

OEFA: DE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL, EL DAÑO AMBIENTAL Y OTROS CRITERIOS AL MOMENTO DE RESOLVER PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES

OEFA: ENVIRONMENTAL RESPONSIBILITY, ENVIRONMENTAL DAMAGE AND OTHER CRITERIA WHEN DECIDING SANCTIONING ADMINISTRATIVE PROCEDURES

Elvis Salazar Niño¹

salazar.elvis@hotmail.com

Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal, Perú

Recibido: 3 de junio de 2015

Aceptado: 28 de junio de 2015

SUMARIO

Introducción

Responsabilidad ambiental, obligación ambiental, deber de prevención y otros criterios
Conclusiones

Bibliografía

Referencias normativas

RESUMEN

El presente trabajo busca revisar algunos criterios de interpretación del Tribunal de Fiscalización del OEFA vinculados con la responsabilidad ambiental, el daño ambiental, prueba y otros, con que los titulares mineros se enfrentan en los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de dicha autoridad. También se considera que no solo dichos criterios terminen en una sede administrativa, sino que pasen a ser revisados en una sede judicial. La conclusión es la necesidad de implementar juzgados y salas especializadas en temas ambientales.

PALABRAS CLAVE

Procedimiento administrativo sancionador; fiscalización ambiental; supervisión; fiscalización; derecho minero; derecho administrativo; derecho ambiental.

ABSTRACT

The following work seeks to review some of the criteria for interpretation of the Environmental Enforcement Tribunal of the OEFA - Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, with respect to environmental responsibility, environmental damage, testing and others aspects that holders of mining titles face in the sanctioning administrative procedures for which this authority is responsible. The paper also considers that these criteria are not confined to the administrative authority, but are reviewed by the judicial system, and are used to determine legal actions and specialized hearings concerning environmental issues.

KEYWORDS

Sanctioning administrative procedure; environmental oversight; supervision; inspection; mining law; administrative law; environmental law.

INTRODUCCIÓN

Si bien fue creado en el 2008, desde el 2010 el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) como organismo técnico especializado adscrito al Ministerio del Ambiente y ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Sinefa), asumió las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia

1. Postítulo en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales por la Pontificia Universidad Católica y estudios de maestría en Derecho de la Minería por la Universidad Privada de Ciencias Aplicadas (UPC). Ha sido docente de los cursos de Derecho Ambiental y Derecho Minero en la Universidad Nacional Federico Villarreal.

de minería², dicha actividad productiva es la primera sobre la que el OEFA inició competencias.

No cabe duda que es de suma importancia la participación del OEFA dentro del sistema jurídico ambiental en la medida que consolida la gestión ambiental del Estado; al margen del debate actual en torno al aporte por regulación³, no se puede objetar la necesidad —no solo para la minería, sino para toda actividad con impactos ambientales— de un organismo que supervise, fiscalice y sancione los temas concernientes al ambiente. Solo así se puede mantener una adecuada gestión ambiental pública, que incluya la emisión de normas con contenido ambiental, pero también la verificación de que las mismas se cumplan y que finalmente, a través de su actuación, se compatibilice el respeto al ambiente con el ejercicio de actividades que como la minería tienen un gran impacto en nuestro crecimiento económico.

Con casi cinco años de ejercicio y dentro del marco de las funciones indicadas, el OEFA a través de sus diversas instancias dentro de los Procedimientos Administrativos Sancionadores Mineros (PASM)⁴ viene generando una serie de resoluciones vinculadas al sector minero. Al respecto y, a despecho de lo considerado por algunos tratadistas tradicionales, consideramos que ciertas decisiones de los órganos administrativos no son solo la mera y directa aplicación de la Ley, y en sentido lato, del sistema jurídico, sino que implican de algún modo la interpretación u orientación de las normas al momento de dicha aplicación. Así, lo indicado no es ajeno al ámbito ambiental y, en específico a los PASM, en la medida que muchas de las decisiones del OEFA terminan siendo interpretaciones, las mismas que deciden en instancia administrativa no solo la situación

jurídica de los administrados sujetos a dichos procedimientos, sino fundamentalmente, lo que el Estado considera como alcances y límites en la protección de un interés público, como es el cuidado del ambiente.

Sobre lo último, si bien el OEFA ha implementado un nuevo modelo de fiscalización⁵ que dentro de este marco considera entre sus logros el incremento de multas (de hasta 30 000 UIT) como elemento disuasivo y difunde que la mayor cantidad de multas impuestas provienen del sector minero, es importante evaluar el mensaje que se está dando, pues recordemos que ambos datos por sí mismos son aislados y fríos, dependiendo de la cantidad de multas impuestas, pero principalmente de la determinación de la responsabilidad y de los criterios con los que se imponen estas sanciones.

En las siguientes líneas comentaremos con motivo de una resolución del Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA), un conjunto de interpretaciones o criterios que el OEFA ha sostenido⁶. Así, revisaremos la diferencia entre los conceptos de responsabilidad ambiental y obligación ambiental, los alcances del deber de prevención, el marco bajo el cual el OEFA considera que un hecho ha causado daño ambiental y las garantías con las que determina (o debería determinarse) que este ha sido causado, situación que también nos llevará a comentar la llamada responsabilidad objetiva.

RESPONSABILIDAD AMBIENTAL, OBLIGACIÓN AMBIENTAL, DEBER DE PREVENCIÓN Y OTROS CRITERIOS

Del criterio del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Uno de los temas que los titulares mineros han objetado en los PASM es el precedente administrativo de observancia obligatoria contenido en la Resolución N° 021-2014-OEFA/TFA-SEP1 (en adelante Resolución N° 021-2014)⁷, vinculado con la interpretación que el TFA efectúa del artículo 5° del *Reglamento*

2. Recordemos que dichas funciones correspondían al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía Minería (Osinergrmin) que ejerció por un periodo breve, de los años 2007 a 2010.

3. Al momento de escribir estas líneas, aún no se definía judicial ni administrativamente la legalidad de dicho aporte; por ello ambas partes, empresas mineras y el OEFA, han expuesto sus argumentos no solo ante dichas instancias, sino incluso ante la prensa.

4. La primera instancia y autoridad instructora es la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (DFSAL), mientras que la segunda instancia y autoridad sancionadora es el Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA), a través de su Sala Especializada en Minería. Por PASM solo queremos hacer referencia, para fines expositivos, al procedimiento administrativo sancionador específico para el sector minero en temas ambientales.

5. Para mayores alcances sobre el nuevo modelo de fiscalización consulte el siguiente enlace: <http://www.oefa.gob.pe/publicaciones/nuevo-enfoque-fiscalizacion-ambiental>

6. Resaltamos que si bien nos limitaremos a la jurisprudencia vinculante emitida por el TFA, la misma es seguida por la DFSAL. En tal sentido, nos referiremos al OEFA como conjunto.

7. Consúltela en el siguiente enlace <http://www.oefa.gob.pe/tribunal-de-fiscalizacion-ambiental/resoluciones>

para la protección ambiental en la actividad minero-metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM (RPAAMM).

La norma en mención precisa lo siguiente:

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

En este punto cabe precisar que el referido cuerpo normativo ambiental para el sector minero ha sido derogado recientemente por el *Reglamento de protección y gestión ambiental para las actividades de explotación, beneficio, labor general, transporte y almacenamiento minero*, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM (RAM), el cual en un texto similar, pero ampliado, señala lo siguiente:

Artículo 16°. *De la responsabilidad ambiental*

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 poscierre que correspondan, a efectos de evitar o minimizar los impactos ambientales negativos de su actividad y potenciar sus impactos positivos.

De acuerdo con la Resolución N° 021-2014 y sobre la base de reiterados pronunciamientos previos del TFA, el artículo 5° del RPAAMM contiene dos obligaciones ambientales fiscalizables (Fundamento N° 52, Resolución N° 021.2014).

- La adopción de las medidas necesarias para evitar e impedir, entre otros, que los elementos o sustancias generados como consecuencia de la actividad minera causen o puedan causar efectos adversos al ambiente.
- No exceder los LMP.

El TFA señala que la referida norma se sustenta a su vez en el artículo 7° de la Ley General del Ambiente, Ley N° 285611 (LGA)⁸ debido a que (i) las normas ambientales son de orden público y (ii) se interpretan siguiendo los principios contenidos en dicha Ley (Fundamento N° 53); considerando que la obligación descrita en el artículo 5° de RPAAMM se encuentra prevista, a su vez, en el numeral 75.1 del artículo 75° de la LGA⁹, que establecería la obligación de adoptar prioritariamente medidas de prevención del riesgo y daño ambiental; mientras que el numeral 32.1 del artículo 32° de la LGA¹⁰ señala la obligación de no exceder los LMP. Dicho de otro modo, sostiene que las supuestas dos

8. Artículo 7°. Del carácter de orden público de las normas ambientales

7.1 Las normas ambientales, incluyendo las normas en materia de salud ambiental y de conservación de la diversidad biológica y los demás recursos naturales, son de orden público. Es nulo todo pacto en contra de lo establecido en dichas normas legales.

7.2 El diseño, aplicación, interpretación e integración de las normas señaladas en el párrafo anterior, de carácter nacional, regional y local, se realizan siguiendo los principios, lineamientos y normas contenidas en la presente Ley y, en forma subsidiaria, en los principios generales del derecho.

9. Artículo 75°. Del manejo integral y prevención en la fuente

75.1 El titular de operaciones debe adoptar prioritariamente medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora de los mismos, así como las demás medidas de conservación y protección ambiental que corresponda en cada una de las etapas de sus operaciones, bajo el concepto de ciclo de vida de los bienes que produzca o los servicios que provea, de conformidad con los principios establecidos en el Título Preliminar de la presente Ley y las demás normas legales vigentes.

10. Artículo 32°. Del Límite Máximo Permisible

32.1 El Límite Máximo Permisible - LMP es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su determinación corresponde al Ministerio del Ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente por el Ministerio del Ambiente y los organismos que conforman el Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Los criterios para la determinación de la supervisión y sanción serán establecidos por dicho Ministerio.

obligaciones contenidas en el artículo 5° del RPAAMM (de prevención y de no superar LMP) también se encuentran contenidas en la LGA.

Luego, el TFA precisa que dicha interpretación (que establece dos obligaciones) se hace dentro del marco del interés público y optimizando la denominada «dimensión objetiva»¹¹ del derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado. Considera pues, que una interpretación literal —como la propuesta por muchas empresas— del artículo 5° del RPAAMM no sería suficiente para una adecuada protección al mencionado derecho (Fundamento N° 55).

Finalmente, el TFA remarca que resultaría un contrasentido restringir la aplicación del artículo 5° del RPAAMM a la exclusiva superación de LMP —de allí la necesidad de una interpretación finalista— pues existen otras formas en las cuales pueden existir efectos adversos al ambiente, tales como la falta de construcción de un canal de coronación para la conducción de escorrentía (agua de lluvia), dejar de implementar un sistema de control de polvos, entre otros supuestos que no estarían cubiertos (Fundamento N° 56 y 57).

De la diferencia entre responsabilidad ambiental y obligación ambiental; y de los límites a la obligación de prevención

Iniciaremos nuestros comentarios señalando que de acuerdo con el Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM, que aprueba el *Cuadro de tipificación de infracciones ambientales y escala de multas y sanciones aplicables a la gran y mediana minería* respecto de labores de explotación, beneficio, transporte y almacenamiento de concentrados de minerales; la consecuencia jurídica de la transgresión del artículo 5° del RPAAMM (sea por falta de prevención o por superar los LMP) es considerada una falta «muy grave»; y al margen de la metodología establecida para el cálculo de las multas en cada caso, la sanción a imponer podría ser una multa de hasta 10 000 UIT de acuerdo con el referido marco legal.

11. En referencia la Sentencia recaída en el expediente N° 3330-2004-AA/TC, a través de la cual el Tribunal Constitucional precisa que existe un doble carácter de los derechos fundamentales, por un lado como derechos subjetivos y por el otro como instituciones valorativas objetivas. En estos últimos se encuentra la razón de todo el ordenamiento jurídico.

Lo indicado no es poco, pues desde la normativa se condicionaría en estos casos los PASM a la necesidad de imposición de una multa para situaciones vinculadas con prevención¹², sin considerar otros mecanismos distintos¹³ y al margen del régimen transitorio establecido por la Ley N° 30230¹⁴ que podría eximir de la sanción al titular de actividad, el resultado final podría ser la determinación de responsabilidad por parte del administrado.

Ya en el plano de análisis de la Resolución N° 021-2014, esta omite que los conceptos de responsabilidad ambiental y obligación ambiental son distintos y esto excede un tema de mera gramática o interpretación literal, como lo quiere enfocar la resolución del TFA. En efecto, la responsabilidad corresponde en considerar de acuerdo con el conjunto de valores que integran el ordenamiento jurídico un centro de imputación de obligaciones; o dicho de otro modo, identificar dentro al sujeto

12. Remarcamos que el comentario apunta a la primera de las obligaciones sostenidas por el TFA, la de prevención; no así a la superación de LMP.

13. Por ejemplo la amonestación como sanción contenida en el literal a) del numeral 136.2 del artículo 136° de la LGA, para casos de menor trascendencia. Asimismo, es de considerar que las reglas previstas en el Reglamento para la Subsanación Voluntaria de Incumplimientos de Menor Trascendencia, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA, son por lo general usadas restrictivamente y se orientan a los casos expresamente establecidos en dicho reglamento, a pesar de la disposición contenida en el numeral 4.2 del artículo 4° de dicha norma.

14. Artículo 19°. Privilegio de la prevención y corrección de las conductas infractoras

En el marco de un enfoque preventivo de la política ambiental, establécese un plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia de la presente Ley, durante el cual el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA privilegiará las acciones orientadas a la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental.

Durante dicho periodo, el OEFA tramitará procedimientos sancionadores excepcionales. Si la autoridad administrativa declara la existencia de infracción, ordenará la realización de medidas correctivas destinadas a revertir la conducta infractora y suspenderá el procedimiento sancionador excepcional. Verificado el cumplimiento de la medida correctiva ordenada, el procedimiento sancionador excepcional concluirá. De lo contrario, el referido procedimiento se reanudará, quedando habilitado el OEFA a imponer la sanción respectiva.

Mientras dure el periodo de tres (3) años, las sanciones a imponerse por las infracciones no podrán ser superiores al 50% de la multa que correspondería aplicar, de acuerdo a la metodología de determinación de sanciones, considerando los atenuantes y/o agravantes correspondientes. Lo dispuesto en el presente párrafo no será de aplicación a los siguientes casos:

- Infracciones muy graves, que generen un daño real y muy grave a la vida y la salud de las personas. Dicha afectación deberá ser objetiva, individualizada y debidamente acreditada.
- Actividades que se realicen sin contar con el instrumento de gestión ambiental o la autorización de inicio de operaciones correspondientes, o en zonas prohibidas.
- Reincidencia, entendiéndose por tal la comisión de la misma infracción dentro de un periodo de seis (6) meses desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.

(o sujetos) que asume la carga de prevención de los riesgos y responsabilidad por los daños ambientales¹⁵; mientras que la obligación, corresponde a un deber de observancia obligatoria que se expresa en un supuesto de hecho específico y tiene su correlato en la correspondiente sanción por incumplimiento.

Apoyándonos en la doctrina civil, cuando Espinoza (2006), al comentar el famoso binomio responsabilidad-debito (obligación), o cuando Mosset (2011) precisa que existen tres tipos de esferas de responsabilidad por el daño ambiental o ecológico en el plano civil¹⁶; en ambos casos se entiende no solo que responsabilidad y obligación corresponden a conceptos diferentes, sino que el primero se agota con la determinación de donde recae el conjunto de obligaciones. Ya en el plano administrativo existen numerosas referencias a responsabilidad, el más claro ejemplo es el vinculado con el régimen de responsabilidad funcional o en ejercicio de una función pública. Luego, ya volviendo al tema ambiental, en la LGA podemos encontrar múltiples referencias a responsabilidad vinculada con el Estado, con clases de responsabilidad por daño ambiental como la administrativa, penal o civil, entre otras citas al concepto responsabilidad¹⁷. El punto es que no deberíamos por vía interpretación

—y más cuestionable en sede administrativa— extender o darle un sentido distinto a un concepto que doctrinaria y normativamente tiene uno claramente establecido; aún más si la intención fue salvar acaso una supuesta omisión legal expresa, consideramos que tampoco es una tarea que deba velarse en sede administrativa, por lo menos no solo en dicha sede, más aún si legalmente existe la prohibición de interpretar extensiva o analógicamente supuestos que restringen derechos (artículo IV del Código Civil, concordado con el numeral 9 del artículo 139° de la Constitución).

El artículo 5° del RPAAMM, no contiene dos obligaciones como afirma el TFA, contiene un cláusula general de responsabilidad (acaso específica para minería) en su primer párrafo y una obligación concreta de no transgresión de los LMP en la segunda parte de dicho artículo¹⁸. Dicho esto, nos parece que la referencia que hace el TFA al numeral 75.1 del artículo 75° de la LGA, como símil o sustento legislativo para el primer párrafo del artículo 5° del RPAAMM es desacertada y forzada, es lo correcto vincularlo con la cláusula general de responsabilidad prevista en el artículo 74° de la LGA. Si no observemos el texto de cada norma en el cuadro siguiente:

Primer párrafo del artículo 5° del RPAAM	Numeral 75.1 del artículo 75° de la LGA	Artículo 74° de la LGA
Artículo 5°. El titular de la actividad minero-metalúrgica es responsable por las emisiones, vertimientos y disposición de desechos al medio ambiente que se produzcan como resultado de los procesos efectuados en sus instalaciones.	75.1 El titular de operaciones debe adoptar prioritariamente medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora de los mismos, así como las demás medidas de conservación y protección ambiental que corresponda en cada una de las etapas de sus operaciones, bajo el concepto de ciclo de vida de los bienes que produzca o los servicios que provea, de conformidad con los principios establecidos en el Título Preliminar de la presente Ley y las demás normas legales vigentes.	Artículo 74°. Todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impactos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades. Esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión.

Cuadro 1.

Fuente: Elaboración propia.

15. En el caso de la minería, los titulares mineros o titulares de actividad minera.

16. A saber: (i) la que alcanza al sujeto o sujetos activos que cometen el daño ambiental; (ii) la que comete el funcionario público por omisión, por ejemplo en la falta de fiscalización y (iii) la de los funcionarios en carga.

17. Algunas referencias las podemos encontrar en los artículos IX, 12 literal f), 53, 74, etc.

18. **Artículo 5°.** [...] A este efecto es su obligación evitar e impedir que aquellos elementos y/o sustancias que por sus concentraciones y/o prolongada permanencia puedan tener efectos adversos en el medio ambiente, sobrepasen los niveles máximos permisibles establecidos.

Hasta aquí para alguno la diferencia podría resultar ociosa¹⁹ y hasta señalar que se encuentra superada con el nuevo texto previsto en el artículo 16° del RAM, cuyo segundo párrafo sí precisaría el deber general de prevención; sin embargo, en la práctica existe un hecho aún más grave que proviene de la aplicación del artículo 5° del RPAAMM y que creemos podría continuar con el nuevo texto propuesto en el RAM. Esto es ¿cuándo un titular vulnera el deber de prevención?, ¿es necesario vincular la falta de prevención con el daño ambiental? ¿Toda falla en un sistema de gestión ambiental es pasible de sanción por prevención? Finalmente, ¿cuál es la metodología probatoria que sustenta o debe sustentar dicha vulneración?

Para el OEFA y conforme a la resolución en comentario, en la configuración del incumplimiento del deber de prevención, dentro del PASM no se necesitaría probar daño ambiental alguno, pero sí considerar que el hecho podría tener un efecto adverso en el ambiente²⁰. Nos queda duda del contenido concreto del mencionado «efecto adverso al medio ambiente», pues si bien lo excluye del contenido de daño ambiental, no consideramos que deba estar alejado, sino por el contrario vinculado con el daño potencial. Excluir totalmente el deber de prevención de algún tipo de daño (cuando menos potencial) sería ir incluso contra las reglas generales de la responsabilidad por daños, pues como bien se sabe, no existe responsabilidad si no hay daño alguno.

Otra resolución de observancia obligatoria nos podría dar luces sobre ello, nos referimos a la Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA (Resolución N° 08-2013), en la que se precisan los alcances del daño ambiental, que los divide en daños actuales y daños potenciales. Nos interesa cómo se define el segundo:

A su vez, el segundo elemento hace referencia a que en la configuración del daño ambiental no es indispensable que los

efectos negativos del menoscabo material producido en el ambiente sean actuales, sino que resulta suficiente que dichos efectos negativos sean potenciales entendiendo como potencial aquello que puede suceder o existir (Fundamento N° 56).

Como indica la citada resolución, la potencialidad del daño se vincularía con la probabilidad futura en grado de verosimilitud de que ocurran dichos efectos negativos, conforme a lo establecido en la definición contenida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la LGA²¹.

Al respecto, consideramos, como lo hace Briceño (2004), que «la definición del daño ecológico queda sujeta a los conceptos técnicos y científicos, ya que son dichas valoraciones las que deben aportar los elementos de juicio para la determinación tanto de su existencia, como de su extensión temporal y espacial» (p. 100). En efecto, no solo los daños actuales, sino incluso la potencialidad del daño no podría (léase, no debería) encontrar sustento en presunciones ni en argumentos legales, sino en sustento técnico. Hacerlo de manera distinta no solo sería un atentado contra el debido procedimiento, sino incluso soslaya una de las principales obligaciones de toda administración pública, la cual es la búsqueda de la verdad material. Nos explicamos.

No es poco frecuente que se llegue a determinar responsabilidad del administrado sobre la base exclusiva de lo indicado en un acta por el supervisor, el informe del supervisor²² o fotografías incluidas en el proceso de supervisión; esta situación también se vincula con procedimientos a raíz de supuestas faltas de prevención. Así, el sustento para el OEFA será la presunción de certeza establecida en el Texto Único Ordenado del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador, aprobado por Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo N° 45-2015-OEFA²³

19. Ciertamente no lo consideramos así, en la medida de que se ha usado este sustento jurídico no solo a partir de la citada resolución de observancia obligatoria, sino incluso antes de su emisión, y la Resolución N° 021-2014 es la consecuencia de una línea de criterio previamente establecida.

20. Para que se configure el incumplimiento de dicha obligación no es necesario que se acredite la existencia de un daño al ambiente, bastando únicamente la verificación de que el titular minero no adoptó las medidas de prevención necesarias en resguardo del ambiente ante una posible afectación como producto de su actividad minera.

21. 142.2 Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.

22. Nos referimos a los casos en los cuales el supervisor expresa a manera de supuesto o presunción que, por ejemplo, un derrame o la evidencia puntual de polvo podría ser dañino para el ambiente. Basándose única y exclusivamente el caso en el dicho del supervisor, sin base técnica o científica alguna que precise la magnitud del evento o se tome una muestra.

23. **Artículo 16°. Documentos públicos**

La información contenida en los informes técnicos, actas de supervisión u otros documentos similares constituyen medios probatorios y se presume cierta, salvo prueba en contrario.

o su antecedente normativo que contiene similar tenor.

Lo indicado no es baladí, pues al ampararse en dicha presunción lo que se estaría dejando de hacer es una actuación de parte del Estado, dentro de sus funciones (léase también obligaciones) de supervisión, en detrimento de un administrado. Sostenemos que dicha presunción no debería alcanzar temas técnicos, más aún si no ha habido un mínimo de prueba de parte del supervisor que sustente sus afirmaciones (por ejemplo: un monitoreo o una toma de muestra), pues con dicha presunción se está debilitando otra presunción de mayor rango, en específico la presunción de licitud (Ley del Procedimiento Administrativo General, numeral 9, artículo 230^o) que tiene sustento Constitucional en la presunción de inocencia²⁴. Un ejemplo sería argumentar un supuesto daño potencial ante la ocurrencia (evidencia fotográfica) de polvo en vías, considerando que existe daño ambiental potencial, pero sin tomar en cuenta que los parámetros en LMP de la Unidad Minera no han sido superados o no habiendo ocurrencias similares en otras zonas más allá de la evidenciada (lo que ciertamente sí podría indicar una falta de gestión del titular). El tema central es que una presunción no puede ni debe subrogar la ejecución de una actividad mínima probatoria, incluso para los daños potenciales.

Cabe precisar que incluso el literal a.2 del Rubro II.2 del Anexo III de la Resolución N° 035-2013-OEFA-PCD, que establece la metodología para el cálculo de las multas, prevé la necesidad de una aptitud suficiente para que se configure un Daño Potencial, en estos términos: *contingencia, riesgo, peligro, proximidad o eventualidad de que ocurra cualquier tipo de detrimento, pérdida, impacto negativo o perjuicio al ambiente y/o alguno de sus componentes como consecuencia de fenómenos, hechos o circunstancias con aptitud suficiente para provocarlos, que tienen su origen en el desarrollo de actividades humanas*. Ampliando lo indicado en la referida norma, sostenemos que dicha aptitud suficiente debería ser materia de prueba, pues no resulta lógico que, por ejemplo, un evento aislado pueda ser tomado como de aptitud suficiente para causar daños ambientales.

24. El Fundamento N° 46 de la sentencia recaída en el EXP. N° 00156-2012-PHC/TC precisa que el correlato de la presunción de inocencia establecida en la Constitución tiene su correlato en la presunción de licitud del procedimiento administrativo sancionador.

En efecto, si bien consideramos que todo daño debe tener una consecuencia jurídica negativa para quien lo efectúa; no resulta congruente considerar que fórmulas abiertas como el daño potencial puedan ser cubiertas sin cuando menos un mínimo de prueba.

CONCLUSIONES

Hasta aquí hemos intentado dar un breve vistazo a una resolución de observancia obligatoria sobre la cual se han desprendido más de una interrogante y cuestionamiento.

Con estas líneas no se pretende indicar que la actuación del OEFA se encuentre errada, pero sí sujeta a distinto análisis, hecho fundamental dentro de un estado democrático de derecho. Así, resulta lógico que muchas empresas trasladen a un ente de distinta naturaleza al propio OEFA la revisión de sus criterios, nos referimos en específico al Poder Judicial. No vemos en ello una conducta cuestionable por parte de las empresas mineras, como se ha querido enfocar, sino por el contrario la confrontación de dos argumentos que tienen sustento jurídico y acaso técnico.

En esa línea, y ante la creciente institucionalidad ambiental, resulta por demás necesario que ante la sobrecargada tarea de nuestro Poder Judicial, se creen juzgados y salas especializadas en temas ambientales, a comparación de lo que se hace en otros países. Ello quizá nos ayude, no solo a consolidar nuestro sistema jurídico ambiental, sino a definir líneas de interpretación que no resultan claras, o cuando menos discutibles, en sede administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

BRICEÑO, A. M. (2004). El daño ecológico. Presupuestos para su definición. En U. d. Colombia, *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente* (pág. 100). Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

ESPINOZA, J. E. (2006). *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

ITURRASPE, J. M. (2011). El daño ambiental en el derecho privado. En J. M. Iturraspe, T. Hutchinson, & E. A. Donna, *Daño Ambiental* (Vol. I, pág. 77). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal - Culzoni Editores.

REFERENCIAS NORMATIVAS

Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 01 de mayo de 1993.

Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 12 de noviembre de 2014.

Ley General del Ambiente, Ley N° 285611. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 15 de octubre de 2005

Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM, que aprueba el Cuadro de tipificación de infracciones ambientales y escala de multas y sanciones aplicables a la gran y mediana minería

respecto de labores de explotación, beneficio, transporte y almacenamiento de concentrados de minerales. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 10 de noviembre de 2012.

Ley N° 30230, ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 12 de julio de 2014.

Texto Único Ordenado del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador, aprobado por Resolución de la Presidencia de Consejo Directivo N° 45-2015-OEFA. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 07 de abril de 2015.

Resolución N° 035-2013-OEFA-PCD, que establece la metodología para el cálculo de las multas del OEFA. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 12 de marzo de 2013.