

# Fiscalización y Sanción en Materia Ambiental Minera

Liliana Pautrat Medina \*

*“A propósito de la transferencia de funciones que el OSINERGMIN traspasa al OEFA, la autora analiza las diversas competencias administrativas conferidas y el ejercicio de la potestad fiscalizadora y sancionadora del OEFA, a través de la aplicación de las infracciones y la escala de sanciones a cargo de dicho Organismo.”*

Con ocasión de la implementación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), resulta conveniente repasar la situación actual de los procesos de fiscalización, supervisión y sanción en materia minera ambiental, que en su momento fueron transferidos al (Organismo de Supervisión de la Inversión en Energía y Minería, en adelante OSINERGMIN) mediante nombre de Ley No. 28964.

Es así que conviene repasar la situación legislativa con la que inicia funciones así como los vacíos normativos generados y los retos que dicha autoridad debe estar en condiciones de alcanzar.

La transferencia de funciones que el OSINERGMIN efectuó en el presente año en atención al Decreto Supremo No. 001-2010-MINAM, publicado el 21 de enero de 2010, efectiva sin normas transitorias que den expresa continuidad a las normas que regularon las funciones de OSINERGMIN, hace pensar si es posible que, mientras se expiden las normas aplicables, conforme se encuentra establecido, será válidamente aplicable la aplicación de la normativa anterior a los casos que directamente atienda OEFA.

En otras palabras, nos encontramos frente a una institución con objetivos importantes, que se empieza a organizar institucionalmente, pero que en simultáneo tiene el reto y la obligación de llevar a cabo procedimientos de fiscalización, supervisión y sanción; pronunciarse sobre procedimientos administrativos sancionadores vigentes así como adaptar la normativa aplicable para darle coherencia y eficiencia al sistema.

OSINERGMIN cede su competencia administrativa a OEFA, sin embargo los dispositivos correspondientes no se pronunciaron expresamente respecto de la continuación de su aplicación.

No obstante, vale la pena una revisión de las figuras más saltantes aplicadas hasta antes de la transferencia a los procedimientos de fiscalización, supervisión y sanción en materia minero ambiental.

Debe tenerse en cuenta como premisa que el ser humano con cualquiera de las actividades que desarrolla altera el ambiente de manera negativa o positiva, pero también puede controlar, mitigar y remediar esa alteración a través del cumplimiento de las normas y procedimientos. Pero, a través del desarrollo de las actividades mineras no solamente se cumple esta premisa, sino que además para que sea una actividad sustentable, se le exige que no se limite a generar riqueza para el inversionista conservando la calidad de los recursos suelo, aire, agua y las especies, sino que colabore con la mejora en la calidad de vida de las zonas cercanas a los proyectos mineros. De esto último se desprenden exigencias que igualmente son verificadas por la autoridad competente en materia de supervisión y fiscalización ambiental minera al igual que las correspondientes a la evaluación, monitoreo y control de la posible alteración física, química, biológica, atmosférica o por hidrocarburos y derivados tales como petróleo, lubricantes y aceites, entre otros.

## De la Fiscalización en Materia Ambiental

Dentro del marco establecido por la Ley No. 28245, Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, publicada el 8 de junio de 2004, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2005-PCM, publicado el 28 de enero de 2005, que tienen como finalidad orientar, integrar, coordinar, supervisar, evaluar y garantizar la aplicación de las políticas, planes, programas y acciones destinadas a la protección del ambiente y contribuir a la conservación y aprovechamiento sostenible de los

\* Asociada Senior del Estudio Grau y Presidenta del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía - INDEMIPE. Entre otras funciones se desempeñó como Vocal titular, Presidenta del Consejo de Minería del Ministerio de Energía y Minas; y, Directora General de la Oficina de Asesoría Jurídica del Registro Público de Minería (ahora INGEMMET). Ha sido miembro de diversas comisiones consultivas del Colegio de Abogados de Lima y de la Zona Registral de Lima.

recursos naturales, es que se dispone que la fiscalización ambiental comprende las acciones de vigilancia, control, seguimiento, verificación y otras similares, que realizan las autoridades competentes a fin de asegurar el cumplimiento de las normas y obligaciones establecidas por Ley y la normativa correspondiente. Conforme a estos dispositivos, toda persona natural o jurídica está sometida a las acciones de fiscalización que determine la autoridad competente, así como a las sanciones administrativas que correspondan, de acuerdo a Ley. Asimismo, determina que el Estado promueve la participación ciudadana en las acciones de vigilancia y fiscalización ambiental.

### **OEFA como Ente Rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental**

La Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, dispuso la creación del OEFA como organismo público técnico especializado (OTE), adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de las funciones de fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental que corresponde.

La Ley No. 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 5 de marzo de 2009, sistema que rige para toda persona natural o jurídica, pública o privada, principalmente para las entidades del Gobierno Nacional, Regional y Local que ejerzan funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y potestad sancionadora en materia ambiental, dispone que el mismo está a cargo del OEFA como ente rector. La finalidad del Sistema es asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de todas las personas naturales o jurídicas, 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 realicen de forma independiente, imparcial, ágil y eficiente, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley N° 28245, Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, en la Política Nacional del Ambiente y demás normas, políticas, planes, estrategias, programas y acciones destinados a coadyuvar a la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales, al desarrollo de las actividades productivas y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales que contribuyan a una efectiva gestión y protección del ambiente.

**“La finalidad del Sistema es asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de todas las personas naturales o jurídicas (...)”**

Además del OEFA, forman parte del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental el Ministerio del Ambiente (MINAM) como ente rector del Sector

Ambiental; y, las entidades de Fiscalización Ambiental, Nacional, Regional o Local, es decir, aquellas con facultades expresas para desarrollar funciones de fiscalización ambiental y que ejercen sus competencias con independencia funcional del OEFA.

Por Resolución No. 03-2010-OEFA-CD se determinó que el 22 de julio de 2010 sería la fecha en que el OEFA asumiría las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería, transferidas del OSINERGMIN.

### **Competencias Administrativas Conferidas a la OEFA.**

El OEFA cumple función evaluadora, supervisora directa, supervisora de entidades públicas, fiscalizadora y sancionadora, además de normativa.

Cuenta con un Reglamento de Organización y Funciones aprobado por Decreto Supremo No. 001-2009-MINAM, en el que se le atribuye la función general de dirigir y supervisar la aplicación del régimen común de fiscalización de control ambiental, así como ejercer directamente y por delegación las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización y sanción por el incumplimiento de las normas ambientales del Sector Ambiental.

El OEFA comprende dentro de su organización al Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA), que ejerce funciones como última instancia administrativa y que, al igual que otros Tribunales Administrativos, emite resoluciones que son de obligatorio cumplimiento y constituyen precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esto se señale en la misma resolución. Entendemos que esta atribución se debe complementar con la publicación obligatoria de este tipo de resoluciones. Como Órganos de Línea, además de las Direcciones de Evaluación y de Supervisión, se tiene a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, encargada del proceso de fiscalización, sanción y aplicación de incentivos que resulten de su competencia.

Según el Acta de Consejo Directivo del OEFA, que sustentó la Resolución No. 003-2010-OEFA-CD, señala en su numeral 20 que 20. De acuerdo con el análisis realizado, los procedimientos que sirven como base para el ejercicio de las funciones vinculadas a la conservación y protección del medio ambiente en minería son: (i) Procedimiento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras; (ii) Procedimiento Administrativo Sancionador; (iii) Procedimiento para la Contratación de Terceros Supervisores; (iv) Procedimiento de Monitoreo Ambiental por ámbitos geográficos priorizados; (v) Procedimiento para reporte de emergencias en las actividades mineras, en lo concerniente a accidente ambiental e informe de investigación de accidente ambiental; y, (vi) Denuncias de Terceros.

Del acervo documentario de la Gerencia de Fiscalización Minera transferido, según reporte preparado por OSINERGMIN al 22 de julio de 2010, se encontrarían 58 expedientes con apelación ante el Consejo Directivo y 705 pendientes.

### **Ejercicio de la Potestad Fiscalizadora y Sancionadora del OEFA**

De acuerdo a los propósitos de este artículo nos concentraremos en las funciones Fiscalizadora y Sancionadora del OEFA, excluyendo para estos efectos a las funciones Evaluadora, Supervisora Directa y Supervisora de Entidades Públicas que también ostenta y la Normativa, a la que nos referiremos de manera tangencial.

Se encuentra previsto que la función Fiscalizadora, definida como la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables, puede ser ejercida por terceros, correspondiendo al OEFA el establecimiento de los criterios y procedimientos específicos para la clasificación de los terceros que podrán ejercer dichas funciones, así como los procedimientos para la contratación, designación y ejecución de las tareas de supervisión que realizarán.

En ejercicio de sus atribuciones, el OEFA, debe establecer el Régimen de Inspección, a través del cual los supervisados deberán presentar la documentación que acredite que sus actividades y/o instalaciones cumplen con la normatividad ambiental, y con los compromisos asumidos en sus instrumentos de gestión ambiental.

Queda establecido que el OEFA, directamente o a través de terceros, puede ejecutar las acciones necesarias para el desarrollo de sus funciones de fiscalización, para lo cual contará con las siguientes facultades: (i) Realizar fiscalizaciones sin previo aviso en aquellos establecimientos o lugares sujetos a fiscalización; (ii) Hacerse acompañar en las visitas de fiscalización, por peritos y técnicos, que estime necesario para el mejor desarrollo de la función fiscalizadora; (iii) Proceder a practicar cualquier diligencia de investigación, examen o prueba que considere necesario para comprobar que las disposiciones legales se observan correctamente y, en particular; a) Requerir información al sujeto fiscalizado o al personal de la empresa sobre cualquier asunto relativo a la aplicación de las disposiciones legales; b) Exigir la presencia del empresario o de sus representantes y encargados, y de cualesquiera incluidos en su ámbito de actuación, en el centro fiscalizado o en las oficinas públicas designadas por el fiscalizador actuante; c) Examinar en el establecimiento y lugar fiscalizado la documentación con relevancia en la verificación del cumplimiento de la legislación ambiental, tales como: registros, programas informáticos y archivos en soporte magnético, declaraciones oficiales y cualesquiera otros relacionados con las materias sujetas a fiscalización; obtener copias y extractos de los documentos para

anexarlos al expediente administrativo así como requerir la presentación de dicha documentación en las oficinas públicas que se designen al efecto; d) Tomar o sacar muestras de sustancias y materiales utilizados o manipulados en el establecimiento, realizar mediciones, obtener fotografías, videos, grabación de imágenes, levantar croquis y planos, siempre que se notifique al sujeto fiscalizado o a su representante; y, (iv) Recabar y obtener información, datos o antecedentes con relevancia para la función fiscalizadora, guardando confidencialidad exigida por ley respecto de los mismos.

**“(…) el OEFA, directamente o a través de terceros, puede ejecutar las acciones necesarias para el desarrollo de sus funciones de fiscalización (…)”**

Es interesante la facultad del OEFA conforme a la cual puede intervenir de manera extraordinaria ante situaciones excepcionales de flagrante daño al ambiente, *in situ*, cuando no medie acción inmediata de la autoridad competente en fiscalización ambiental, a fin de disponer las acciones conducentes a controlar o mitigar el problema ambiental. La intervención cesará a la presencia de la autoridad responsable.

Además de las atribuciones generales, tales como la de practicar cualquier diligencia de investigación, examen o prueba y fiscalizar con intervención de peritos y técnicos que se considere necesarios, también podrá examinar en el establecimiento y lugar fiscalizado registros, programas informáticos y archivos en soporte magnético, declaraciones oficiales; obtener copias y extractos de los documentos para anexarlos al expediente administrativo; y, requerir, la presentación e dicha documentación en las oficinas públicas que se designe.

### **Tipificación de Infracciones**

En cuanto a la materialización del Principio de Legalidad, ha quedado establecido en el artículo 17° de la Ley No. 29325,<sup>1</sup> que mediante Decreto Supremo, refrendado por el Ministerio del Ambiente y en vía reglamentaria, se tipifican las conductas sancionables administrativamente por infracciones ambientales previstas en la Ley No. 28611, Ley General del Ambiente, y demás normas sobre la materia.

La responsabilidad de los administrados a este respecto es objetiva por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA.

Las infracciones se clasifican como Leves, Graves y Muy Graves, fundamentándose en la afectación a la salud, al ambiente, en su potencialidad o certeza de daño, en la

1 Modificado por el artículo Único de la Ley No., 29514, publicada el 26 de marzo de 2010.

extensión de sus efectos, y otros criterios que puedan ser definidos por las autoridades del Sistema.

Para esta etapa resulta conveniente que OEFA haga uso de su función de aprobar normas, guías, directivas y otros dispositivos legales y técnicos que contemplen un estándar antes, durante y después de los procedimientos de fiscalización, que atiendan al objetivo de proteger el interés público y respetar el derecho de defensa de los administrados.

### **Procedimiento Administrativo Sancionador**

La Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley No. 29325 prevé que el OEFA, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental aprobará el Reglamento del Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental, así como el Régimen de Incentivos, previa opinión favorable del MINAM, los mismos que serán de cumplimiento obligatorio para todas las entidades que cuenten con competencia en fiscalización ambiental.

La Octava Disposición Complementaria Final de la antes citada norma señala que el OEFA, mediante resolución de su Consejo Directivo, aprobará los reglamentos que regulen las funciones de supervisión directa, fiscalización y sanción en materia ambiental que se encuentren dentro de sus competencias.

Por Decreto Supremo No. 001-2010-MINAM, que en su artículo 4° precisó que al término del proceso de transferencia de funciones, toda referencia a las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental que realiza el OSINERGMIN, se entenderá como efectuada al OEFA, pudiendo este último sancionar las infracciones en materia ambiental que hayan sido tipificadas mediante normas y reglamentos emitidos por el OSINERGMIN, aplicando la escala de sanciones que para tal efecto hubiere aprobado dicho organismo regulador.

Se encuentra previsto que el OEFA desarrolle el procedimiento para la determinación de las infracciones administrativas sancionables por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental.

### **Escala de Sanciones**

Sin perjuicio de lo anterior, se encuentra dispuesto que el Ministerio del Ambiente, a propuesta del OEFA aprobará la escala de sanciones aplicables para cada tipo de infracción, tomando como base las sanciones establecidas en la Ley General del Ambiente, que, entre otras considera, la amonestación, multa, decomiso, paralización o restricción de la actividad.<sup>2</sup>

Por Ley No. 29325 se prevé que incumplimiento de una medida cautelar por parte de los administrados

acarrea la imposición de una multa coercitiva no menor a una (1) Unidad Impositiva Tributaria (UIT) ni mayor a cien (100) UIT. La multa coercitiva deberá ser pagada en un plazo de cinco (5) días, vencido el cual se ordenará su cobranza coactiva. En caso de persistirse el incumplimiento se podrá imponer una nueva multa coercitiva, duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa coercitiva impuesta, hasta que se cumpla con la medida ordenada.

La Ley No. 29325 le confiere al OEFA, además, facultades de cobranza coactiva respecto de sus acreencias.

### **Non Bis In Idem**

Con arreglo al artículo 141° de la Ley General del Ambiente, Ley No. 28611, precepto recogido en el artículo 21° de la Ley 28245, la aplicación de regímenes de sanciones por infracciones a normas ambientales se rige por el principio por el que no debe existir ni sucesiva ni simultáneamente doble sanción por el mismo acto u omisión, cuando el mismo configure una o más infracciones.

### **Medidas**

La Ley 29325, desarrolla las medidas cautelares y correctivas así como las de rehabilitación, reparación, compensación y de recuperación del Patrimonio Natural de la Nación.

Es así que antes de iniciarse un procedimiento sancionador o en cualquier etapa del procedimiento el OEFA podrá ordenar medidas cautelares previamente a la determinación de la responsabilidad de los administrados, cuando ello resulte necesario para prevenir un daño irreparable al ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas. Si bien deberán especificarse las aplicables al Sector Minero, las medidas cautelares genéricas o específicas pueden comprender: (i) Decomiso temporal de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción; (ii) Paralización o restricción de la actividad causante de la infracción; no va (iii) Cierre temporal, parcial o total, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la presunta infracción; y, (iv) Otras que sean necesarias para evitar un daño irreparable al ambiente, los recursos naturales, o la salud de las personas.

Dichas medidas cautelares deben ser adoptadas teniendo en consideración el Principio de Razonabilidad, y deben ser debidamente fundamentadas, encontrándose regidas bajo lo dispuesto por el artículo 146° de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En cualquier etapa del procedimiento se podrá suspender, modificar o revocar la medida cautelar, de considerarse pertinente.

2 Artículo 136°.

Encuanto a las medidas correctivas, éstas se podrán ordenar para revertir, o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas. Entre las medidas que pueden dictarse se encuentran, de manera enunciativa, las siguientes: (i) Decomiso definitivo de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción; (ii) La paralización o restricción de la actividad causante de la infracción; (iii) Cierre temporal o definitivo, parcial o total, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la presunta infracción; (iv) Restauración, rehabilitación o reparación de la situación alterada, según sea el caso, y de no ser posible ello, la obligación a compensarla en términos ambientales y/o económica; (v) Otras que se consideren necesarias para revertir o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas; y, (vi) Otras que se consideren necesarias para evitar la continuación del efecto nocivo que la conducta infractora produzca o pudiera producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas.

En cuanto a las medidas de restauración, rehabilitación, reparación, compensación y de recuperación del Patrimonio Natural de la Nación, pueden imponerse, sin perjuicio de cualquiera de las sanciones establecidas, de modo que la autoridad competente puede obligar a la persona natural o jurídica responsable del daño a restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso, o a compensarla en términos

ambientales cuando lo anterior no fuera posible, de conformidad con el artículo IX de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente. También puede la autoridad competente recuperar, retener o decomisar bienes, o productos derivados de los mismos, que se hayan originado como consecuencia de la extracción o aprovechamiento ilegal de los recursos naturales, en tanto constituyen Patrimonio Natural de la Nación de conformidad con la Constitución Política. A tal efecto, se emitirá la norma administrativa específica para la aplicación de esta disposición.

### **De los Costos de la Fiscalización y Medios Probatorios**

La Ley No. 29325 señala que el Reglamento podrá disponer la asunción de los costos de la supervisión y fiscalización por parte de los administrados.

Igualmente, se encuentra considerado que si en el procedimiento sancionador o en la instrucción preliminar, a solicitud de parte, se ofreciera la actuación de pruebas que generen gastos no previstos en la instrucción, éstos serán de cargo del solicitante. Dichas pruebas se actuarán una vez que este haya realizado el respectivo depósito.

### **Registro de Supervisores y Fiscalizadores del OEFA**

A la fecha se encuentra aprobada la Directiva denominada "Procedimiento de Inscripción en el Registro de Supervisores y Fiscalizadores del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA", según Resolución de Presidencia del Consejo Directivo del OEFA No. 054-2010-OEFA/PCD de 21 de octubre de 2010.