

## Relación entre exceso de límites máximos permisibles y la configuración del daño ambiental en el sector minero

Karen Flores Alva\*

El presente artículo desarrollará la incorrecta equiparación que las autoridades competentes en el sector minero suelen realizar entre el exceso de Límites Máximos Permisibles (LMP) y el daño al ambiente. Para ello resultará elemental el análisis del tratamiento que se le ha dado a tres conceptos claves en el derecho del medio ambiente: (i) LMP, (ii) daño “real” al ambiente y (iii) daño “potencial” al ambiente. Es así que se analizará cómo inicialmente, en el sector minero se consideraba que el exceso de los LMP implicaba la configuración del daño al ambiente para luego considerar que si bien puede que no se configure un daño “real”, nos encontrábamos frente a un daño “potencial” al ambiente.

De esta manera, se iniciará el presente trabajo definiendo cuáles son las normas en las que se encuentran las definiciones que serán materia de análisis. Luego, se brindarán las definiciones de (i) LMP, (ii) daño “real” al ambiente y (iii) daño “potencial” al ambiente en el ordenamiento ambiental peruano. Posteriormente, se explicará el análisis que cada organismo competente del sector minería realizó respecto de la relación entre el exceso de los LMP y el daño ambiental. Es así que se explicará cómo en un inicio, el OSINERGMIN equiparó el exceso de LMP con configuración del daño ambiental para luego pasar el OEFA a continuar con el mencionado error. Sin embargo, el OEFA para validar esta configuración utiliza la figura del daño “potencial”. Finalmente se procederá a realizar las conclusiones, siendo éstas las siguientes: (i) el exceso de los LMP no implica la configuración del daño ambiental, (ii) el exceso de los LMP puede, como no, implicar daño ambiental pero para ello se deberá realizar un análisis del cuerpo receptor, y (iii) el daño “potencial” no es propiamente un daño, sino un riesgo que como tal debe gestionarse.

---

\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada del área de Derecho Ambiental de Santiváñez Abogados.

## I. Normas materia de análisis

Los instrumentos normativos materia de análisis son los siguientes:

- Decreto Supremo No. 016-93-EM: *Reglamento del Título Décimo Quinto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, sobre el medio ambiente.*  
Este reglamento es anterior al Decreto Supremo No. 040-2014-EM y nos muestra el poco desarrollo normativo respecto de los términos materia de análisis. Así, el concepto de “daño ambiental” no es desarrollado; mientras que respecto de los “niveles máximos permisibles”, su artículo 5 dispone la *“obligación de evitar e impedir que aquellos elementos y/o sustancias que por sus concentraciones y/o prolongada permanencia puedan tener efectos adversos en el medio ambiente, sobrepasen los niveles máximos permisibles establecidos”*.
- Resolución Ministerial No. 353-2000-EM/VMM<sup>1</sup>: *Aprueban escala de multas y penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias.*  
Esta norma era la utilizada para sancionar a los titulares mineros frente al incumplimiento de los LMP de efluentes y/o emisiones. La sanción pecuniaria mínima para una infracción era de 10 UIT, mientras que en caso se determine la ocurrencia de un daño ambiental, la mínima sanción era de 50 UIT. También se consideraban los casos en los que como consecuencia de la infracción se ocasionaba una catástrofe ambiental, en cuyo caso la multa máxima era de 600 UIT.
- Ley No. 28611: *Ley General del Ambiente*  
Esta norma resulta elemental para comprender los conceptos de LMP y daño ambiental. Asimismo, contiene principios que deben ser aplicados al momento de realizar la interpretación de normas.
- Resolución de Consejo Directivo No. 045-2013-OEFA/CD  
*Aprueban Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones relacionadas al incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles (LMP) previstos para actividades económicas bajo el ámbito de competencia del OEFA*  
Esta es una norma de carácter transversal a ser aplicada a todas las actividades bajo la competencia del OEFA. Se califican las infracciones

---

1 Se considera que la presente norma vulnera los principios de legalidad y tipicidad del derecho administrativo sancionador. Sin embargo, ese no es el tema de análisis del presente trabajo.

por exceso de los LMP como leves, graves o muy graves. La gradualidad dependerá del porcentaje en el cual el efluente o emisión ha sobrepasado los LMP, si se trata de un parámetro de mayor riesgo ambiental o si se ha ocasionado un daño a la flora, fauna, salud o vida humana.

- Resolución de Presidencia del Consejo Directivo No. 035-2013-OEFA/PCD

*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 No. 007-2012-MINAM.*

La Metodología aprobada mediante la presente Resolución proporciona criterios objetivos para la graduación de las sanciones que la autoridad administrativa determine por el incumplimiento de la normativa ambiental en aquellas actividades vinculadas a la gran y mediana minería, y con relación a las labores de explotación, beneficio, transporte y almacenamiento de concentrados de minerales.

## II. Definiciones preliminares

### a) Límites máximos permisibles

El artículo 32 de la LGA define a los LMP de la siguiente manera:

*“Artículo 32.- Del Límite Máximo Permisible*

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

*32.2 El LMP guarda coherencia entre el nivel de protección ambiental establecido para una fuente determinada y los niveles generales que se establecen en los ECA. La implementación de estos instrumentos debe asegurar que no se exceda la capacidad de carga de los ecosistemas, de acuerdo con las normas sobre la materia.”*

Entonces, los LMP son instrumentos ambientales que sirven para el control y la fiscalización de los agentes económicos que en el desarrollo de sus actividades producen efluentes y emisiones. Tienen como finalidad verificar si éstos se encuentran dentro de los parámetros que se han determinado como inocuos para la salud, el bienestar humano y la salud<sup>2</sup>.

De esta manera, a través de los LMP, las correspondientes autoridades ambientales establecen parámetros que consideran inocuos, pues se entiende que no afectan el derecho al medio ambiente adecuado y equilibrado del cual todos gozamos. Es así que la sociedad decide qué riesgos quiere asumir y cuáles son los daños tolerables<sup>3</sup>.

## **b) Daño ambiental**

El artículo 142 de la LGA brinda una definición de lo que debe entenderse por daño ambiental, conforme se señala a continuación:

*“Artículo 142.- De la responsabilidad por daños ambientales*

*142.1 Aquel que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas.*

*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.”*

Entonces, por daño ambiental se entiende a todo menoscabo material, que puede ser causado contraviniendo disposición jurídica o no, que genere efectos negativos actuales o potenciales sobre los bienes jurídicos objeto de

---

2 ANDALUZ, Carlos. Manual de Derecho Ambiental. Lima: Editorial Iustitia, 2013. Página 432.

3 DE LA PUENTE, Lorenzo. “La noción jurídica del daño ambiental y una peculiar argumentación del Tribunal de Fiscalización Ambiental” *Derecho y Sociedad, Revista de Derecho*, 42 (2014), pp. 175.

protección<sup>4</sup>. A continuación se explicará cada uno de los componentes del daño ambiental.

### **b.1) Menoscabo material al ambiente y/o sus componentes**

#### ***Ambiente y sus componentes***

Considero apropiado empezar el presente punto con la definición de “el ambiente y/o sus componentes”. Al respecto, se debe considerar la definición brindada en la LGA:

*“2.3 Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al “ambiente” o a sus componentes” comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.”*

En razón de esta definición debe precisarse que lo que se analizará para el presente trabajo es el denominado “daño ecológico puro” y no el “daño por influjo ambiental”. Sobre este punto, Henao señala que existe un daño ambiental puro y un daño ambiental consecutivo. El primero es el que afecta al medio natural en sí mismo; mientras que el segundo es la repercusión de una afrenta al ambiente respecto de una persona determinada, el que afecta el patrimonio individual de las personas<sup>5</sup>. Añade Lanegra que la salud, la vida, o la propiedad pueden sufrir un menoscabo por un cambio en la situación del ambiente y sus componentes. Asimismo, otros derechos colectivos como la identidad cultural pueden ser afectados. Sin embargo, estos daños se producen a través del ambiente, pero no son, propiamente, un daño al ambiente<sup>6</sup>.

---

4 De acuerdo a lo señalado en la Sexta Disposición de la Resolución de Consejo Directivo No. 038-2013-OEFA-CD, los artículos 142-147 de la LGA regulan aspectos de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente. Por este motivo en el presente informe solo se analizará la definición del daño ambiental.

5 SAN MARTÍN, Diego. El daño ambiental: un estudio de la institución del Derecho Ambiental y su impacto en la sociedad. Lima: GRIJLEY, 2015. Página 136.

6 LANEGRA, Iván. “El daño ambiental en la Ley General del Ambiente”. Revista Derecho PUCP No. 70. Página 190.

### ***La existencia de un daño cierto***

Ahora corresponde analizar lo que debe entenderse por “menoscabo material al ambiente y/o sus componentes”. Al respecto, la Real Academia Española define menoscabar como disminuir, deteriorar o causar mengua. A ello debe añadirse el hecho que De la Puente<sup>7</sup> considera que este deterioro exige la existencia de un daño cierto. En efecto, el mencionado autor citando a De Trazegnies señala que la característica general de todo daño que aspira a una reparación es que el mismo exista y se verifique, pues sin la existencia del daño, el Derecho no tiene razón de actuar. En ese mismo sentido se ha considerado en la Directiva 2004/35/CE de la Unión Europea, en la cual definen al daño como aquel *cambio adverso mensurable* de un recurso natural o el *perjuicio mensurable* a un servicio de recursos naturales, tanto si se producen directa como indirectamente<sup>8</sup>. En la misma línea, el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente considera que “*daño ambiental es un cambio que tiene un impacto adverso considerable sobre la calidad de un particular ambiente o alguno de sus componentes, incluyendo sus valores utilitarios y no utilitarios y su habilidad para soportar una aceptable y sustentable calidad de vida y un equilibrio ecológico viable*”<sup>9</sup>. Finalmente, como señala Esteve Pardo, debemos encontrarnos frente a la *pérdida o deterioro* de un recurso natural o un bien con significación ambiental que implique una negativa consecuencia ecológica<sup>10</sup>.

Entonces, de lo señalado líneas arriba puede concluirse que el daño ambiental requiere de certeza, al menos en tanto a su ocurrencia, pues solo de esta manera podría requerirse de una posterior reparación.

### ***Impacto ambiental y daño ambiental***

En este punto, corresponde diferenciar el impacto ambiental del daño ambiental. En este sentido, Pastorino señala que cualquier actividad humana

---

7 DE LA PUENTE, Lorenzo. “Responsabilidad por el daño ambiental puro y el Código Civil Peruano”. THEMIS, Revista de Derecho No. 60. Página. 297.

8 Directiva 2004/35/CE (Sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales).

9 UNEP, Liability and compensation regimes related to environmental damage: review by UNEP Secretariat for and Expert Meeting 13th-15.

10 ESTEVE PARDO, José. Derecho del medio ambiente. Madrid: Marcial Pons, 2008. Página 96.

puede producir un impacto en el sentido de “efecto de una actividad sobre la naturaleza”. Sin embargo, los impactos no siempre son negativos y si lo son, no todos provocan un daño. Es así que concluye que un concepto demasiado estricto de daño ambiental como todo impacto negativo impediría casi todas las actividades humanas, ya que ellas alteran el medio ambiente en alguna medida<sup>11</sup>.

Ante todo, debe tenerse en cuenta que toda actividad humana genera un impacto en el medio ambiente. Respecto del impacto ambiental, Andaluz citando a Cravioto precisa lo siguiente:

*“Se configura el impacto ambiental cuando una actividad o acción origina o produce una alteración, modificación o cambio en el ambiente o en alguno de los componentes del sistema ambiental, de cierta magnitud o complejidad.”<sup>12</sup>*

Continúa el autor señalando que los impactos pueden ser positivos o negativos, asimismo pueden producir efectos directos e indirectos, mediatos o inmediatos, además pueden tener una incidencia puntual o acumulativo<sup>13</sup>.

A lo antes mencionado corresponde añadir que nuestra legislación define al “impacto ambiental negativo significativo” como la alteración ambiental que se produce en uno, varios o en la totalidad de factores que componen el ambiente como resultado de la ejecución de proyectos o actividades con características, envergadura o localización con ciertas particularidades<sup>14</sup>.

De esta manera podemos concluir que no todo impacto ambiental negativo configura un daño ambiental. Entonces, para encontrarnos frente al “daño ambiental” el menoscabo debe ser cierto y recaer sobre aspectos ambientales esenciales para el desarrollo pleno de la vida humana y los ecosistemas en general.

---

11 PASTORINO, Leonardo Fabio. El daño al ambiente. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005. Página 17.

12 ANDALUZ, Carlos. Op. cit., p. 463.

13 Ídem.

14 Definición brindada en el Anexo I del Decreto Supremo No.019-2009-MINAM.

## b.2) Efectos negativos actuales o potenciales

La LGA también señala que el daño ambiental genera efectos negativos actuales o potenciales. Al respecto, De la Puente<sup>15</sup> sostiene que **la potencialidad no se encuentra referida al menoscabo, sino al efecto**. El menoscabo, como se señaló en el punto anterior, debe ser cierto.

También corresponde señalar lo mencionado por Lanegra<sup>16</sup>, quien precisa que solo si el menoscabo material genera efectos negativos –actuales o potenciales- sobre otros bienes jurídicos –entendiéndose como tales a la vida y salud humana, así como otros bienes sociales, económicos, culturales- es que puede afirmarse que nos encontramos frente a daño ambiental. De manera similar opina Sánchez, quien precisa que solamente los efectos pueden ser actuales o potenciales, las causas que generan esos efectos sí deben verificarse en la realidad<sup>17</sup>. Al respecto también se pronuncia González, quien precisa que la incertidumbre del daño ambiental se da en lo relativo a sus causas y sus efectos. Respecto de los últimos, el autor señala que no se sabe con certeza su alcance personal o material y tampoco su alcance temporal y si éstos tendrán efectos secundarios más graves que los iniciales<sup>18</sup>.

Entonces para hablar de daño ambiental se debe verificar que nos encontramos frente (i) un menoscabo cierto al ambiente o sus componentes, y (ii) efectos negativos actuales o potenciales.

## c. El daño potencial

Al interior del OEFA, tanto la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (DFSAI) como el Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) han venido sosteniendo que el riesgo es un tipo de daño utilizando una interpretación que se aparta de los principios generales del derecho y prescinde

---

15 DE LA PUENTE, Lorenzo. “Responsabilidad por el daño ambiental puro y el Código Civil Peruano”. THEMIS, Revista de Derecho No. 60. Página 298.

16 LANEGRA, Iván. “El daño ambiental en la Ley General del Ambiente”. Revista Derecho PUCP No. 70. Página 190.

17 SANCHEZ, Gadwyn. “El principio de responsabilidad ambiental y su aplicación por la administración pública en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores: una perspectiva crítica. En: *Thémis*, Época 2, No. 58 (2010). Página 279.

18 GONZÁLEZ, Juan José. *La responsabilidad por el daño ambiental en México: el paradigma de la reparación*. México: Universidad Autónoma Metropolitana, 2002. Página 104.

de las normas básicas del régimen de responsabilidad por daño<sup>19</sup>. Es así que a la fecha, el OEFA considera que la noción jurídica de daño ambiental comprende el “daño real” y el denominado “daño potencial”. Una de las manifestaciones de este error es la Resolución de Presidencia de Consejo Directivo No. 035-2013-OEFA/PCD<sup>20</sup>. Sobre el daño potencial se señala lo siguiente:

*“a.2) 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.”*

Entonces, el OEFA considera al riesgo como un tipo de daño (“daño potencial”) y ello ha llevado a que en diversos casos se considere que el exceso de un LMP - lo cual constituye un incumplimiento de una obligación ambiental fiscalizable – constituye a su vez un daño al medio ambiente.

### **III. La transferencia de competencias y errores: del OSINERGMIN al OEFA**

Como se señaló al inicio, el presente artículo comprende un análisis del tratamiento del exceso de los LMP y la configuración del daño ambiental desde el momento en el que OSINERGMIN contaba con competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras en razón de la Ley No. 28964<sup>21</sup>, las cuales anteriormente eran realizadas por el Ministerio de Energía y Minas a través de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros.

---

19 DE LA PUENTE, Lorenzo. “La noción jurídica del daño ambiental y una peculiar argumentación del Tribunal de Fiscalización Ambiental” *Derecho y Sociedad, Revista de Derecho*, 42 (2014), pp. 170.

20 Resolución de Presidencia de Consejo Directivo No. 035-2013-OEFA/PCD.- 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.

21 Ley No. 28964. “Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERGMIN” publicada con fecha 24 de enero de 2007 en el Diario Oficial “El Peruano”.

Luego, a través de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo No. 1013 se crea el OEFA. Posteriormente, se establece mediante la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley No. 29325<sup>22</sup> que el OEFA asumirá las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental que las entidades sectoriales se encuentren realizando. Posteriormente, mediante Decreto Supremo No. 001-2010-MINAM<sup>23</sup> se inicia el proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA; y mediante Resolución No. 003-2010-OEFA/CD<sup>24</sup> se establece como fecha efectiva de la transferencia de funciones en el ámbito minera el 22 de julio de 2010.

Entonces, respecto de la equiparación del exceso de los LMP con la configuración del daño ambiental, De la Puente señala que la errada interpretación se viene desarrollando desde el año 2007, cuando el OSINERGMIN era la autoridad competente en materia de supervisión y fiscalización en materia ambiental para el sector minero<sup>25</sup>:

*“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.”*

---

22 Ley No. 29325. “Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental” publicada con fecha 5 de marzo de 2009 en el Diario Oficial “El Peruano”.

23 Decreto Supremo No. 001-2010-MINAM. “Aprueban inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA” publicado con fecha 21 de enero de 2010 en el Diario Oficial “El Peruano”.

24 Resolución No. 003-2010-OEFA/CD. “Aprueban aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería entre el OSINERGMIN y el OEFA” publicada con fecha 23 de junio de 2010 en el Diario Oficial “El Peruano”.

25 DE LA PUENTE, Lorenzo. “La noción jurídica del daño ambiental y una peculiar argumentación del Tribunal de Fiscalización Ambiental” Derecho y Sociedad, Revista de Derecho, 42 (2014), pp. 170.

La argumentación de OSINERGMIN carecía de sustento, más aún si consideramos que el instrumento que se utilizaba para sancionar el incumplimiento de los LMP en el sector minero era la Resolución Ministerial No. 353-2000-EM/VMM, cuyo artículo 3 disponía lo siguiente:

*“Medio Ambiente*

*III.1. Infracciones de las disposiciones referidas a medio ambiente contenidas en el TUO, 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°s. 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.*

*(...)*

*III.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.*

*(...)”*

Como puede leerse en los párrafos antes citados, el incumplimiento a las normas de medio ambiente (dentro de las que se encontraban las referidas a los LMP) era sancionado con un mínimo de 10 UIT y solo en caso el incumplimiento cause daño al medio ambiente - el cual debía ser determinado en una investigación - se consideraba que la infracción era grave y que la multa mínima era de 50 UIT. Sin embargo, en la práctica ello no se ejecutaba de tal manera. A manera de ejemplo, la siguiente notificación de inicio de procedimiento administrativo sancionador a cargo del OSINERGMIN<sup>26</sup>:

---

26 Oficio No. 1483.2009-OS-GFM del 23 de setiembre de 2008 mediante el cual se notifica a VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. del inicio de un procedimiento administrativo sancionador por incumplimiento de obligaciones ambientales en su Unidad Minera Cerro de Pasco.

*“Infracción al artículo 4 de la Resolución Ministerial No. 011-96-EM/VMM/VMM. De acuerdo a los resultados analíticos de la muestra del efluente 204 (efluente aguas neutras de minas) el parámetro Fe no cumple con los límites máximos permisibles de la columna valor en cualquier momento del Anexo No. 1 de la resolución mencionada.*

*Infracción al artículo 4 de la Resolución Ministerial No. 011-96-EM/VMM/VMM. De acuerdo a los resultados analíticos de la muestra del efluente 109 (filtraciones ex planta SX-EW) los parámetros STS, Cu y Fe no cumplen con los límites máximos permisibles de la columna valor en cualquier momento del Anexo No. 1 de la resolución mencionada.*

*Infracción al artículo 4 de la Resolución Ministerial No. 011-96-EM/VMM/VMM. De acuerdo a los resultados analíticos de la muestra del efluente 203 (efluentes de la planta de neutralización) el parámetro STS no cumple con los límites máximos permisibles de la columna valor en cualquier momento del Anexo No. 1 de la resolución mencionada.*

*Los ilícitos administrativos antes citados, se encuentran sujetos a sanción, según la gravedad de las infracciones, de acuerdo al numeral 3.2 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada mediante Resolución Ministerial No. 353-2000-EM-VMM.”*

Como se desprende la cita anterior, el OSINERGMIN calificaba como graves los incumplimientos de los LMP sin contar con ninguna evaluación que determine que efectivamente el exceso de los LMP configuró un daño al medio ambiente.

El error de la equiparación de daño ambiental con exceso de LMP fue seguido en el OEFA y ello se manifiesta en la Resolución Nyrstar<sup>27</sup>:

*“60. Por ello, si una empresa excede los LMP, causa o puede causar un daño que, de acuerdo con la definición del numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611 desarrollada en los considerando 53 al 59 de la presente Resolución, constituye daño ambiental. En este caso, el menoscabo material se verifica mediante la debida comprobación del exceso de los LMP, es decir, la superación de los niveles tolerables de descargas al ambiente respecto de un determinado parámetro; mientras que, los efectos negativos de tal menoscabo material pueden ser actuales o potenciales.”*

---

<sup>27</sup> Resolución No. 082.2013-OEFA-TFA, publicada con fecha 27 de marzo de 2013 en el Diario Oficial “El Peruano”.

De la cita antes señalada se puede concluir que para el TFA el menoscabo material se verificaba en la comprobación del exceso de los LMP. Sin embargo, esta interpretación se aparta de lo dispuesto en la LGA que nos señala que el LMP “es la medida de la concentración o del 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.” La norma antes mencionada detalla que el exceso de los LMP configura un riesgo de daño (“puede causar”) o, efectivamente un daño (“causa”) al ambiente.

Luego, el OEFA ha continuado con las interpretaciones a la definición de LMP buscando sustentar la existencia del “daño potencial” en el exceso de los LMP como se detallar en la siguiente Resolución<sup>28</sup>:

*“33. Cabe precisar que de acuerdo con lo señalado por dicha norma, existe infracción cuando (i) se causa un daño o (ii) cuando se puede causar un daño a la salud, al bienestar humano y al ambiente. En este último caso, al excederse los LMP existe la posibilidad futura de la generación de efectos adversos en el ambiente (entre otros, la resiliencia del sistema, esto es la capacidad para absorber las perturbaciones y volver a su estado natural).*

*34. Por lo expuesto, se debe tener en cuenta que la declaración de responsabilidad del administrado se encuentra condicionada únicamente a la verificación del exceso de los LMP, toda vez que esta conducta ocasiona un daño al ambiente ya sea potencial o real mediante la sola alteración de los componentes ambiental, tal como se ha expuesto.”*

Como se desprende de los párrafos citados, para determinar la responsabilidad administrativa es suficiente con probar el exceso del LMP; sin embargo, no es cierto que la posibilidad de un daño al ambiente pueda calificarse como un “daño” propiamente dicho (daño potencial), sino que nos encontramos frente a una puesta en riesgo. Ambos conceptos son diferentes y merecen un tratamiento distinto. Por un lado, frente a los daños ambientales corresponde llevar a cabo las correspondientes medidas de reparación o de compensación<sup>29</sup>.

28 Resolución del Tribunal de Fiscalización Ambiental No. 039-2016-OEFA/TFA-SEM del 10 de junio de 2016.

29 Ello conforme al contenido del Principio de Responsabilidad Ambiental contenido en el artículo IX del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, Ley No. 28611.

Empero, frente a los riesgos, corresponde la gestión de los mismos. Al respecto, Esteve Pardo señala que en la actualidad los problemas que afectan al medio ambiente no se encuentran relacionados a la legalidad de las actividades, sino dentro de las actividades que se ajustan a la legalidad se generan riesgos que pueden producir daños al medio ambiente<sup>30</sup>. Frente a ello, las autoridades competentes regularán los riesgos en dos ámbitos: el normativo y el de control. Respecto del ámbito normativo, Rojas señala que a las autoridades competentes les corresponde la determinación y decisión sobre el riesgo que se acepta. Ese ámbito se realiza a través de instrumentos normativos como las leyes y reglamentos dentro de los cuales es posible distinguir entre normas de calidad, normas de emisión, normas reguladoras de procesos de producción, entre otras. Por otro lado, el ámbito de control se refiere a la gestión del riesgo que previamente ha sido aceptado y sobre el cual se deben adoptar medidas para su reducción<sup>31</sup>.

Y, es que el tratamiento de los riesgos en materia ambiental no es ajeno al desarrollo legislativo. A modo de ejemplo se puede señalar el caso de España, la Ley de Responsabilidad Medioambiental (LRM)<sup>32</sup> excede los límites clásicos de la responsabilidad extracontractual pues no busca únicamente la restauración del medio ambiente sino que impone deberes legales de prevención de los daños y así se hace referencia a la “amenaza inminente de daño” que se define en la LRM como “una probabilidad suficiente de que se produzcan daños medioambientales en un futuro próximo”. De esta manera, con el objetivo de cumplir con la finalidad preventiva del derecho ambiental se imponen deberes legales ante el riesgo inminente de un daño. Pero no se confunden los términos “daño ambiental” y “amenaza inminente de daño”.

---

30 ESTEVE PARDO. Derecho y medio ambiente: problemas generales. El derecho del medio ambiente como derecho de decisión y gestión de riesgos. Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR, No. 4, 2006. Página 11.

31 ROJAS, Christian. “Los riesgos, las funciones del derecho ambiental ante éstos, y su control por medio de entidades privadas colaboradoras de la gestión ambiental”. En: Revista de Derecho (Valparaíso) [en línea] 2014, (Julio-Diciembre). Fecha de consulta: 26 de julio de 2016. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173636985011>> ISSN 0716-1883

32 La LRM El 24 de octubre de 2007 se publicó la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. Mediante esta Ley se traspone la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

Finalmente, se debe señalar que para determinar la calificación de la infracción y la sanción a aplicar en aquellos procedimientos sancionadores que no fueron iniciados durante la vigencia de la Resolución Ministerial No. 353-2000-EM/VVM se viene utilizando la Resolución de Consejo Directivo No. 045-2013-OEFA/CD por medio de la que se aprueba la tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones relacionadas al incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles (LMP) previstos para actividades económicas bajo el ámbito de competencia del OEFA. Al respecto, corresponde precisar que la citada norma califica las infracciones como leves, graves y muy graves. Esta calificación guarda una relación directa con el porcentaje de exceso de los LMP y la generación de un daño "real" o a la flora, fauna, salud o vida humana. Al respecto, considero que este instrumento normativo resulta en una mejora de la interpretación que se contaba anteriormente en el OEFA. Pues, no se considera que el exceso de los LMP genera un "daño potencial" al ambiente, sino que la calificación de la infracción y la gradualidad de las multas mantiene una relación con el porcentaje en el que se ha excedido determinado LMP y la afectación que pueda causar a la flora, fauna, salud o vida humana.

#### **IV. Conclusiones**

Luego del desarrollo normativo y doctrinario que se ha seguido líneas arriba, se puede concluir lo siguiente:

- a. La incorrecta equiparación entre exceso de los LMP y daño ambiental no es propio del OEFA, sino que esta interpretación viene se da desde el momento en que el OSINERGMIN contaba con las competencias de supervisión y fiscalización en materia ambiental del sector minero.
- b. Una vez que las competencias de supervisión y fiscalización en materia ambiental del sector minero son asumidas por el OEFA, en la Resolución Nystar se continúa con este problema de interpretación precisándose que es suficiente con probar el exceso de los LMP para determinar que nos encontramos frente a un daño al medio ambiente.
- c. Posteriormente, en diversas resoluciones el OEFA ha considerado que el exceso de los LMP implica (i) un daño real al ambiente o (ii) un daño potencial al ambiente. El daño potencial era definido como una contingencia o un riesgo, esta interpretación se aparta de los principios generales del derecho y prescinde de las normas básicas del régimen de responsabilidad por daño.

- d. La Resolución de Consejo Directivo No. 045-2013-OEFA/CD por medio de la que se aprueba la tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones relacionadas al incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles (LMP) previstos para actividades económicas bajo el ámbito de competencia del OEFA no considera que el exceso de los LMP pueda ocasionar un “daño potencial”. Más bien, la calificación de las infracciones y graduación de sanciones se efectúa en razón del porcentaje excedido de los LMP y el daño real a la flora, fauna, salud o vida humana.