JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL DEL OEFA

50 CRITERIOS RESOLUTIVOS (2013-2023)

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL DEL OEFA

50 CRITERIOS RESOLUTIVOS (2013-2023)

César Neyra Cruzado
Milagros Aldana Ugaz

PALESTRA

PALESTRA | PRÁCTICA

CONTENIDO

ABREVIATURAS Y SIGLAS 11

INTRODUCCIÓN 15

1. CINCO PRECEDENTES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA 31
   - 1.1. El exceso en los LMP causa un menoscabo material 31
   - 1.2. El principio de prevención en la fiscalización ambiental 34
   - 1.3. Del carácter insubsanable de los excesos en los LMP 37
   - 1.4. Del carácter insubsanable de las infracciones relacionadas con los monitoreos 41
   - 1.5. Cuando existan múltiples excesos de los LMP se agrupan por período de monitoreo 42
   - 1.6. Delimitación de los costos de planificación en la omisión de monitoreos ambientales 44

2. TEMAS PROCESALES 51
   - 2.1. No realizar el cierre de componentes es una infracción permanente 51
   - 2.2. Fotografías fechadas y georreferenciadas 53
   - 2.3. Administrados sujetos a procedimientos concursales 55
   - 2.4. Interpretación restrictiva de los supuestos de habilitantes de ampliación del plazo de caducidad administrativa 56
   - 2.5. La irretroactividad benigna de los actos administrativos 57

2.6. De la fuente de obligación y el respeto del principio de tipicidad 59

2.7. Información inexacta 60

2.8. De las medidas de prevención y su inclusión en los instrumentos de gestión ambiental 61

2.9. Nulidad de multa por falta de sustento 62

2.10. Principio de razonabilidad 64

2.11. Disposición administrativa confusa 66

2.12. Inejecutoriedad de medidas correctivas 67

2.13. Concurso de infracciones 69

2.14. Nulidad por notificación incompleta 72

2.15. Requisitos mínimos de la documentación acreditativa en la imposición de la multa 75

2.16. Retroactividad benigna y Reporte de Emergencias Ambientales 76

2.17. Requerimiento de información para determinar los costos evitados en un contexto de asimetría de información 78

2.18. Interpretación correcta de la RCD N.º 001-2020-OEFA/CD para la aplicación de multas 82

3. NEXO CAUSAL 87

3.1. La mejora manifiestamente evidente 87

3.2. Riesgos propios de la actividad 90

3.3. Rompimiento del nexo causal por hecho determinante de tercero 92

3.4. El criterio de la gravedad para la probanza del daño real en la salud de las personas 94

3.5. Pruebas razonables para declarar responsabilidad administrativa 97

3.6. Principio de causalidad en el PAS 98

4. TEMAS TÉCNICOS 107

4.1. La muestra dirimente 107

4.2. LMP para efluentes domésticos 110

4.3. Modificación de medida correctiva 113

4.4. OEFA no requiere contar con acreditación de INACAL para la toma de muestras y medición 114

4.5. Toma de muestras bien realizadas 115

4.6. Prueba organoléptica 117

5. SUBSANACIÓN VOLUNTARIA 123

5.1. No hay pérdida de la voluntariedad por requerimiento de información 123

5.2. Es insubsanable implementar componentes no previstos en el IGA 126

5.3. No remitir información se erige como una conducta insubsanable 127

5.4. Es insubsanable no tomar medidas de prevención 129

5.5. Subsanación voluntaria 130

5.6. El carácter insubsanable de no comunicar emergencias ambientales 131

5.7. Es insubsanable no tramitar el IGA oportunamente 133

6. CRITERIOS SECTORIALES 139

6.1. Caudal mínimo en las actividades de generación hidroeléctrica 139

6.2. De condición de pasivos ambientales en el sector hidrocarburos 142

6.3. Del empleo de los estándares de calidad ambiental internacionales en la determinación de un incumplimiento a la normativa nacional de hidrocarburos 143

6.4. Diferencia entre materia prima y residuo sólido 145

6.5. Aplicación del principio de razonabilidad en el ámbito de las medidas correctivas 146

6.6. Principio de prevención para el sector agrario 148

6.7. Las medidas preventivas y su interacción con las Acciones de Primera Respuesta del RPAAH 2021 150

ANEXO. CUADRO DE RESOLUCIONES.....155

BIBLIOGRAFÍA 159

ABREVIATURAS Y SIGLAS

OEFA	Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental
LMP	Límites Máximos Permisibles
Osinergmin	Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería
UIT	Unidades Impositivas Tributarias
TUO de la LPAG	Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General
PAMA	Programa de Adecuación y Manejo Ambiental
IGA	Instrumento de Gestión Ambiental
SINEFA	Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental
MINEM	Ministerio de Energía y Minas
INACAL	Instituto Nacional de Calidad
Reglamento de Supervisión del OEFA	Resolución de Consejo Directivo N.º 006-2019-OEFA-CD
Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA	Resolución de Consejo Directivo N.º 027-2017-OEFA/CD

PAS	Procedimiento Administrativo Sancionador
RPAAH	Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 039-2014-EM
RREA	Reglamento del reporte de emergencias ambientales de las actividades bajo el ámbito de competencia del OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N.º 018-2013-OEFA-CD y sus modificatorias.
Ley N.º 30230	Ley N.º 30230, Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país.

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

Una de las preocupaciones más urgentes de este nuevo siglo es saber cómo cuidar nuestro mundo y la adecuada correlación que debe haber entre los elementos que lo conforman: atmósfera (aire), hidrósfera (agua), litósfera (tierra) y biósfera (biota); siendo los modernos avances científicos —computadoras, satélites, modelos conceptuales, entre otros— los que nos permiten vislumbrar sus interrelaciones, y cada vez conocemos mejor el ciclo del agua, el ciclo del carbono, el ciclo del nitrógeno, el ciclo del fósforo, entre otros, todos ellos elementos esenciales para la vida en el planeta.

Si bien estas circunstancias dotan de mayor visibilidad el estado actual del ambiente y, consecuentemente, la necesidad de su protección, la problemática del daño ambiental y las formas de paliar sus impactos por parte de las autoridades, tiene larga data; así, harto conocido es que, si bien producto de la Revolución Industrial se lograron notables progresos para sacar a millones de personas de la pobreza y subdesarrollo, lamentablemente y en paralelo se contaminó el ambiente, como nunca antes se tenía registro.

Uno de los casos más conocidos de contaminación internacional fue el de la contaminación transfronteriza iniciada en el año 1896, por la *Fundición Trail*, la cual si bien se encontraba ubicada en Canadá sus emisiones impactaban negativamente en los campos de cultivo del estado de Washington-USA; lo que llevó a que las partes involucradas acordaran realizar un arbitraje, el cual culminó con los laudos de 1938 y de 1941 (Gómez-Robledo 2003).

En el Perú, en el año 1922, la Cerro de Pasco Corporation instaló la "nueva" *Fundición de la Oroya*, que inició a la gran industria en el país por los ingentes capitales involucrados. Pocos años después de su inauguración, el Cuerpo de Ingenieros de Minas del Ministerio de Fomento informó que dicha fundición lanzaba "un volumen diario de 38 millones metros cúbicos de humos", por lo recomendaba instalar unas chimeneas que funcionen con el método electrostático Cottrell; lo cual se realizó varios años después a un costo de US$ 3'000,000 de dólares, toda una fortuna para la época (Bravo 2015).

Se encuentra bien documentado que ambas fundiciones, así como otras alrededor del mundo, generaron y generan una gran contaminación en el aíre, agua, suelo, flora, fauna, así como en la vida y salud humana;

pero también, es cierto que esto fue permitido por los gobiernos y sociedades para materializar los ideales de progreso tecnológico y desarrollo económico; por ello con ironía se dirá que estos son los tiempos de la contaminación "beneficiosa".

En el Perú, en uno de los primeros intentos para tratar de ordenar el tránsito de una sociedad agrícola a una sociedad industrial, el presidente de la República Mariano Ignacio Prado, a través del Decreto del 4 de junio de 1866, aprobó el Reglamento de Policía Municipal, el cual encargó al Ministerio de Gobierno, Policía y Obras Publicas velar que:

> Artículo 29.- No se permitirá dentro de las ciudades establecimientos de curtiembres, camales, tintorerías y demás industrias de este género: deberán situarse en los arrabales y con la precisa condición de tener agua interior suficiente para su uso y limpieza.
>
> Artículo 30.- Las municipalidades de acuerdo con la Junta de Sanidad, determinarán el lugar en que deban establecerse en las ciudades las herrerías, fundiciones y demás industrias que puedan comprometer la salud pública.

Como se puede apreciar, en el primero de los artículos citados, se dispone que las industrias contaminantes se ubiquen en los "arrabales", esto es las zonas periféricas y pobres de las ciudades, a condición de que tengan agua suficiente para limpiar; por ello, se señala con acierto que la intención de estas primeras legislaciones era "esconder" la contaminación, mas no tomar medidas para evitarla. En el segundo de ellos, se agrega un requisito adicional para las industrias muy contaminantes como las fundiciones, pues se requiere acoger la recomendación de la Junta de Sanidad, la cual estaba conformada por autoridades políticas y eclesiásticas, así como médicos de la localidad; quienes ante problemas puntuales de salubridad trataban de llegar a una solución consensuada.

Ciertamente, han pasado más de cien años de los hechos antes relatados, pero ello nos ha permitido vislumbrar la tensión existente entre el deseo de producción de mayor cantidad de bienes y servicios para que la humanidad satisfaga sus necesidades, y la urgencia de controlar la contaminación ambiental que viene aparejada; a partir de una mejora regulatoria y de la implementación de mecanismos de cumplimiento regulatorio y fiscalización eficientes.

Para lo primero, y haciendo un salto temporal a nuestra historia más reciente, este cometido se afrontó con la abrogada Constitución Política

del Perú de 1979, la cual, bajo la influencia de la Constitución española del año anterior y de la fuerte preocupación internacional por la contaminación ambiental, estableció en el título del Régimen Económico, capítulo de los Recursos Naturales, lo siguiente:

> Artículo 123.-Todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental.

De esta forma nace en el país el derecho constitucional de las personas a vivir en un ambiente saludable —lo que se condice con su dignidad— y la obligación de empresas privadas e instituciones públicas de prevenir y controlar la contaminación ambiental. Como normas de desarrollo encontramos el Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales (1991), el Código Penal (1991) que contempla el delito de contaminación ambiental, el Decreto Legislativo N.º 757 (1991) que, entre otros, también regula temas ambientales.

Actualmente, la vigente Constitución Política de 1993 afinará el enfoque, pues dicho derecho pasará al Título I: De la Persona y de la Sociedad, Capítulo I: Derechos Fundamentales de la Persona, como se detalla a continuación:

> Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.
>
> Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: [...]
>
> 22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

Con lo cual ya no queda duda que el derecho constitucional a un ambiente saludable ya no es un derecho programático que será provisto por el Estado y la sociedad en la medida de sus posibilidades, sino un derecho fundamental que despliega sus efectos de manera inmediata, por lo que obliga a su promoción y protección actual por parte de todos los agentes involucrados. Cierto es que no es un derecho absoluto, pues deberá ser conciliado con los derechos del tríptico económico (trabajo, propiedad

privada y libertad de empresa) bajo el concepto de la dignidad de la persona; esto es bajo una visión antropocéntrica (Landa 2017).

Complementando ello, el artículo 67 de la carta fundamental establecerá que el "Estado determina la política nacional del ambiente", lo que a la fecha se traduce en que se encuentran bajo la conducción del Ministerio del Ambiente: (i) la Política Nacional del Ambiente; (ii) la Estrategia Nacional ante el Cambio Climático; (iii) el Plan Nacional de Gestión Integral de Residuos Sólidos; y, (iv) la Política Nacional de Glaciares y Ecosistemas de Montañas (R. M. N.º 197-2023-MINAM). Lo cual revela la gran tarea que tiene el Estado y la sociedad para poder conjurar todos los problemas que han sido generados por la contaminación ambiental; así como darle realidad y vigencia al derecho humano a gozar de un ambiente saludable y apto para el desarrollo de la vida.

Una de las primeras normas que orientarán el accionar del Estado y la sociedad es la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, Ley N.º 26821 (1997), la cual establece "un marco adecuado para el fomento a la inversión, procurando un equilibrio dinámico entre el crecimiento económico, la conservación de los recursos naturales y del ambiente y el desarrollo integral de la persona humana". Entendiendo, que no puede haber una priorización de un derecho sobre otro, sino una conciliación de los diversos intereses en conflicto.

La Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, Ley N.º 27446 (2001), creará un "sistema único y coordinado de identificación, prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas por medio del proyecto de inversión". El cual tiene como nota característica que busca anticiparse, esto es desde la planificación, a los efectos negativos —y no deseados— de los proyectos de inversión que producen los bienes y servicios que son esenciales para nuestra vida. Para ello, se escalan diferentes acciones como son la prevención, minimización, rehabilitación y compensación, todo ello desde la Jerarquía de la Mitigación.

El Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA), en atención a sus normas complementarias y reglamentarias, realizará una caracterización y ponderación de los impactos ambientales negativos que materializan las actividades económicas (extractivas, productivas y de servicios) y que suponen un riesgo para el ambiente y la salud de las personas, lo cual podemos apreciar de manera esquemática en el cuadro siguiente:

Cuadro 1

	Alcance	Denominación del impacto	Documento representativo
Nivel 7	Fuera del SEIA por exceso	Inaceptable	Denuncia fiscal contra perpetradores
Nivel 6	Forman parte del SEIA Existen obligaciones generales y obligaciones especificas	Alto	EIA-d (Categoría III)
Nivel 5		Moderado	EIA-sd (Categoría II)
Nivel 4		Leve	DIA (Categoría I)
Nivel 3		No significativo	ITS FTA-minería
Nivel 2		Nimio	Comunicación al OEFA
Nivel 1	Fuera del SEIA por defecto Solo existen obligaciones generales	Irrelevante	Licencia de funcionamiento FTA-pesca

Fuente: Neyra (2023).

En el *Nivel 7* encontramos las actividades económicas que por exceso se encuentran fuera del SEIA, toda vez que generan impactos ambientales negativos *inaceptables* en los recursos naturales y la salud de las personas. Hablamos de las actividades económicas realizadas al margen de la ley, como son la minería o tala ilegal, por lo que propiamente corresponde la actuación del Ministerio Publico y la Policía Nacional para perseguir, entre otros, los delitos de contaminación ambiental y contra los recursos naturales (arts. 304 al 314 del Código Penal).

En los *Niveles 6 al 4* tenemos, lo que podríamos llamar el núcleo del SEIA y donde se desenvuelve el Certificador Ambiental, en el cual los impactos ambientales negativos se denominan: *alto*, *moderado* y *leve*; así mismo a cada uno de ellos le ha asignado una Categoría (III, II y I) y el

respectivo instrumento de gestión ambiental que le corresponde: EIA-d, EIA-sd y DIA.

En el *Nivel 3* también nos encontramos dentro del SEIA y tenemos a los impactos ambientales negativos *no significativos,* para el cual el administrado se encuentra obligado a tramitar un informe técnico sustentatorio (el famoso ITS), el cual es considerado un instrumento de gestión ambiental complementario, pues opera con relación a los impactos ya evaluados en las Categorías I, II y III.

En el *Nivel 2* hallamos unos impactos ambientales a los que hemos denominado *nimios*, que se producen por el riego de caminos con aguas tratadas, revegetación de áreas, o cambio de equipos obsoletos, entre otros, los cuales por su escasa magnitud no requieren una evaluación previa por parte del certificador ambiental, sino únicamente que la autoridad fiscalizadora verifique en campo que dichas actividades no hayan generado un impacto ambiental negativo.

Finalmente, llegamos al *Nivel 1* donde se localizan las actividades que por defecto no forman parte del SEIA, esto es, no están contemplados en el Anexo 2 del reglamento de la Ley del SEIA, pues los impactos ambientales que pudieran generar son irrelevantes. Para apreciar esto, veamos un ejemplo del sector agricultura: conforme el anexo antes indicado, requerirán de certificación ambiental aquellos proyectos que contemplen la crianza de más de 160 cabezas de ganado. Es decir, los proyectos que manejen un número inferior de reses no requieren certificación ambiental y por este mismo motivo no se les exigirá que cumplan con las "obligaciones ambientales específicas" de un IGA —con el que obviamente no cuentan—, sino que cumplan las "obligaciones ambientales generales" de normatividad sectorial y trasversal, tal como manejo de residuos sólidos, ECA-ruido, compatibilidad de uso de suelos, entre otras.

Como se puede apreciar, en el esquema propuesto existen las obligaciones ambientales generales que nacen directamente de la norma y las obligaciones ambientales especificas o particulares que son diseñadas para cada administrado de los sectores socialmente regulados, mediante la aprobación de los instrumentos de gestión ambiental.

Y precisamente para velar por el cabal cumplimiento de estas obligaciones ambientales generales y particulares se creó el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), como ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA); quien despliega sus funciones para lograr ese equilibrio que debe existir entre el desarrollo de las actividades económicas y un ambiente sano.