

La Noción Jurídica de Daño Ambiental y una Peculiar Argumentación del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Lorenzo de la Puente Brunke (*) (**)

Resumen:

Una debida interpretación normativa, se constituye sin duda alguna, como uno de los pilares del Derecho, ello gracias a que otorga un nivel de seguridad jurídica y predictibilidad a todas la partes involucradas. Es en ese sentido, que el autor sostiene una crítica sobre el criterio que han venido emitiendo en instancia administrativa diversos organismos públicos en materia ambiental, específicamente con respecto al concepto jurídico de «daño ambiental» en el exceso de los Límites Máximos Permisibles (LMP). El artículo nos presenta un enfoque objetivo con un desarrollo temporal de diversas resoluciones administrativas, las cuales manifiesta, son erróneas en base a una interpretación amplia y forzada de lo que es daño ambiental, concepto que se aplica no solo para aquellos supuestos con efectos reales, sino también potenciales. Finalmente, ello es señalado por el autor como un defecto, que si bien en la actualidad existe una intención de subsanarlo, esto debe partir principalmente de un marco conceptual claro tanto en el ámbito normativo como resolutivo.

Palabras clave:

Daño ambiental – Riesgo ambiental – Tribunal de Fiscalización Ambiental – Límite máximo permisible – Infracción – Sanción – Responsabilidad ambiental

Abstract:

A proper normative interpretation is undoubtedly one of the pillars of Law, all this thanks that brings a juridical security level and predictability to all the parties involved. In that sense the author submits a critique about the criteria that have been emitted by the diverse public organisms in environmental material, specifically with the juridical concept of «environmental damage» in the excess inside Maximum Permissible Limit. Also the article presents an objective focus through a temporal development of diverse administrative resolutions, which are established as incorrect on the basis of a wide and forced interpretation about environmental damage, concept applied not only in a case with real effects, but also potential ones. Finally, this is provided by the author as a defect, that although actually exists a remedial intention, this must begin from a clear conceptual framework in normative and resolutive topics by equal.

Keywords:

Environmental damage – Environmental risk – Court of Environmental Control – Maximum permissible limit – Infraction – Penalty – Environmental responsibility

Sumario:

1. Introducción – 2. Crónica de una fundamentación contraria al derecho – 3. La Resolución Nyrstar – 4. Sobre la noción jurídica de daño ambiental – 5. Conclusión

* Abogado. Magister en Derecho Ambiental y Energético por la Escuela de Leyes de la Universidad de Houston, Texas, con una beca otorgada en 1998 por la Comisión Fulbright. Socio del Estudio De la Puente Abogados.

** El autor agradece a la Dra. Luzmila Zegarra y al Sr. Víctor Vargas por su valiosa colaboración en el análisis y en la redacción del presente artículo.

1. Introducción

El derecho en materia de responsabilidad por el daño ambiental ha empezado a desarrollarse en el Perú y es necesario advertir aquellas interpretaciones o elaboraciones que se aparten de los principios generales del derecho. Con tal propósito, nos referiremos a una peculiar y errada fundamentación del daño ambiental en las resoluciones de multa impuestas por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) y en las resoluciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) que confirman las primeras.

Ambas instancias, en el fondo, han venido sosteniendo que el riesgo es un tipo de daño, utilizando una argumentación que se aparta de los principios generales del derecho y prescinde de las normas básicas del régimen de responsabilidad por daño. Esto ha llevado a que en algunos casos se sancione el exceso de un Límite Máximo Permissible (LMP) con una multa mayor a la que corresponde.

Con el tiempo esta argumentación derivó en una confusión terminológica en las normas del OEFA, de tal modo que la noción jurídica de daño ambiental ahora comprende, para este organismo, no solo lo que ha llegado a llamar «daño real», sino también al denominado «daño potencial» -definido por el OEFA como riesgo. Una confusión de términos y conceptos que, si no se corrige, puede afectar el adecuado desarrollo del derecho ambiental peruano.

En 1989 la profesora y jurista francesa Martine Remond-Gouilloud comentó, respecto de las entidades públicas ambientales francesas, algo que creo podría también reflejar lo que está sucediendo en el ámbito de la fiscalización ambiental en el Perú:

«Se observa ante todo, que si se le da demasiada rienda suelta a la administración, por más competente que sea, se asiste a una división del derecho: cada oficina quiere su normativa y mediante la perseverancia y la habilidad, cada oficina obtiene su normativa. (...) De tal manera, al margen del derecho de los juristas se elabora una reglamentación fundada sobre circulares administrativas. Indudablemente la circular no inmoviliza al juez. Pero, por una parte, el administrado no lo sabe. Por otra, como solo tiene

*relaciones con el autor de las circulares, del cual sólo él teme una sanción o espera una ventaja, es proclive a prestar más atención a la circular que a la norma que ella aplica. De tal manera, prospera una especie de para-derecho, que funciona paralelamente a la regla de derecho, hasta ocultarla».*¹

2. Crónica de una fundamentación contraria al Derecho

La aplicación de esta errada interpretación empieza, más o menos, en el segundo semestre de 2007 cuando la Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), en ese momento primera instancia administrativa, empezó a argumentar en sus resoluciones que el exceso de un LMP en el vertimiento minero es siempre causa de un daño ambiental y, consecuentemente, la infracción debía ser calificada como grave. Con tal argumentación OSINERGMIN comenzó a multar a las empresas mineras con el equivalente a 50 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), sanción establecida en el numeral 3.2 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, aplicable a supuestos de daño ambiental originados por incumplimiento de obligaciones ambientales, entre ellas, el exceso de LMP. Sin embargo, la multa que correspondía era equivalente a 10 UIT, de acuerdo al numeral 3.1 del mismo anexo, el cual contiene la sanción correspondiente a infracciones generales a la normativa ambiental, como son los supuestos de exceso de LMP sin ocurrencia de daño ambiental.

Anteriormente, el exceso de LMP era sancionado solamente con el equivalente a 10 UIT, como puede verse en los diversos pronunciamientos emitidos al respecto por la Dirección General de Minería -entidad fiscalizadora minera previa a OSINERGMIN- y confirmado por el Consejo de Minería del Ministerio de Energía y Minas. El propio OSINERGMIN también resolvió en este sentido, en las primeras resoluciones emitidas por su Consejo Directivo, que en segunda instancia administrativa se pronunciaba sobre aquellos expedientes que en estado de impugnación le fueron transferidos de la Dirección General de Minería. En ese momento, OSINERGMIN sí consideró que estaba arreglada a derecho la multa de 10 UIT aplicada por la Dirección General de Minería para las infracciones por exceso de LMP.²

Recién en el 2008, año siguiente a la transferencia de funciones de fiscalización de la Dirección

1 REMOND-GOULLLOUD, Martine. «El derecho a destruir». Ensayo sobre el derecho del medio ambiente. Losada, 1994, Buenos Aires p. 280.

2 Ejemplo de ello son las Resoluciones del Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 296, 307, 373, 374, 389, 646, 647, 688, 713, 723, 732 del año 2007 así como las N° 51, 52, 56, 133, 134, 136 y 162 del 2008, en las cuales confirman las multas de 10 UIT impuestas por exceso de LMP en primera instancia administrativa por la Dirección General de Minería.

General de Minería al OSINERGMIN, el Consejo Directivo de esta entidad empezó a variar su criterio al confirmar las multas de 10 UIT impuestas por la Dirección General de Minería. En tales resoluciones argumentaba que la infracción debió haber sido calificada como grave, pero como no había la reforma en peor, mantenía la sanción correspondiente a 10 UIT.

Un ejemplo de este tipo de pronunciamiento puede encontrarse en el numeral 8 de la Resolución N° 132-2008-OS/CD del Consejo Directivo en la cual éste señala que «se advierte que correspondía que la Dirección General de Minería aplique a la impugnación la multa por infracción grave de 50 UIT, prevista en el sub numeral 3.2 del numeral 3 de la Escala de Multas y Penalidades, atendiendo a que el exceso en los límites máximos permisibles constituye un impacto ambiental no permitido y como tal un daño al ambiente».³

Estas consideraciones expuestas por el Consejo Directivo del OSINERGMIN dieron la señal del cambio de criterio que empezaría a darse en la imposición de las sanciones por exceso de LMP a las empresas mineras, lo cual había empezado a forjarse el semestre anterior cuando la Gerencia General de esta entidad emitió la Resolución N° 2227-2007-OS/GG. Esta resolución impuso, según nuestro entendimiento, lo que sería la primera multa de 50 UIT por exceso de LMP aplicada a un supuesto que ameritaba una multa de 10 UIT. Tal resolución sustentó su argumentación en la definición de LMP contenida en el artículo 32° de la Ley General del Ambiente (LGA), indicando que superar los LMP es una infracción grave al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM que estableció los LMP para efluentes minero metalúrgicos.

El Consejo Directivo, mediante Resolución N° 646-2008-OS/CD, confirmó tal multa indicando que de la definición de daño ambiental del numeral 142.2 del artículo 142° de la LGA, se desprende que no corresponde equiparar el daño ambiental al exceso en los LMP, supuesto que considera como una contaminación ambiental. Confirma, pues, la multa de 50 UIT alegando que no era necesario demostrar la gravedad del daño ambiental para que aplique esta sanción sino que *«la infracción a la normativa que causa daño ambiental es considerada por sí misma como grave y sancionada con la citada multa. Las de 10 UIT de multa solo se aplican a incumplimientos a la normativa que no causan daño ambiental»*.

Es así que en esta primera etapa la multa de 50 UIT, que involucra la generación de daño ambiental, no fue aplicada en función a la pretendida existencia de este daño sino en función a incumplimientos de obligaciones que el OSINERGMIN consideraba que tenían vinculación con el daño ambiental, por estar concebidas como medidas preventivas para evitar su generación. De esa manera es que este organismo entendía que infringir este tipo de obligaciones era una infracción grave. Por supuesto, se trataba de argumentos que violaban los principios generales del procedimiento administrativo sancionador, entre ellos el de tipicidad. Aquí empezó a concebirse el error que hasta hoy ha mantenido el TFA y el OEFA ha incorporado en su derecho particular.

Posteriormente, en lo que sería una segunda etapa en esta materia, la Gerencia General del OSINERGMIN emite resoluciones, como la N° 000898, en las que argumenta que una interpretación, *a contrario sensu*, de la definición legal del LMP permite concluir que los excesos de LMP prevén riesgos para la salud, el bienestar humano o los ecosistemas pues éstos justamente son establecidos para salvaguardarlos. En esta misma línea, en el año 2009, en la Resolución N° 004851 la Gerencia General también argumenta que considerando el numeral 142.2 del artículo 142° de la LGA, tal exceso supone un menoscabo material entendido como daño ambiental, cuya gravedad no corresponde probar para que se pueda configurar una infracción ambiental grave, pero no expresa ninguna razón que lo sustente.

Por su parte, el Consejo Directivo, en resoluciones como la N° 128-2010-OS/CD y la N° 161-2010-OS/CD, argumentaba que el daño ambiental no sólo implica la ocurrencia de efectos negativos actuales sino también potenciales, entendidos como aquellos que pueden generarse en el futuro, manifestando que ambos pueden producirse con el exceso del LMP y que es el infractor quien debe desvirtuar esta presunción, trasladándole la carga de la prueba al administrado. Este criterio se mantuvo durante todo el periodo de la gestión de fiscalización minera de OSINERGMIN, tanto por la Gerencia General como por la Gerencia de Fiscalización Minera cuando asumió la función fiscalizadora. Lo cual fue confirmado inicialmente por el Consejo Directivo y luego por el Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería (TASTEM), el cual substituyó al primero como segunda instancia administrativa.

3 En este numeral se hace referencia a que el numeral 20 de la Resolución de Consejo Directivo N° 374-2007-OS/CD ya habría fijado este criterio de que todo exceso de LMP es un impacto ambiental no permitido y por tanto un daño al ambiente. Sin embargo, si revisamos esta Resolución podremos constatar que lo señalado es que las medidas de remediación y rehabilitación «presuponen la existencia de un impacto ambiental negativo, vale decir, de un daño ambiental por encima del nivel o estándar permitido por ley». No está referida expresamente al exceso de LMP.

Lo cierto es que si de elevar los montos de las multas a las mineras por exceso de LMP se trataba, el Consejo Directivo del OSINERGMIN podía haberlo hecho de manera legal porque tenía las facultades para aprobar una nueva escala de multas⁴. Sin embargo, extrañamente sus miembros prefirieron utilizar elementos de la definición de daño ambiental contenida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la LGA para hacer una interpretación extensiva⁵ del tipo infractor contenido en la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.⁶

Luego, cuando el OEFA asume en julio de 2010 la competencia para fiscalizar a la mediana y gran minería, mantiene la argumentación⁷ de OSINERGMIN⁸, ampliando los fundamentos en relación a los efectos potenciales del daño, hasta llegar a sustentar que en este caso bastaría únicamente la «*probabilidad futura en grado de verosimilitud*» de estos efectos para determinar la existencia del daño ambiental.⁹

Llega el 2013 y el TFA decide publicar la Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA que declaró infundado el recurso de apelación interpuesto contra una multa impuesta a la empresa minera Nyrstar Ancash S.A. por exceso de LMP, la cual contiene, según el TFA, criterios de importancia. A esta resolución le dedicaremos la siguiente sección de este artículo. Al igual que OSINERGMIN, OEFA hace uso del

numeral 142.2 del artículo 142° de la LGA para seguir sosteniendo su ilegal argumentación.¹⁰

Aunque el TFA insiste en su argumentación,¹¹ OEFA publicó en noviembre de 2013 la primera tipificación de infracciones y escala de sanciones relacionadas al incumplimiento de los LMP por medio de la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD. Esta escala de multas, hoy vigente, sí distingue entre las infracciones por exceso de LMP que no causan daño de aquellas infracciones que sí lo causan. Es decir, con esta resolución OEFA estaría contradiciendo la argumentación del TFA y de su propia Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, los cuales han sostenido en los últimos años que el exceso de un LMP en un vertimiento minero siempre causa un daño ambiental.

El mismo año, al publicar las normas para el ejercicio de sus funciones, OEFA define el daño ambiental dividiéndolo en dos clases: el «daño real»¹² y el «daño potencial». Pensamos que esta división conceptual del daño ambiental en dos fue hecha para no contradecir la argumentación de las resoluciones de multa confirmadas por el TFA.

La crónica aún no ha terminado porque las multas injustamente calificadas como graves han obligado a los administrados a recurrir al Poder Judicial. Hasta el momento, los Juzgados

- 4 Artículo 13° de la Ley que transfirió las competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERGMIN, Ley 28964.
- 5 El principio constitucional de legalidad y el sub-principio de taxatividad comprendido en el artículo 2, inciso 24, literal d) de la Constitución Política están plasmados en el principio de tipicidad en sede administrativa contenido en el Artículo 230.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, el cual prohíbe expresamente la interpretación extensiva de la tipificación de las infracciones.
- 6 Además del cuestionamiento a la interpretación extensiva realizada por el Consejo Directivo del OSINERGMIN, esta resolución ministerial es cuestionada al vulnerar los principios de legalidad y tipicidad de la potestad sancionadora del Estado, los cuales están reconocidos en el artículo 230° inciso 1 y 4 respectivamente de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Por un lado, vulnera el principio de legalidad porque las infracciones que contiene han sido creadas por esta norma reglamentaria, no existiendo una norma con rango de ley que haya establecido tales sanciones o que haya facultado a la creación de tales infracciones por vía reglamentaria, tal y como dispone el artículo 230° inciso 1. De otro lado, esta norma vulnera también el principio de tipicidad porque no cumple con la descripción exhaustiva del tipo sancionador exigida por el artículo 230° inciso 4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, debido a que la tipificación contenida en esta norma no describe ninguna acción sancionable, sino que se remite a múltiples normas regulatorias de la materia, convirtiéndose así en una norma de tipificación en blanco. Pero, aunque vinculado, esto es materia de un análisis distinto al nuestro.
- 7 Ver, por ejemplo, el numeral 29 de la Resolución Directoral N° 001-2010-OEFA/DFSAL. Esta Resolución es interesante porque además en su numeral 63 se refiere a la Resolución de Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 646-2008-OS/CD que hemos mencionado y en la cual esta entidad manifiesta que no corresponde equiparar el daño ambiental al exceso de los LMP.
- 8 La motivación de las resoluciones de multa de OSINERGMIN y luego del OEFA han ido variando a lo largo del tiempo producto de las impugnaciones de los particulares.
- 9 Esgrimido a partir del año 2012 por el TFA en resoluciones como la 289-2012 (numeral 14).
- 10 Utiliza únicamente para multar a las mineras, no cuando se trata de multar a otras industrias. Por ejemplo, la Resolución N° 012-2014-OEFA/TFA, respecto de la Refinería Iquitos de Petroperú, muestra como el exceso de LMP es tratado sin considerar el agravante por haberse supuesto que se ha causado un daño ambiental. Es decir, lo que estará sosteniendo OEFA y el TFA es que el único exceso de LMP que siempre causa daño es el de los vertimientos mineros.
- 11 A pesar de que es un argumento de las impugnaciones, el TFA no ha considerado que el OEFA no es competente para probar la existencia de un daño en un cuerpo de agua natural. Es la Autoridad Nacional del Agua la entidad facultada para ello, tal cual lo dispone el numeral 12 del artículo 15° de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos. Según esta disposición, son funciones de la Autoridad Nacional del Agua «ejercer jurisdicción administrativa exclusiva en materia de aguas, desarrollando acciones de administración, fiscalización, control y vigilancia, para asegurar la preservación y conservación de las fuentes naturales de agua, de los bienes naturales asociados a estas y de la infraestructura hidráulica, ejerciendo para tal efecto, la facultad sancionadora y coactiva». Por lo tanto, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA estaría usurpando el ámbito de competencia del Autoridad Nacional del Agua.
- 12 Término que ya no sólo aparece en las normas del OEFA, sino también en la Ley N° 30230 que aprobó medidas ambientales para promover la inversión.

Especializados en lo Contencioso Administrativo y las Salas Contencioso Administrativas se han limitado a confirmar las resoluciones del TFA.

3. La Resolución Nyrstar

La Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA que declaró infundado el recurso de apelación interpuesto contra una multa impuesta a la empresa minera Nyrstar Ancash S.A. por exceso de LMP (la Resolución Nyrstar) fue publicada porque el TFA consideró que «*contiene y desarrolla criterios de importancia en materia de competencia del OEFA*», tal como lo señala en su párrafo 65.

Las consideraciones de esta resolución fueron producto de previos y progresivos desarrollos argumentativos que han ido variando durante unos tres años de impugnaciones de los administrados afectados. Por más argumentos jurídicos sometidos ante el TFA, la conclusión de éste (palabras más, palabras menos) siempre fue la misma:

*«De lo expuesto, se tiene que el exceso de los LMP implica la existencia de daño ambiental, y, por tanto, configura la infracción grave prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, referida a la generación de daño al ambiente».*¹³
(El subrayado es nuestro)

En todas las resoluciones relacionadas a multas impuestas a empresas mineras por exceso de LMP, el TFA ha estado concluyendo que existe daño sin haberlo determinado y sin pronunciarse sobre la reparación del mismo. No hace falta un abogado para advertir el error del TFA, cualquier persona entendida en la materia sabe que el exceso de un LMP no implica, por sí mismo, la existencia de un daño. La propia definición de LMP del numeral 32.1 del artículo 32° de la LGA¹⁴ así lo muestra.

No lo hizo en las primeras resoluciones; sin embargo, como si pretendiera darle apariencia de legalidad a sus resoluciones de multa, en la parte considerativa de sus más recientes resoluciones, el TFA empezó a incluir una descripción de la materia

constitucional ambiental. En la Resolución Nyrstar lo hace en los párrafos 14 al 21. Sin embargo, con ello el TFA no logra aportar ningún argumento que favorezca su errada motivación.

Más adelante, en los párrafos 45 al 62, la Resolución Nyrstar desarrolla la argumentación que concluye en lo siguiente: «*el exceso de los LMP implica la existencia de daño*». En tal argumentación el TFA utiliza las disposiciones legales siguientes: numerales 1.4 del artículo IV, 3°, 4° y 9° del artículo 230° de la Ley N° 27444; así como a los numerales 32.1 del artículo 32° y 142.2 del artículo 142° de la LGA.

En la siguiente sección nos referiremos al numeral 142.2 del artículo 142° de la LGA y ahí volveremos sobre los argumentos del TFA. Es esta disposición la que contiene la noción jurídica de daño ambiental y que es utilizada por el TFA en su argumentación.

Respecto del numeral 32.1 del artículo 32° de la LGA, el cual define al LMP, sólo mencionaremos que el TFA -párrafo 59 de la Resolución Nyrstar- lo utiliza para sus propósitos desvirtuando la naturaleza jurídica de este instrumento de gestión ambiental.¹⁵

No nos vamos a referir a las disposiciones de la Ley N° 27444 porque para lo único que le sirve al TFA es para señalar en el párrafo 63, sin mucha lógica, que «*la empresa recurrente ha incurrido en la comisión de la infracción grave prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM al haber excedido los LMP permitidos; y, por tanto, no se ha vulnerado los principios de razonabilidad, tipicidad, debido procedimiento y presunción de licitud, así como la presunción de inocencia alegados por la recurrente*».

Ahora, en concreto, nos interesa entrar al detalle de la escala de multas y penalidades utilizada por el TFA y que fuera aprobada por la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.¹⁶ Aquí está el meollo del asunto.

Veamos primero cómo esta escala gradual de multas distingue donde el TFA no distingue.

13 Párrafo 61 de la Resolución Nyrstar.

14 «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». (El subrayado es nuestro)

15 Como lo veíamos arriba en la definición de LMP contenida en la LGA, el LMP es un instrumento de control del riesgo no tolerable por medio de la fijación de un umbral. El riesgo que exceda tal umbral será ilícito (lo cual configura una infracción en el caso de los LMP), mientras que el riesgo que se mantenga dentro de ese umbral será un riesgo lícito. Es la misma lógica que rige la imposición de límites de velocidad para los automóviles: el sólo hecho de conducirlos genera un riesgo tolerado por la sociedad y el derecho, el cual se vuelve ilícito cuando se conduce excediendo el límite de velocidad (el riesgo no tolerado sujeto a una multa).

16 En cuanto a las infracciones por exceso de LMP esta resolución ministerial ha sido derogada tácitamente por la tipificación de infracciones y escala de sanciones relacionadas al incumplimiento de los LMP por medio de la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD.

Es decir, establece unas infracciones simples -aquellas que no causan daño ambiental alguno, las del numeral 3.1- y unas infracciones que califica como graves -aquellas que son causa de un daño ambiental, las del numeral 3.2-. Es así que a las empresas mineras que excedieron un LMP -sin que ésta sea la causa de un daño- les corresponde la multa de 10 UIT por haber cometido una infracción simple, no la multa de 50 UIT correspondiente a la infracción grave.

«3.1. Infracciones de las disposiciones referidas a medio ambiente contenidas en el T.U.O., Código del Medio Ambiente o Reglamento de Medio Ambiente, aprobado por D.S. N° 016-93-EM y su modificatoria aprobado por D.S. N° 059-93-EM; D.S. N° 038-98-EM, Reglamento Ambiental para Exploraciones; D. Ley N° 25763 Ley de Fiscalización por Terceros y su Reglamento aprobado por D.S. N° 012-93-EM, Resoluciones Ministeriales N° 011-96-EM/VMM, 315-96-EM/VMM y otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT. (...).

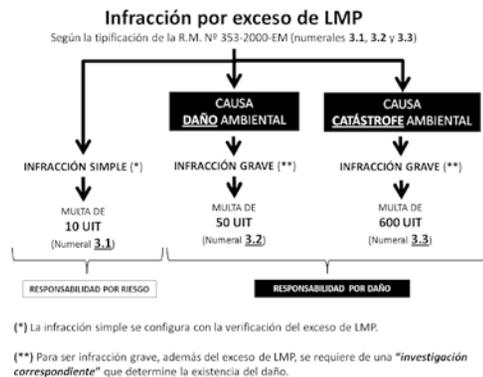
3.2. Si las infracciones referidas en el numeral 3.1 de la presente escala, son determinadas en la investigación correspondiente, como causa de un daño al medio ambiente, se considerarán como infracciones graves y el monto de la multa será de 50 UIT por cada infracción hasta un monto máximo de 600 UIT,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

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

3.3. Si las infracciones referidas en los numerales 3.1 y 3.2 son determinadas en la investigación correspondiente como causa de una catástrofe ambiental la multa será de hasta 600 UIT. La autoridad minera podrá además ordenar la

paralización de las actividades del titular de la actividad minera. Para la imposición de la multa se tendrá en cuenta lo dispuesto por el Artículo 116 del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales aprobado por Decreto Legislativo N° 613. Para el caso de PPM la multa será de hasta 120 UIT».
(El subrayado es nuestro)

El siguiente cuadro puede facilitar la comprensión de las disposiciones de esta norma:



Como se ve, la escala tiene una gradualidad que diferencia la infracción simple (3.1), que se configura por el solo incumplimiento normativo, de la infracción grave (3.2), que exige que el exceso de LMP haya causado un daño al ambiente, y de la infracción que puede ser entendida como muy grave (3.3), la cual exige que se haya causado una catástrofe ambiental.

Tal gradualidad no es respetada por el TFA ya que éste sostiene que el exceso de LMP sólo debe ser considerado como una infracción grave (3.2), no como una infracción simple (3.1). ¿Y cómo lo hace? Haciendo una interpretación extensiva del tipo infractor del numeral 3.2, lo cual está prohibido por el principio de tipicidad que rige el procedimiento administrativo sancionador.¹⁷ Tal principio obliga al OEFA a sancionar sólo por aquellas infracciones tipificadas con precisión por la norma, sin admitir la interpretación extensiva del supuesto de la infracción.

Decimos que el TFA hace una interpretación extensiva del tipo infractor del numeral 3.2 porque donde éste exige un daño cierto al ambiente -motivo por el cual requiere que disponga

17 El principio de tipicidad de la potestad sancionadora del Estado tiene sustento constitucional en el artículo 2º, inciso 24, literal d) de la Constitución Política. Asimismo, este principio ha sido desarrollado para su aplicación administrativa en el artículo 230 inciso 4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, norma que señala de manera expresa la prohibición de realizar interpretación extensiva o analógica de los supuestos sancionables tipificados. Este principio ha sido definido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 1182-2005-PA/TC, diferenciándolo del principio de legalidad señalando que «(...) no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el artículo 2.24 de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, define la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeto a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementado a través de los reglamentos respectivos.» (El subrayado es nuestro).

la ejecución de «obras de restauración», sin excepción-, el TFA interpreta que también incluye a la probabilidad de que ocurra un daño -o como lo llama hoy el OEFA, «daño potencial».

La verificación de que se ha excedido el riesgo permitido al transgredirse un LMP, es suficiente para que el TFA afirme que se ha causado un daño. Es decir, verificado el riesgo con la constatación del exceso de un LMP, el TFA concluye que es evidencia suficiente para que se verifique el tipo de la infracción descrito en el numeral 3.2 y calificar a la infracción como grave. Y así, justifica elevar la multa a 50 UIT, cuando en realidad sólo corresponde una multa de 10 UIT.

En sus consideraciones, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos y el TFA olvidan que la infracción descrita en el 3.2 exige también la imposición de una medida de restauración del daño. Pero, como es lógico, la medida no puede ser impuesta porque no existe ningún daño que reparar. Esto refleja, desde otro ángulo, lo errado del argumento del TFA.

El hecho de que el numeral 3.2 exija que se lleven a cabo las «obras de restauración que está obligada a ejecutar la empresa» como consecuencia del daño, hace evidente que el daño al que se refiere el 3.2 no es a la probabilidad de daño, sino al daño cierto. Si fuera el probable, ¿a qué obras de restauración se podría estar refiriendo? El daño probable o la creación de una situación de probabilidad de daño -el riesgo- está contemplado en el numeral 3.1, es la infracción simple.

Si seguimos leyendo la escala de multas aprobada por la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM veremos que su numeral 3.3 abunda en el hecho de que lo que exige el tipo infractor también es un daño cierto, no el probable. Esto se aprecia cuando el 3.3 eleva la multa en aquellos casos que se pueda demostrar que ha ocurrido una «catástrofe ambiental». Y para este caso, a diferencia de los anteriores, cabe también la imposición de una medida de paralización de las actividades mineras.

Aparentemente, en su análisis el TFA confunde los dos regímenes de responsabilidad ambiental: el régimen de la responsabilidad por el riesgo y el régimen de responsabilidad por daño. En el derecho peruano se atribuye responsabilidad diferente cuando se genera una situación de riesgo ambiental y cuando se causa un daño ambiental, de tal manera que bajo la denominación genérica de «responsabilidad ambiental», se debe distinguir entre los casos de responsabilidad por mero riesgo ambiental, y los casos de responsabilidad por daño ambiental.

4. Sobre la noción jurídica de daño ambiental

Lo que para algunos es un daño -el cual puede ser causado por un vertimiento industrial con sustancias tóxicas a un río, por ejemplo- no lo es, necesariamente, para el derecho. Es decir, la noción jurídica de daño ambiental no siempre coincide con la percepción que del daño podemos tener los ciudadanos.

El propio Estado, por medio de la Autoridad Nacional del Agua, otorga autorizaciones de vertimiento industriales con contenido tóxico al ambiente, siempre que se cumpla con los LMP correspondientes. En este caso se trata, pues, de una incorporación lícita de sustancias tóxicas al ambiente.

En esa medida, el cumplimiento de los LMP en un vertimiento no quiere decir que no están ingresando sustancias tóxicas al cuerpo natural de agua que lo recibe, lo que quiere decir es que ese nivel de toxicidad, conforme al volumen de descarga y a la capacidad de carga del cuerpo receptor, es tolerable para el derecho. Si para algunos eso es «contaminación», entonces desde un punto de vista jurídico habría que decir que se trata de una «contaminación lícita».

La determinación del daño en el derecho no es un ejercicio genérico, sino caso por caso. Sólo así se puede verificar el daño, atribuir responsabilidad a su causante y exigir su reparación. Sin embargo, para el TFA basta la interpretación teórica de algunas normas para poder concluir que existe un daño en absolutamente todos los casos en los que las empresas mineras excedan los LMP en su vertimiento. Es por esa razón que al multar la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos no impone ninguna medida correctiva de reparación del daño, porque no existe ningún daño demostrado en el caso concreto.

De todos los casos de daño ambiental de los que hemos tenido noticias, este caso es el único en el cual OEFA no exige la reparación del daño -las «obras de restauración» que dispone el numeral 3.2 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.

4.1 Definición legal

En palabras de Esteve Pardo, la regulación de riesgos no aspira al riesgo cero, sino al riesgo aceptable, cuya determinación resulta de una opción entre riesgos.¹⁸

Es la sociedad la que, utilizando el derecho, define el tipo y nivel de riesgo aceptable. Tal riesgo es, de alguna manera, elemento del objeto formal del

18 ESTEVE PARDO, José. *Convivir con el riesgo. La determinación del riesgo permitido*. En: Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2012. p. 277.

Derecho ambiental. Es así que lo fundamental en el derecho ambiental es la prevención del daño, porque muchos de ellos son graves e irreparables.

La LGA ha definido al daño ambiental de la siguiente manera:

«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».

Este texto legal es una transcripción casi exacta de una definición contenida en un libro anterior a la década de los Noventa, escrito por la profesora española Silvia Jaquenod.¹⁹ La vaguedad de esta definición académica, recogida para fines legislativos, ha permitido que el TFA utilice alguno de sus elementos para confirmar las multas ilegalmente impuestas.

Los elementos distintivos de la definición contenida en el numeral 142.2 del artículo 142 de la LGA son dos: (i) la existencia de un menoscabo material y (ii) la existencia de efectos negativos -actuales o potenciales- generados por tal menoscabo.

Además de esos dos elementos distintivos, el artículo hace referencia a un elemento adicional que no corresponde propiamente a la definición sino a un elemento de la responsabilidad civil: la antijuridicidad implícita de la conducta que causa un daño al ambiente. Es decir, la ilicitud o ilicitud no sería relevante para la determinación del daño ambiental en la LGA.

Antes de seguir, queremos hacer una precisión respecto del término daño ambiental. Este puede entenderse en sentido amplio y comprender tanto al daño al ambiente en sentido estricto -al que llamaremos, en adelante, daño ecológico puro-, como al daño derivado de éste -el daño individualizable en la persona y la propiedad.

El daño ecológico puro²⁰ es el daño al propio ambiente, el causado al ecosistema mismo, con independencia del daño a las personas o a su propiedad. Es la degradación del ambiente sin daños individuales, sin afectar intereses de un particular.

Es éste el daño que impone un reto al derecho y que debe estar sujeto a reglas particulares. Se trata de un daño que en sus manifestaciones

más peculiares puede tener una naturaleza incierta, mutante, diseminada y que puede ser permanente y progresivo. Por su lado, el daño a la persona y a la propiedad, comprendidos en el daño ambiental en sentido amplio, son aquellos que han sido causados como consecuencia de un daño ecológico puro.

Pongamos el ejemplo de una curtiembre que sin autorización descarga su desagüe a un río, quedando demostrado que el contenido de sustancias tóxicas de tal vertimiento fue el causante de la muerte de toda la fauna y flora acuática aguas abajo. El que ya no exista vida en el río se configura, pues, en un daño ecológico puro. Si además el río es aprovechado aguas abajo por unas personas que pierden su ganado porque éste ha estado bebiendo de su agua, entonces se verificará también un daño a la propiedad de estas personas. Se trata de daños distintos que por la naturaleza de las cosas requieren también de un tratamiento jurídico distinto.

Al definir al daño ambiental como «menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes» entendemos que el daño al que se refiere el numeral 142.2 del artículo 142 de la LGA es el daño ecológico puro y no el daño ambiental en sentido amplio, porque en el derecho peruano el ambiente -natural o urbano- es el medio donde la persona desarrolla su vida; es decir, la persona y su medio no se identifican. De haberse pretendido incluir al daño a la persona en el concepto de «daño ambiental» de la LGA, tendría que haberse dicho expresamente. En todo caso, el numeral 2.3 del artículo 2 de la misma norma lo define así.

En adelante, pues, cuando nos refiramos al daño ambiental nos estaremos refiriendo únicamente al daño ecológico puro.

a. Menoscabo material

Este elemento distintivo de la definición exige que se haya verificado la existencia de un menoscabo o detrimento material infligido al ambiente. Es decir, exige una certeza de la existencia de tal menoscabo, la misma certeza que es consideración básica que el derecho de daños peruano requiere para exigir una reparación.

La certeza de la existencia de un daño, como es evidente, se distingue de la probabilidad de que se cause un daño -a esta probabilidad el TFA y el OEFA la llaman indebidamente «daño potencial». Si bien esta probabilidad puede motivar la actuación tutelar preventiva del Estado -el ámbito

19 JAQUENOD, Silvia. *El Derecho ambiental y sus principios rectores*. Dykinson, 1991. 3ra ed., p.222.

20 Para mayor detalle, referirse a RUDA GONZALES, Albert. *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*. Editorial Aranzadi. Navarra, 2008.

de la responsabilidad por generar una situación de riesgo- de ninguna manera tal probabilidad puede ser entendida como un tipo de daño.

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

Es importante notar que el «*menoscabo material*» no es el daño ambiental. Para que éste se configure se debe verificar la existencia de los efectos negativos -que tal menoscabo genere. Por ejemplo, un tajo abierto minero es un menoscabo al ambiente, pero para el derecho peruano no es un daño ambiental. Sin embargo, si por alguna circunstancia particular de un tajo se generan aguas ácidas y éstas, a su vez, degradan una laguna acabando con la fauna y flora acuática – tal sería el efecto negativo del menoscabo- sí se habría verificado la existencia de un daño para el derecho.

Parecería que el TFA no toma en cuenta que el menoscabo material debe ser cierto e identificado en el propio ambiente. Por lo tanto, no debe pretender sostener que el ensayo de laboratorio que evidencia el exceso de un LMP es la prueba de un daño al ambiente. Estaría pasando por alto que la muestra utilizada para ese ensayo fue tomada de un vertimiento, no en el ambiente.

b. Efectos negativos actuales o potenciales

(i) Sobre los efectos negativos

Los efectos negativos -conforme al texto legal de la LGA- no se identifican con el menoscabo material. Están íntimamente relacionados a él, pero la existencia del menoscabo es independiente de los efectos negativos. Es decir, la sola existencia de un menoscabo material no determina que existan efectos negativos en el ambiente, ni determina la existencia de un daño.

¿Qué determina, pues, que existan efectos negativos para el derecho? Esta, probablemente, sea la pregunta que más controversia puede traer en materia de daño ambiental. Si dejamos su respuesta a las opiniones personales, entonces nos apartaríamos de lo que nos interesa: la noción jurídica del daño ambiental, aquello que en el derecho debe ser entendido como tal.

En perspectiva legal, y como decíamos arriba, no todo menoscabo material es un daño, éste requiere de la existencia de efectos negativos en el ambiente. Es decir, no requiere de cualquier efecto, sino sólo de aquellos que en cada caso concreto se consideren como «negativos». ¿Qué distingue, entonces, a un efecto –ya sea positivo o neutro- de un efecto negativo? Aquí está la clave del asunto.

Para el derecho no todos los impactos o efectos son ilícitos. La ilicitud de un efecto dependerá de la magnitud, del grado de severidad que lo hace intolerable para la sociedad. De no aceptarse este postulado se podría llegar al absurdo de concluir que todo menoscabo material es un daño ambiental para el derecho. Esto, precisamente, no es tomado en cuenta por el TFA en la Resolución Nyrstar.

(ii) Sobre la «actualidad» y «potencialidad» de los efectos negativos

Lo potencial en el numeral 142.2 del artículo 142 de la LGA está referido a los «efectos negativos», no al menoscabo material. Éste sí debe ser actual y evidente. El término potencial es la piedra angular de la argumentación del TFA para sostener erradamente que en materia de exceso de LMP de los vertimientos mineros el riesgo es el propio daño.

Para un gran sector de la doctrina²¹ el daño potencial es aquel daño que se producirá en el futuro pero cuya causa y menoscabo se da en el presente. Nuestro ordenamiento legal siempre requiere certidumbre respecto del daño, por lo que el menoscabo, el detrimento, debe ser cierto, incluso si sus efectos se producen en el futuro -esto es, potenciales-, en contraposición a daños eventuales, hipotéticos o inciertos -el daño temido- que no configuran un daño jurídicamente relevante.

Los daños futuros tendrán relevancia jurídica porque una prolongación del estado actual de las cosas o las circunstancias desarrolladas lo hacen inevitable. En otras palabras, el daño futuro sólo puede ser elemento de la responsabilidad extracontractual cuando tiene características de certeza.

(iii) Los tipos de daño según el OEFA: el «daño real» y el «daño potencial»

Cuando en noviembre de 2013 el OEFA publicó la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD, su primera tipificación de infracciones y escala de sanciones relacionada al incumplimiento de los LMP, la cual distingue entre las infracciones por exceso de LMP que causan daño de aquellos que no lo causan, podía haber sido el punto de quiebre para una rectificación de la Dirección de

21 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1988. Pág. 199.

Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos y del TFA respecto de su argumentación. Sin embargo, no fue así, en los procedimientos en curso el TFA ha seguido insistiendo en que todo exceso de un LMP en un vertimiento minero causa un daño.

Es más, el Consejo Directivo del OEFA de manera equivocada ha dispuesto en su Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD²² que el daño ambiental puede ser «real» o «potencial». Y repetirá esta peculiar diferenciación de tipos de daño en la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD.²³

Veamos las definiciones que sobre estos tipos de daño ha elaborado el OEFA:

«Daño real:

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

«Daño potencial:

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

(Lo resaltado es nuestro)

Si bien es cierto el término «daño potencial» puede ser entendido en términos generales como la probabilidad de un daño, de ningún modo puede afirmarse jurídicamente que es un tipo de daño. La razón es muy simple: para que sea un tipo de daño, antes debe ser un daño. Si es sólo una probabilidad, entonces no es un daño. Con esta elaboración OEFA ha complicado el lenguaje jurídico utilizando términos y categorías que son contradictorios consigo mismos.

Por otro lado, el OEFA define al «daño real» como detrimento, pérdida, impacto negativo o perjuicio. Es decir, el «daño real» es, en buena cuenta, el daño. Si es el mismo daño, ¿por qué definirlo si ya está definido en la LGA? En todo caso, ¿qué necesidad hay de añadir el adjetivo calificativo «real» al sustantivo daño si éste, por definición es real, cierto, verificable, etc.? Si no es real, no es daño.

c. Antijuridicidad implícita

El numeral 142.2 del artículo 142 de la LGA incluye un elemento que no corresponde a la propia definición: que el daño ambiental puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica. Tal referencia no corresponde, propiamente, a una definición de daño ambiental, sino a un elemento de la responsabilidad civil. La antijuridicidad, al igual que el daño, el nexo causal y los factores de atribución, son elementos de la responsabilidad civil extracontractual.

En esto la definición de la LGA se apartó de su antecedente en el texto de Silvia Jaquenod para precisar que en materia de responsabilidad por daño ambiental el ejercicio regular de un derecho no exime de responsabilidad. Lo que nos está indicando es que la antijuridicidad de una conducta que causa un daño ambiental no depende de la contravención a una disposición legal, sino que por sí misma es antijurídica.²⁴ Deberíamos entender, entonces, que para la LGA la noción jurídica de daño ambiental no requiere la contravención a la ley. Esta disposición de la LGA es distinta a la norma del numeral 1 del artículo 1971 del Código Civil que dispone que no habrá responsabilidad en aquellos casos de hechos ocurridos en el ejercicio regular de un derecho. Es decir uno de los supuestos en los cuales los hechos que causan el daño están justificados.

5. Conclusión

La argumentación contenida en las resoluciones de multa impuestas por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA por exceso de LMP en los vertimientos mineros, así como en las resoluciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental que las confirman, desvirtúan la naturaleza jurídica de la noción de daño ambiental para el derecho peruano.

El adecuado desarrollo en materia de responsabilidad por daño en nuestro incipiente derecho ambiental exige revisar la argumentación contenida en tales resoluciones. Del mismo modo, exige que los términos «daño real» y «daño potencial», según las definiciones contenidas en el Anexo III de la Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD y en la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD, sean eliminados del derecho particular del OEFA. La eficacia del derecho ambiental peruano depende, en parte, de esto. ☒

22 Anexo III de la Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6 del Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM.

23 La cual aprobó los Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas previstas en el literal d) del numeral 22.2 del artículo 22 de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

24 Luego de la aprobación de la LGA por el Congreso de la República el 2005, el Ejecutivo la observó. En el Oficio N° 075-2005-PR que el Presidente de la República dirigió al Presidente del Congreso incluyó una observación, precisamente, al numeral 142.2 del artículo 142 en el extremo referido a la antijuridicidad implícita. Sin embargo, el texto fue aprobado por el Congreso en insistencia, manteniendo el texto original.