativo al medio ambiente.

Quinta conclusión: Para favorecer la predictibilidad en las labores de exploración y explotación minera debe ser el OEFA quien en mérito a la capacidad normativa quien determine las medidas preventivas a adoptar en instrumentos normativos.

Sexta conclusión: En los supuestos no contemplados en el estudio de impacto ambiental no corresponde sancionar al titular minero; sin embargo, se pueden imponer medidas administrativas que permitan corregir los efectos nocivos de las conductas realizadas.

Referencias Bibliográficas

- Aldana, M. (2017). La necesidad de regular de forma prioritaria las medidas de prevención de la contaminación para lograr una mayor eficacia en la fiscalización ambiental minero-energético. *Themis* , 279-289.
- Barrantes, R. M. (2018). *Departamento de Economía, Pontificia Universidad Católica del Perú*. Recuperado el 15 de julio de 2019, de Economía Pública [Material de Enseñanza N°3].: <http://files.pucp.edu.pe/departamento/economia/ME003-Completo-20-de-Marzo.pdf>
- Birol, E. K. (2006). Using economic methods and tools to inform water management policies: A survey and critical appraisal of available methods and an applicatio. *Science of the Total environment volumen 365* , 105-122.
- Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental. 11 edición*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cafferatta, N. (2009). *Introducción al derecho ambiental*. Buenos Aires: Secretaria del
- Cassagne, J. C. (2009). La discrecionalidad administrativa. *Foro Jurídico* , 82-91.
- De la Puente, L. (2008). La industria y la Rigidez actual en la aplicación de los límites máximos permisible: caben excepciones. *Themis* , 219-229.
- Dirección General de Políticas, N. e. (2012). *Glosario de Términos para la Gestión Ambiental*. Lima: Ministerio del Ambiente.
- Duvic-Paoli, L.-A. (2018). *The Prevention Principle in International Environmental Law*. New York: Cambridge University Press.
- Económico-Osinerning, G. d. (Agosto de 2016). Reporte de Análisis Económico Sectorial Minería Año 5. n° 6. págs. http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/RAES/RAES-Mineria-Agosto-2016-GPAE-OS.pdf.
- Environmental Law Institute. (2000). *Prevencion de la Contaminacion Minera:Propuesta de un Marco Común para las Américas*. Washington.
- Espinoza, Guillermo. (2001). *Fundamentos de evaluación de impacto ambiental*. Chile: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Fernández Cruz, G. (2001). Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica. *Ius Et Veritas N° 22* , 11-33.
- Forum, W. E. (2015). *World Economic Forum*. Recuperado el 16 de julio de 2019, de <https://es.weforum.org/reports/the-global-competitiveness-report-2018>
- Foy Valencia, P. (2018). *Tratado de Derecho Ambiental Peruano*. Lima: Pacífico Editores.

- Franco, E. (2011). El debido procedimiento administrativo. *Derecho Pucp* , 177-188.
- García de Enterría, E. &. (2006). *Curso de Derecho Administrativo T° 1*. Madrid: Thomsom-Civitas.
- García de Enterría, E. (1996). Una Nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. *Revista Española de Derecho Administrativo numero 89* .
- Garrido Falla. (1981). *El modelo económico en la Constitución Española*. Madrid: I.E.E.
- Hardin, G. (1969). The Tragedy of the Commons. Retrieved from <http://www.jstor.org.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/stable/43614737> , 168-170.
- Jaquenod, S. (1999). *Iniciación al derecho Ambiental*. Madrid: Dykinson.
- Lanegra, Ivan. El principio de equidad en la Ley General del Ambiente: ética y justicia ambiental. *Derecho PUCP*, [S.l.], n. 62, p. 263-274, june 2009. ISSN 2305-2546. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3168>>. Fecha de acceso: 30 July 2019
- Lozano, B. (2010). *Derecho Ambiental Administrativo*. Madrid: La Ley Wolters Kluwer España.
- Ministerio de Ambiente. (2012). *Glosario de términos para la gestión ambiental peruana*. Lima.
- North, D. (1990). A transaction cost theory of politics. *Journal of Theoretical Politics* , pág. 355-367.
- Ortega, Luis. (2013). *Tratado de Derecho Ambiental*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Osinermin. (2017). *La industria de la minería en el Perú, 20 años de contribución al crecimiento y desarrollo económico del país*. Lima: Gráfica Biblos S.A.
- Osinermin, Gerencia de Políticas y Análisis. (Agosto de 2016). Reporte de Análisis Económico Sectorial Minería Año 5. n° 6. págs. http://www.osinermin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/RAES/RAES-Mineria-Agosto-2016-GPAE-OS.pdf.
- Perevochtchikova, M. (2013). La Evaluación del Impacto Ambiental y la importancia de los indicadores ambientales. *Gestión y política pública N° 22* , 283-312.
- Pérez del Valle, C. (. (1995). *La idea del fin en el derecho pena*. Granada: Comares.
- Pigretti, E. (2004). *Derecho Ambiental Profundizado*. Buenos Aires: La Ley.
- Prevencion de la Contaminacion Minera:Propuesta de un Marco Común para las Américas*. (2000). Washington: Environmental Law Institute.

- Rebollo, M. (2013). El concepto de Sanción Administrativa. En M. García, *Derecho Sancionador Ambiental* (págs. 107-141). Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- Rose, C. (2009). Repensar los Controles Mediambientales: estrategias de Gestión de los Recursos de Propiedad Común. En G. Hardin, *Derecho ambiental y Justicia Social* (pág. 233 a 298). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Saavedra, R. (2014). Las externalidades y el criterio de imputación en la responsabilidad extracontractual. Estrategia de precios v. estrategia de sanciones: *Themis* , 263-283.
- Tirado, R. M. (2014). Nuevos rumbos del procedimiento administrativo sancionador: la reforma del procedimiento sancionador del OEFA a la luz de la Ley N° 30011. *Revista de Derecho Administrativo*, (14 , 499-543.
- Torres, T. (2019). ¡Sálvese quien pueda! La elusión de la subsanación voluntaria como eximente de punición por parte de la Administración. *Themis* , 91-105.
- Troncoso, M. (2010). El principio de precaución y la responsabilidad civil . *Revista de Derecho Privado N° 18* , 209.
- Vernengo, R (Trad). (1991). *Teoría Pura del Derecho 2da edición*. México: Porrúa.
- Vives, F. (2013). Seguridad Jurídica y desarrollo económico. *España: Crecer en la nueva economía global* , 75-89.

Documentos Legales

- CEPE. Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas. (25 de febrero de 1991). Convenio de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo suscrito en Espoo. Consulta realizada en (junio 2019). Recuperado en <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/conventiontextspanish.pdf>
- Congreso de la República. (15 de octubre de 2005). Ley General del Ambiente. [Ley N° 28611]. DO: Diario Oficial El Peruano.
- Congreso de la República. (13 de noviembre de 1991). Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada. [Decreto Legislativo N° 757]. DO: Diario Oficial El Peruano.
- Congreso de la República. (03 de junio de 1992). Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero. [Decreto Legislativo N° 708]. DO: Diario Oficial El Peruano.
- Congreso de la República. (22 de diciembre de 1994). Ley del Consejo Nacional del Ambiente. [Ley N° 26410]. DO: Diario Oficial El Peruano.
- Congreso de la República. (23 de abril de 1991). Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. [Ley N° 27446]. DO: Diario Oficial El Peruano.

- Congreso de la República. (20 de diciembre de 2012.) Ley de creación del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles. [Ley N° 29968]. DO: Diario Oficial El Peruano.
- Congreso de la República. (05 de marzo de 2009.) Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. [Ley N° 29325]. DO: Diario Oficial El Peruano.
- Congreso de la República. (27 octubre 2016). Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. [Ley N° 29783]. DO: Diario Oficial El Peruano.
- Congreso de la República. (08 de setiembre de 1990). Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales. [Decreto Legislativo N° 613]. DO: Diario Oficial El Peruano.
- Congreso de la República. (26 de abril de 2013). Código Ley que modifica la Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. [Ley 30011]. DO: Diario Oficial El Peruano
- Contraloría General de la República. (03 de noviembre de 2006). Aprueban Normas de Control Interno. [Resolución de Contraloría N° 320-2006-Cg]. DO: Diario Oficial El Peruano.
- Constitución Política del Perú de 1993. (29 de diciembre de 1993). Ministerio de Justicia. Recuperado de http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/login.asp.
- Ministerio de Economía y Finanzas. (26 de agosto de 2016). Marco Macroeconómico Multianual 2017-2019. Aprobado en sesión de Consejo de Ministros
- Ministerio de Energía y Minas. (28 de abril de 1993). Reglamento del Título Décimo Quinto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, sobre el medio ambiente. [Decreto Supremo N° 016-93-EM]. DO: Diario Oficial El Peruano.
- Ministerio de Energía y Minas. (12 de noviembre de 2014). Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero. [Resolución Ministerial N° 040-2014-EM]. DO: Diario Oficial El Peruano.
- Ministerio de Energía y Minas. (22 de diciembre de 2017). Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Exploración Minera. [Decreto Supremo N° 042-2017-EM]. DO: Diario Oficial El Peruano.
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Oficina Regional para América Latina y el Caribe. “Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Estocolmo”. 16 de junio de 1972”. Consulta realizada en (junio 2019). Recuperado en <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Oficina Regional para América Latina y el Caribe. “Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Rio de Janeiro de 1992”. Consulta realizada en (junio de 2019). Recuperado en página Web http://www.unesco.org/education/pdf/RIO_S.PDF

Resoluciones Relevantes:

- Tribunal de Fiscalización Ambiental. (14 de noviembre de 2014). Resolución 021-2014-OEFA/TFA-SEP1 Recuperado de https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=16671
- Tribunal de Fiscalización Ambiental. (28 de octubre de 2011). Resolución 003-2011-2014-OEFA/TFA Recuperado de https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=130
- Tribunal de Fiscalización Ambiental. (28 de junio de 2012). Resolución 0102-2012-OEFA/TFA Recuperado de https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=2450
- Tribunal de Fiscalización Ambiental. (22 de agosto 2012). Resolución 152-2012-OEFA/TFA Recuperado de https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=2391
- Tribunal de Fiscalización Ambiental. (31 de enero de 2013). Resolución 030-2013-OEFA/TFA Recuperado de https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=3272
- Tribunal de Fiscalización Ambiental. (31 de enero de 2013). Resolución 033-2013-OEFA/TFA Recuperado de https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=3281
- Tribunal de Fiscalización Ambiental. (14 de noviembre de 2014). Resolución 019-2013-OEFA/TFA Recuperado de https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=3966
- Tribunal de Fiscalización Ambiental. (02 de marzo de 2018). Resolución 051-2018-OEFA/TFA-SMEPIM Recuperado de https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=27144
- Tribunal de Fiscalización Ambiental. (14 de noviembre de 2014). Resolución 226-2012-OEFA/TFA Recuperado de https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=2765
- Tribunal de Fiscalización Ambiental. (14 de noviembre de 2014). Resolución 021-2016-OEFA/TFA Recuperado de https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=20183
- Tribunal de Fiscalización Ambiental. (14 de noviembre de 2014). Resolución 044-2016-OEFA/TFA Recuperado de https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=20984
- Tribunal Constitucional. (06 de noviembre de 2002). Sentencia del Expediente no. 0018-2001-AI/TC Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00018-2001-AI.html>
- Tribunal Constitucional. (30 de abril de 2003). Sentencia del Expediente no. 0016-2002-AI/TC Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional. (01 de julio de 2004). Sentencia del Expediente no. 1206-2004-AA/TC Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01206-2004-AA.html>
- Tribunal Constitucional. (03 de enero 2003). Sentencia del Expediente no. 010-2002-AI/TC Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

Tribunal Constitucional. (16 de junio de 2009). Sentencia del Expediente no. 1837-2009-PA/TC Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01837-2009-AA.html>

