

Revista Peruana de Derecho de la Empresa

Industrias Extractivas: Minería

■ Doctrina

Derecho Minero y Empresa
Enrique Lastres Berninzon

Medio Ambiente, Conflictos y Seguridad Jurídica en la Minería Peruana
Lorenzo de la Puente Brunke

Responsabilidad del Empleador por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales
Pedro G. Morales Corrales

La Planificación del Cierre de Faenas Mineras
Juan Carlos Urquidi Fell

El Financiamiento de Proyectos Mineros: La Historia de una Ida y una Vuelta
Juan García Montúfar Sarmiento

La Necesidad de los Convenios de Estabilidad para la Inversión Minera: Un Caso Específico las Regalías Mineras
Antonio Pinilla Cisneros

Minería y Competitividad Laboral
Alfonso de los Heros Pérez-Albela

Las Regalías Mineras y su Impacto en la Competitividad Peruana
Eduardo Leturia López

Uso de Tierras de Terceros con Fines Mineros
Jenny Egúsquiza Oliveros

Apuntes sobre la Normatividad Aplicable al Manejo de Residuos Sólidos en Actividades Mineras
Miguel Rostagno Flores

Inversión Privada Extranjera y Retos al Poder Regulatorio del Estado: Estudio de Caso del Complejo Metalúrgico de Doe Run en el Perú
Xanthe Scharff y Deborah Jones

Minería y Restos Arqueológicos
Juan Pablo de la Puente Brunke

Medios Alternativos de Solución de Conflictos en el Derecho Minero
Gonzalo García-Calderón Moreyra

El Derecho del Concesionario Minero
Gabriel Bailetti Frayssinet

Presupuestos para una Adecuada Resolución de Conflictos Mineros Ambientales
Mirian Maribel Morales Córdova

Al Pan, Pan y al Vino, Vino (A Propósito de los Problemas que Actualmente Enfrenta la Actividad Minera en el Perú)
Vanessa Farah Chávez

¿Sirven las Servidumbres Mineras en el Perú?
Eduardo Lanao Cleonares

■ Entrevista

Panorama Minero en el Perú: José Miguel Morales Dasso

■ El ABC de...

El Derecho Minero

■ Jurisprudencia

Jorge Eduardo Leturia Rengifo

MEDIO AMBIENTE, CONFLICTOS Y SEGURIDAD JURÍDICA EN LA MINERÍA PERUANA

Lorenzo de la Puente Brunke

SUMARIO

- I. *Reconocimiento del mineral como patrimonio de la Nación: condición para la seguridad jurídica.*
- II. *Principio de autoridad: segunda condición para la seguridad jurídica.*
- III. *Elementos positivos de cambio en la legislación ambiental minera.*
- IV. *Entonces, ¿por qué los conflictos?*
- V. *¿Qué hacer para que haya seguridad jurídica?*
- VI. *El reto del desarrollo sostenible para el Perú.*

Este texto, que pretende aportar algunas luces a la solución de los problemas que se viven alrededor de la minería, parte del siguiente supuesto de la realidad peruana actual: el título de concesión minera, al igual que algunos de los otros derechos o actos administrativos que permiten hacer minería en el Perú, tienen la misma validez legal que antes; sin embargo ya no tienen el mismo

reconocimiento a nivel local¹. Esto, de alguna manera, se hace evidente en los conflictos que se han generado a partir de algunos proyectos mineros, y que se han recrudecido en los últimos meses, obstaculizando a la actividad. Por esto, debido a elementos ajenos a la legislación, algunos títulos mineros y permisos ambientales otorgados a particulares, no gozan, lamentablemente, de seguridad jurídica; lo cual está afectando el clima de inversión en nuestro país.

I.- RECONOCIMIENTO DEL MINERAL COMO PATRIMONIO DE LA NACIÓN: CONDICIÓN PARA LA SEGURIDAD JURÍDICA

La falta de reconocimiento local a la que hemos aludido, va acompañada, a veces, del desconocimiento de dos conceptos que componen la piedra angular del marco jurídico de concesión del mineral a los particulares. Por un lado, que el mineral, como recurso natural, es patrimonio de la Nación; un recurso de todos los peruanos y para todos los peruanos; lo cual está reconocido en la propia *Constitución Política*². Es una disposición que, por su carácter

¹ Como evidencia de este supuesto, presentamos los siguientes titulares de la prensa escrita nacional: *DIFÍCIL VECINDAD. La tensión entre las mineras y las poblaciones aledañas a sus operaciones van en aumento. Esto se debe a que aún no se logran desarrollar respuestas eficaces a los anhelos de desarrollo de la población. Existen muchos responsables. El Comercio, Día 1, Págs. 12 y 13. 20/06/05. YANACOCCHA ENFRENTA ULTIMÁTUM PARA CONTINUAR EXPLORACIONES. Comuneros piden que en 24 horas compañía retire maquinarias de cerro San Cirilo. Gestión, Política, Pág. 5. 17/06/05. PNP DESPLIEGA RADICAL PLAN PARA PROTEGER YANACOCCHA, ANTAMINA Y BARRICK. Ejecuta estrategia de seguridad ante eventuales desbordes sociales en Cajamarca y Huaraz. Correo, Política, Pág. 2. 15/06/05. YANACOCCHA SERÁ LA PRÓXIMA VÍCTIMA. Grupos ambientalistas estarían preparando un asalto similar al realizado en Tintaya. Correo, Política, Pág. 2. 14/06/05. MINERAS TEMEN MAYOR OLA DE PROTESTAS. Necesitamos la presencia del Estado para resolver estos problemas, señala Newmont. Gestión, Economía, Pág. 17. 10/06/05. Afirma viceministro de Minas. GOBIERNO PROMETE NO CEDER A CHANTAJES EN SOLUCIÓN DE PROBLEMAS DE TINTAYA. Gestión, Política, Pág. 7. 07/06/05. Cusco. Los Primeros frutos del diálogo. POBLADORES DAN TREGUA PARA RESOLVER CONFLICTOS CON MINERA. El Comercio, Perú, Pág. A13. 28/05/05. BHP BILLITON ADVIERTE CON ABANDONAR PERÚ. Correo, Economía, Pág. 15. 27/05/05. Cusco. Consecuencias de la violencia. MINERA SUSPENDE ACCIONES EN TINTAYA POR FALTA DE SEGURIDAD. El Comercio, Perú, Pág. A11. 25/05/05.*

² El Artículo 66° de la Constitución Política del Perú establece que "Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es

constitucional, no debe ser desconocida por persona ni ley alguna³. En este contexto, el Estado, en representación de la Nación, vela por su interés y bienestar; y su accionar, a través del gobierno, debe estar circunscrito y limitado por intereses mayores. El Estado no solamente ejerce un dominio sobre los recursos naturales sino que, como parte de sus funciones y responsabilidades, administra estos recursos de manera adecuada. Esta administración implica la potestad de determinar la manera más eficiente por la cual pueden aprovecharse los recursos naturales en beneficio de la sociedad en su conjunto⁴. En el caso del mineral, la legislación nacional permite su exploración y explotación a través del título denominado concesión minera. En línea con el Artículo 66° de la *Constitución Política del Perú*, la *Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales*⁵ dispuso que las concesiones son irrevocables en tanto el titular cumpla con las obligaciones legales que se exigen para mantener su vigencia; la aplicación de las causales de caducidad se sujeta a los procedimientos que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal correspondiente. En buena cuenta, como es lógico, esta ley establece que el otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales no es absoluto ya que se encuentra sujeto al cumplimiento de condiciones por parte del titular del derecho. Estas condiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, son las siguientes: utilizar el recurso natural para los fines para los que fue otorgado, garantizando el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales; cumplir con las obligaciones dispuestas por la legislación especial respectiva; cumplir con los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y los planes de manejo correspondientes, establecidos en la legislación de la materia; cumplir con la respectiva retribución económica, de acuerdo a las modalidades establecidas

soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

³ Nuevamente, la Constitución Política del Perú, en su Artículo 51° dispone que *“La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. (...)”*.

⁴ CHIRINOS, Carlos y RUIZ Manuel. *Concesiones sobre Recursos Naturales: una oportunidad para la gestión privada*, Lima, 2002, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Págs. 24-25.

⁵ Aprobada por la Ley N° 26821, publicada el 26 de junio de 1997.

en la legislación correspondiente; y mantener al día el derecho de vigencia, definido de acuerdo a las normas legales pertinentes. El incumplimiento de estas condiciones determinaría la caducidad del derecho, de acuerdo a lo establecido en los procedimientos señalados en las leyes especiales.

II.- PRINCIPIO DE AUTORIDAD: SEGUNDA CONDICIÓN PARA LA SEGURIDAD JURÍDICA.

El segundo concepto que a veces, en la práctica, también es desconocido, y que compone la piedra angular del marco jurídico de concesión del mineral a los particulares, es el del principio de autoridad. No se puede negar que, lamentablemente, algunas entidades públicas del Estado han perdido credibilidad entre algunas poblaciones locales. Los defectos del modelo de autoridad centralizada en la capital que todavía se mantiene en el país, ha generado distancia y reservas por parte de la autoridad local y su población. En materia ambiental, la propia *Constitución Política*, contiene dos disposiciones complementarias, que dan sustento a la actuación del Estado. Dispone, por un lado, que toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida⁶; y, por otro, afirma que el Estado es quien determina la política nacional del ambiente y debe promover el uso sostenible de sus recursos naturales⁷. En armonía con ello, el *Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales* establece que es obligación del Estado el mantenimiento de la calidad de vida de las personas a un nivel compatible con la dignidad humana; así como la prevención y control de la contaminación ambiental⁸. Como consecuencia de estos mandatos constitucionales y de su posterior desarrollo legislativo, el Estado Peruano ha ido, poco a poco delineando una organización administrativa ambiental; la cual ha ido adaptándose, aunque no siempre con los mejores resultados, a las necesidades de los ciudadanos, de la sociedad peruana y del

⁶ *Constitución Política del Perú, artículo 2,22.*

⁷ *Constitución Política del Perú, artículo 67.*

⁸ *Artículo I del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, aprobado por Decreto Legislativo N° 613, publicado el 8 de septiembre de 1990.*

desarrollo de la industria en el Perú. En estos últimos años, la adaptación ha coincidido con el proceso de descentralización ya en marcha, el cual acercará la decisión de gobierno al nivel local, modelo recomendado en asuntos ambientales. En esto, el informe *Abriendo Brecha* emitido por el *Proyecto Minería, Minerales y Desarrollo Sustentable*⁹, señala también que los temas locales deberían resolverse en el ámbito local, ya que los patrimonios y las prioridades locales difieren de un lugar a otro. Sin embargo, volviendo al punto anterior, no se puede olvidar que el uso de recursos naturales, patrimonio de todos los peruanos y para todos los peruanos, no sólo responde a criterios locales, sino también nacionales; donde el bien común debe primar sobre el individual.

Recapitulando lo dicho hasta ahora: el título de concesión minera y los derechos de contenido ambiental otorgados a los particulares para el desarrollo de esta actividad, son válidos jurídicamente, pero no siempre reconocidos a nivel local; en esto, precisamente, radica la falta de seguridad jurídica. Con esto en mente pasemos a ver las mejoras que en el tiempo ha ido teniendo la legislación ambiental peruana aplicable a la minería.

III.- ELEMENTOS POSITIVOS DE CAMBIO EN LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL MINERA

La actividad minera es muy criticada hoy en día por algunos grupos de ciudadanos. Sin embargo, no se puede negar los grandes avances del sector en materia de legislación ambiental; desarrollo legislativo que no tiene paralelo en otro sector productivo nacional. A continuación, tenemos la intención de exponer lo que consideramos los elementos de cambio más relevantes en la legislación ambiental minera. A pesar de que hoy en día, a diferencia de lo que sucedía en años anteriores, la regulación

⁹ *Minería, Minerales y Desarrollo Sustentable* es un proyecto del *Instituto Internacional para el Medio Ambiente y el Desarrollo / International Institute for Environment and Development* (IIED) con sede en Londres. Este proyecto contó con el apoyo del *Consejo Empresarial Mundial para el Desarrollo Sustentable / World Business Council for Sustainable Development*. El informe fue publicado por primera vez en inglés en el Reino Unido y en Estados Unidos en el año 2002 por Earthscan Publications Ltd.

ambiental aplicable a la minera es profusa y adecuada, en su mayoría; parece que ello no cuenta para los críticos “prácticos” de esta actividad.

3.1 Al ciudadano ya no se le impone la minería: tiene los medios legales para participar en la toma de decisiones del gobierno

Nuestro sistema legal reconoce a las personas el derecho a participar en la definición de la política y en la adopción de las medidas de carácter nacional, regional y local relativas al medio ambiente y a los recursos naturales, lo mismo que a recibir información relacionada con las medidas o actividades que puedan afectar directa o indirectamente su salud o la integridad del ambiente y los recursos naturales. Esta participación e intervención de los ciudadanos en la marcha de la sociedad se da en el ámbito del ejercicio de los derechos constitucionales¹⁰, y con arreglo a diversas normas legales que los garantizan¹¹. En esta línea, el *Sistema Nacional de Gestión Ambiental*¹² reconoce como principio de gestión ambiental el de *Participación y Concertación*, cuyo fin es promover la integración de las organizaciones representativas del sector privado y la sociedad civil en la toma de decisiones ambientales. Consistente con ello, la *Ley del Procedimiento Administrativo General*¹³, señala que toda autoridad peruana debe atender al *Principio de Participación*, el cual le impone la obligación de brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad

¹⁰ Numerales 5 y 17 del artículo 2º de la *Constitución Política del Perú*.

¹¹ El Artículo VI del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales dispuso, ya en 1990, que toda persona tiene el derecho de participar en la definición de la política y en la adopción de las medidas de carácter nacional, regional y local relativas al medio ambiente y a los recursos naturales. De igual modo, a ser informada de las medidas o actividades que puedan afectar directa o indirectamente la salud de las personas o de la integridad del ambiente y los recursos naturales.

¹² Artículo 5, g de la *Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental*, Ley N° 28245 publicada el 8 de junio de 2004, reglamentada por el Decreto Supremo N° 008-2005-PCM del 28 de enero de 2005.

¹³ Artículo. IV-1.1 de la *Ley del Procedimiento Administrativo General*, Ley N° 27444 publicada el 11 de abril de 2001.

personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley; y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión. De esta manera, el Derecho Ambiental está naciendo en el Perú, estableciendo mecanismos para la defensa de todos y de lo que es de todos. En el Sector Minero, el cual nos interesa especialmente, el *Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el sector Energía y Minas*¹⁴, el tercero de su tipo, estableció el mecanismo de consulta¹⁵, constituido por los talleres previos convocados por la *Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros* antes del inicio de los EIA. Esta consulta también comprende la difusión, durante la elaboración del EIA, de la información sobre el mismo y los avances en su elaboración; recogiendo los aportes e interrogantes de la ciudadanía. Este es, sin duda, un gran avance¹⁶. Cerrando este punto, tal como lo señala Manuel Pulgar Vidal¹⁷, la participación ciudadana implica, entre otros derechos: acceder al verdadero nivel donde se desarrolla el proceso de toma de decisiones; tener el derecho, como parte del mecanismo participativo, de rechazar un proyecto; participar de manera efectiva en los beneficios que el proyecto pueda generar; y exigir de parte de las autoridades objetividad y representatividad en la decisión. Creemos que los

¹⁴ Artículo 3, *Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el sector Energía y Minas*, aprobado por Resolución Ministerial N° 596-2002-EM/DM, publicada el 21 de diciembre de 2002.

¹⁵ El término "Consulta", según el Artículo 2° del Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los EIA en el Sector Energía y Minas, Resolución Ministerial N° 596-2002-EM-DM, está definido como el proceso de información y diálogo entre el titular del proyecto, la ciudadanía y el Estado acerca de las actividades mineras o energéticas en la localidad, sobre el marco normativo que las regula y las medidas de prevención y manejo de los posibles impactos sociales y ambientales del proyecto.

¹⁶ Es importante señalar que "consulta" no implica un derecho a veto de los ciudadanos sobre el proyecto de inversión. Esto ha sido expresamente establecido por el propio Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los EIA en el Sector Energía y Minas.

¹⁷ PULGAR VIDAL, Manuel. *Mejorando la Participación Ciudadana en el Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental en Minería*, Lima, 2003.

medios sí se están dando en el Sector minero, para que se cumplan con estas consideraciones.

3.2 Al propietario del terreno superficial ya no se le impone la minería

La legislación nacional establece que la concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada¹⁸. Por ello, en la *Ley General de Minería*¹⁹ se estableció como uno de los atributos del titular de la concesión minera el solicitar la expropiación del terreno superficial, si el área fuera necesaria para su operación y se acreditase la mayor importancia de la industria minera sobre la actividad afectada. En ese marco legal, a diferencia de lo que ocurre hoy, desde la *Constitución Política de 1993*, la expropiación del terreno superficial para ejercicio de la actividad minera ya no es viable en el marco constitucional y legal peruano. Este procedimiento todavía sigue incorporado en la *Ley General de Minería*²⁰ y el *Reglamento de Procedimientos Mineros*²¹, pero carece de eficacia. Sin embargo, a diferencia de la expropiación, el procedimiento de servidumbre minera sí es viable legalmente, aunque su aplicación no es siempre recomendable. Hoy la ley peruana²² establece que el uso de tierras con fines mineros requiere acuerdo previo con el propietario de la misma, o la culminación del procedimiento administrativo de servidumbre ante la *Dirección General de Minería en el Ministerio de Energía y Minas*²³. Lo mismo es aplicable a la etapa de exploración²⁴. Este procedimiento de

¹⁸ En algunas otras legislaciones, la distinción entre el derecho minero y el terreno superficial correspondiente no existe, no se trata de dos inmuebles distintos, sino de un único derecho.

¹⁹ Artículo 37,3 del *Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería*, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, publicado el 4 de junio de 1992.

²⁰ Artículos 130° al 135° del *Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería*.

²¹ Artículos 43° al 44° del *Reglamento de Procedimientos Mineros*, D.S. N° 018-92-EM.

²² Artículo 7° de la *Ley de Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas*, Ley N° 26505, publicada el 18 de julio de 1995, texto sustituido por la Ley N° 26570, publicada el 4 de enero de 1996.

²³ Establecido por el Decreto Supremo N° 017-96-EM, publicado el 19 de octubre de 1996.

²⁴ Artículo 2 del *Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera*, aprobado por el Decreto Supremo N° 038-98-EM, publicado el 30 de noviembre de 1998.

establecimiento de servidumbre, al igual que el de expropiación²⁵, está regulado en la *Ley General de Minería*, el *Reglamento de Procedimientos Mineros*, así como en la *Ley de Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas* y su reglamento²⁶. Si bien es cierto, el procedimiento de establecimiento de servidumbre para el desarrollo de la minería es una vía reconocida por la legislación peruana; las empresas mineras no han hecho mayor uso de ella, principalmente debido a consideraciones de tipo social. Por lo tanto, sí se puede concluir que, a diferencia de hace pocos años, al agricultor ya no se le impone la minería.

3.3 Las normas ambientales ya regulan todo el ciclo de vida de una mina

Uno de los grandes avances de la legislación ambiental aplicable a la minería lo constituye el hecho que todo el ciclo de vida de la mina ya está regulado. Por eso, creemos conveniente precisar los aspectos más saltantes de cada una de las etapas en la vida de una mina²⁷.

(i) Exploración

La *exploración*, fase de evaluación de un yacimiento para discernir si su explotación es viable, es la actividad tendiente a demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales²⁸; está regulada de manera específica desde el año 1998 por el *Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera*²⁹. Esta norma, complementaria del *Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero*

²⁵ Como dijéramos arriba, estas normas, en cuanto a la expropiación del terreno superficial son ineficaces.

²⁶ Decreto Supremo No. 017-96-AG publicado el 19 de octubre de 1996, modificado por el Decreto Supremo No. 015-2003-AG publicado el 7 de mayo de 2003.

²⁷ Para estos efectos hemos seguido el criterio del *Mining Engineering Handbook*, 2^{da} Edición, Volumen 1, página 26. *Society for Mining, Metallurgy, and Exploration, Inc.* 1992.

²⁸ Artículo 8° del T.U.O. de la *Ley General de Minería*, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, publicado el 4 de junio de 1992.

²⁹ Aprobado por Decreto Supremo N° 038-98-EM, publicado el 30 de noviembre de 1998.

*Metalúrgica*³⁰, tiene como sustento legal la responsabilidad de todo titular minero por las emisiones, vertimientos y disposición de desechos al ambiente que se produzcan como resultado de su actividad. *De acuerdo al reglamento de 1998*, para el inicio de las actividades de *exploración*, es necesario presentar ante la *Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros*, instrumentos de evaluación ambiental previa; los cuales no eran exigidos antes.

(ii) Desarrollo

La etapa de *desarrollo* ha sido definida por la *Ley General de Minería* como la actividad que se realiza para hacer posible la explotación del mineral contenido en un yacimiento³¹. Se trata de la etapa en la cual se llevan a cabo los trabajos de abrir un depósito mineral para su explotación; es la etapa en la cual empieza, propiamente, la actividad minera. Por ello, la elaboración y aprobación del EIA, la adquisición de los derechos superficiales; así como los derechos sobre vías de acceso, fuentes de energía, instalaciones para el procesamiento del mineral, presas, canchas de relave, entre otros aspectos, preceden a esta etapa. Hasta inicios de la década de los noventa, se podía iniciar el desarrollo de un proyecto minero sin la aprobación de un EIA; supuesto negado dentro de la regulación ambiental actual.

(iii) Explotación

La *explotación* es la actividad de extracción de los minerales contenidos en un yacimiento³². A efectos de ejecutar plenamente esta etapa, es necesaria la obtención de una serie de permisos, dentro de los cuales se encuentran los permisos de uso de aguas, autorización de descarga y vertimiento de aguas, así como la concesión de beneficio que otorga el derecho a concentrar, fundir, purificar o refinar los minerales. El cambio relevante en esta etapa es el nivel de exigencia y fiscalización respecto de los permisos, licencias y autorizaciones que responden a normas legales y regulaciones

³⁰ Aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, publicado el 1 de mayo de 1993.

³¹ Definición contenida en el Artículo 8° del T.U.O. de la *Ley General de Minería*.

³² Artículo 8° del T.U.O. de la *Ley General de Minería*.

específicas, y que no sólo involucran a la autoridad minera. Sin embargo, mayor importancia tiene el desarrollo legal que han tenido los mecanismos de fiscalización minera durante los últimos años. Fiscalización que incluye el cumplimiento de lo declarado y comprometido por el titular minero en su *EIA* aprobado; fiscalización que es realizada a través del *Programa Anual de Fiscalización*, constituido por las acciones regulares, y a través de los *exámenes especiales*, que son acciones de fiscalización ante eventos o circunstancias específicas. Esta actividad de fiscalización la lleva a cabo la *Dirección General de Minería*, así como terceros, identificados como fiscalizadores externos³³.

(iv) Cierre

Parafraseando a la *Ley que regula el cierre de Minas*³⁴, el cierre podría definirse como las acciones técnicas y legales, destinadas a la rehabilitación de las áreas utilizadas por la actividad minera que permitan eliminar, mitigar y controlar los efectos adversos al ambiente generados o que se pudieran generar por la actividad minera. Entre las acciones legales más relevantes referidas a esta etapa, está la presentación del llamado *Plan de Cierre* ante el *Ministerio de Energía y Minas*. Definitivamente, la aprobación de esta ley significa un cambio radical dentro de la lógica de la legislación ambiental minera. Con esta norma se ha regulado el cierre minero como un elemento que no sólo está vinculado a la etapa final de una operación; sino también, como componente fundamental del diseño de los proyectos mineros.

(v) Consideraciones respecto del petitorio minero

Si bien, la solicitud de un petitorio minero, así como el procedimiento administrativo de otorgamiento de una concesión minera, no forman parte, estrictamente hablando, del ciclo de vida de una operación minera; vale la pena, para nuestros propósitos, referirnos al

³³ Según lo dispone la *Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras*, Ley N° 27474, publicada el 6 de junio de 2001, y el *Reglamento de Fiscalización de las Actividades Mineras*, Decreto Supremo N° 049-2001-EM, publicado el 6 de septiembre de 2001.

³⁴ Ley N° 28090, publicada el 14 de octubre de 2003.

compromiso previo de desarrollo sostenible³⁵ que el solicitante debe acompañar al petitorio al momento de su presentación. Esta obligación, surgida en el año 2003, establece que la presentación del compromiso previo es un requisito legal previo para el otorgamiento de una concesión, ya sea la concesión minera propiamente dicha o la concesión de beneficio. El compromiso responde a la supervisión que, de modo más cercano, está haciendo el *Ministerio de Energía y Minas* respecto de las llamadas "*actividades de desarrollo sostenible*" de los titulares mineros. También, una nueva orientación legal que está delineando el nuevo perfil de la regulación ambiental minera.

3.4 La evaluación ambiental previa personaliza, cada vez con más detalle, las exigencias legales para cada proyecto

En los últimos años, la evaluación ambiental previa se ha constituido en elemento "*sine qua non*" para el inicio de proyectos de inversión en el Perú, al igual que en muchos otros países del mundo. Hoy en día, la evaluación ambiental es un instrumento vital para la eficacia del Derecho Ambiental. Difícilmente se podría decir que existe un Derecho Ambiental en el Perú, si la legislación no incluye un sistema nacional de evaluación previa de impactos ambientales, plasmado en la práctica y encarnando el Principio de Prevención³⁶. A nadie le cabe duda de que con un *EIA* elaborado y evaluado adecuadamente se puede disminuir la necesidad de tener que

³⁵ El Decreto Supremo N° 042-2003-EM publicado el 13 de diciembre de 2003 estableció esta obligación de presentación del compromiso previo al otorgamiento de la concesión minera. La Resolución Jefatural N° 00002-2004-INACC/J, publicada el 8 de enero de 2004 por el INACC, aprobó el formato del mismo para la formulación de nuevos petitorios de concesiones mineras; y la Resolución Ministerial N° 356-2004-MEM/DM, publicada el 17 de septiembre de 2004, aprobó el formato que debe presentarse conjuntamente a las solicitudes de concesión de beneficio.

³⁶ En el ámbito del Derecho Internacional Ambiental, Philippe Sands resalta la enorme importancia del principio preventivo en toda política ambiental eficaz, ya que éste permite que se tomen acciones de protección ambiental de manera temprana. Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*. Cambridge University Press, 2003. Pag. 247. Para mayor abundamiento, referirse a los principios 6, 7, 15, y 18 de la *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, firmada en Estocolmo en el año 1972; así como el principio 17 de la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, firmada en Río de Janeiro en el año 1992. En la legislación nacional, el Principio de Prevención está contenido en el Artículo 1,5 del *Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales*.

tomar posteriores medidas de control de la contaminación, gravosas para la empresa, el Estado y la ciudadanía³⁷. Poco a poco, se va entendiendo mejor que el análisis para la toma de decisiones de la evaluación ambiental previa no responde sólo a determinar la licitud³⁸ de una futura operación, sino a determinar su consistencia con la política de desarrollo del país, a la luz de la protección de la salud de las personas, la protección del medio ambiente y la conservación de los recursos naturales³⁹. En este marco es que el EIA es el documento que, al igual que otros⁴⁰, contiene una evaluación ambiental previa específica para un proyecto de inversión. El EIA apareció en la legislación peruana de una manera muy general, en el año 1990, cuando se aprobó el *Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales*⁴¹. Luego, en el año 1993, con la aprobación del *Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica*, la elaboración y aprobación de un EIA apareció como requisito legal para el inicio de las operaciones mineras. Más adelante, en 1997, se aprobó la *Ley de Evaluación de Impacto*

³⁷ Apartándose de la regla general, el Artículo 13 del *Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales* estableció una excepción al carácter anticipado del EIA respecto de nuevos proyectos de inversión, y señala que, a juicio de la autoridad competente, ésta puede exigir la elaboración de un EIA para cualquier actividad en curso que esté provocando impactos negativos en el medio ambiente, a efectos de requerir la adopción de las medidas correctivas pertinentes. Como se puede apreciar, esta disposición no es coherente con el tratamiento que en la legislación peruana se le da al EIA.

³⁸ La "licitud ambiental" de un proyecto de inversión, se sustenta en criterios de orden público vinculados a la calidad del medio ambiente, de acuerdo a los niveles de calidad ambiental que la sociedad considere adecuados para el desarrollo de la vida de las personas. De aquí la gran importancia de que en el Perú se establezcan estándares de calidad ambiental (ECA) y límites máximos permisibles (LMP) congruentes con el modelo de desarrollo sostenible que se desea para el país.

³⁹ De aquí se desprende la importancia de que el Estado Peruano defina, en la práctica, una política ambiental y de desarrollo; ambas, congruentes entre sí.

⁴⁰ En la sección correspondiente a la *Dirección General de Asuntos Ambientales*, del Texto Único de *Procedimientos Administrativos del Ministerio de Energía y Minas*, aprobado por Decreto Supremo N° 025-2002-EM, se verá el detalle del procedimiento de los siguientes documentos de evaluación ambiental previa que se presentan ante el MINEM: EIA para *Explotación y Beneficio Minero* (Item BG01); *Evaluación Ambiental para Exploración Minera* (Item BG04); *EIA Semidetallado para Pequeño Productor Minero o Minero Artesanal* (Item BG08); entre otros.

⁴¹ En la legislación extranjera, la evaluación ambiental previa se da por primera vez en los Estados Unidos de América en 1969, con la aprobación de la *National Environmental Policy Act* (NEPA). Posteriormente, aparece en Francia en el año 1976, con la Ley 76-629.

*Ambiental para Obras y Actividades*⁴², la cual pretendió fortalecer el rol coordinador del *Consejo Nacional del Ambiente* en la evaluación ambiental, debiendo el *Ministerio de Energía y Minas* coordinar con aquél algunos aspectos de la misma. Sin embargo, no llegó a lograr su objetivo, aunque es una ley que sigue vigente⁴³. Como último paso en el desarrollo legal de la evaluación ambiental, aunque aún no puede ser considerado el final, once años después de la publicación del *Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales*, en el año 2001, el Congreso de la República aprobó la *Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental*⁴⁴. Sin embargo, al no haber sido reglamentada aún, este sistema aún no existe en la práctica. Al interior del *Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental*, como una finalidad del mismo, se ha creado la Certificación Ambiental; la misma que se concretaría en la resolución de aprobación del EIA que es emitida, para los proyectos mineros, por la *Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros*.

Con la experiencia, obtenida a lo largo de los años, de los actores involucrados en la evaluación ambiental previa, como proceso, así como del EIA, como documento⁴⁵ que contiene la evaluación ambiental específica para un proyecto concreto; se ha ido poco a poco mejorando estos instrumentos de gestión ambiental, especialmente en lo que se refiere al análisis, mecanismos de presentación y absolución de observaciones, con la participación de la ciudadanía; luego de lo cual, el Estado aprueba o desapueba el

⁴² Ley N° 26786, publicada el 13 de mayo de 1997.

⁴³ El Artículo 1° de la Ley N° 26786 modificó el artículo 51 del Decreto Legislativo N° 757, estableciendo, entre otros aspectos, que la autoridad sectorial competente debía comunicar y proponer al CONAM los aspectos referidos a los requisitos de elaboración de los EIA, así como a su procedimiento de aprobación. Esta disposición legal no fue seguida por las autoridades sectoriales, entre ellas el *Ministerio de Energía y Minas*, ni exigida por el CONAM.

⁴⁴ Ley N° 27446, publicada el 23 de abril de 2001. Actualmente, en el 2005, luego de tres años de publicada la ley, el CONAM no termina con su labor de redacción del reglamento de la ley. Hasta que no se publique esta norma legal y sea puesta en práctica, el Perú no podrá contar con un real sistema nacional de evaluación ambiental.

⁴⁵ La determinación del contenido del EIA está establecida en el Anexo 2 del D.S. 016-93-EM. Para la elaboración del documento EIA, el *Ministerio de Energía y Minas* publicó la *Guía para la Elaboración de Estudios de Impacto Ambiental en el Sub-sector minero*, aprobada por R.D. 013-95-EM/DGAA.

EIA; en buena cuenta, acepta o rechaza el proyecto de inversión propuesto, según lo que se concluya de la evaluación realizada y de los aportes de terceros. Si la resolución directoral es de aprobación⁴⁶, otorgará no sólo derechos al titular minero proponente del proyecto; sino, también, obligaciones.

No hay que perder de vista que las obligaciones o compromisos contenidos en un EIA aprobado, complementan las disposiciones ambientales de carácter general contenidas en las normas legales. Por lo tanto, una vez aprobado el EIA, al proponente del proyecto ya no sólo se le exige el cumplimiento de las normas ambientales, sino también los compromisos establecidos en el EIA. Como consecuencia de ello, la actividad fiscalizadora del Estado, durante la vida del proyecto, se extenderá también a estos compromisos, de tal manera que el incumplimiento de los mismos puede configurarse en infracción y ser sancionado de la misma manera que se sanciona la violación de lo dispuesto por una norma legal. Es importante considerar que las obligaciones que el titular del proyecto asume con la aprobación del EIA, no sólo tienen su origen en los impactos ambientales y sociales que generará el proyecto⁴⁷, sino también en los riesgos que puedan presentarse con la puesta en marcha del mismo⁴⁸. De ocurrir algún tipo de daño, corresponderá a la

⁴⁶ Según el Artículo 3º de la *Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental*, Ley 27446, a partir de la entrada en vigencia de su reglamento, ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobar un proyecto de inversión que deba ingresar al Sistema, si no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la Resolución expedida por la respectiva autoridad competente.

⁴⁷ Toda actividad humana genera impactos en el medio ambiente. Por ello, la aprobación de un EIA no significa que el proyecto propuesto en el mismo es inocuo, sino que los impactos y/o daños que causará o que pueda causar son aceptados por la sociedad.

⁴⁸ Vale la pena diferenciar el término impacto ambiental del término contaminación. Para algunos la contaminación puede ser definida como el proceso resultante de la sobrecarga de los ecosistemas con materiales dañinos. Es el Estado, sobre la base de ciencia, quien determina qué es contaminar. Por otro lado, el término impacto ambiental puede definirse como la afectación del medio ambiente, pero que no necesariamente implica la sobrecarga de los ecosistemas con materiales dañinos. Por lo tanto, el impacto ambiental no necesariamente es contaminación; sin embargo, la contaminación siempre será considerada un impacto. Respecto de la contaminación, ésta es usualmente definida por las normas legales; mientras que el significado de

Administración Pública, utilizando los instrumentos legales existentes (lo cual puede incluir algunas de las disposiciones y/o compromisos contenidos en el EIA), establecer los mecanismos de recuperación del medio ambiente respectivos.

3.5 Ya se está exigiendo estudios de impacto social previos

Un componente del EIA que está siendo cada vez más elaborado y cobrando más vigencia es el referido a los aspectos sociales, o el llamado estudio de impacto social que forma parte del EIA. Impacto social, que puede ser definido como las consecuencias que sobre las personas pueda generar un proyecto, alterando los modos de vida, trabajo, descanso, sus relaciones y la organización para satisfacer sus necesidades. El término impacto social es muy amplio, incluyendo a los impactos culturales, los cuales involucran cambios a las normas sociales, valores que guían la identidad de las personas y de su sociedad.⁴⁹ Este es un componente muy relevante, sobre todo, en proyectos que puedan afectar a poblaciones sensibles, como es el caso de algunas comunidades nativas y campesinas en el Perú. En buena cuenta, el EIA ha resultado ser un ámbito adecuado para la determinación de las obligaciones sociales de las empresas, respecto de las poblaciones vecinas que pudieran ser afectadas por el proyecto. Difícilmente el Derecho, a través de normas legales, puede contemplar todos los supuestos de relación entre un proyecto y su entorno, especialmente en aquellos proyectos con un área de influencia muy extensa. En este sentido, la insuficiencia del Derecho tradicional respecto de la complejidad del tema ambiental y social, han hecho del EIA un instrumento legal importante para la protección de la calidad de vida de las personas. Esto es de resaltar respecto de la regulación ambiental minera y su aplicación por el *Ministerio de Energía y Minas*.

impacto ambiental es usualmente definido por el EIA para cada proyecto. Los EIA identificarán los impactos ambientales significativos, para poder prevenirlos.

⁴⁹ Definición tomada del documento *Principles and Guidelines for Social Impact Assessment in the USA. Impact Assessment and project Appraisal, volume 21, number 3, September 2003, Beech Tree Publishing. UK..* Página 231.

3.6 Hay mayores exigencias en la protección de la diversidad biológica y del patrimonio arqueológico

A diferencia del control que el Estado llevaba a cabo hace unos años, hoy en día, sí hay una real fiscalización por parte de las autoridades competentes, respecto de dos de los temas importantes relacionados con la extracción de mineral en el territorio peruano. Actualmente, y esto ya está incorporado en procedimientos administrativos específicos, el inicio de todo proyecto minero pasa por las evaluaciones y estudios necesarios para respetar tanto la riqueza de la diversidad biológica como el patrimonio cultural peruano.

El reconocimiento legal que la legislación peruana⁵⁰ hace de las áreas naturales protegidas, patrimonio de la Nación, como espacios continentales y/o marinos del territorio nacional, para conservar la diversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico; ya tiene consecuencias prácticas en el control del cumplimiento por parte de la industria privada. Control que se articula a través del *Sistema Nacional de Áreas Protegidas por el Estado (SINANPE)*, al cual se integra no sólo el Instituto Nacional de Recursos Naturales, como ente rector del mismo, sino también las instituciones públicas del gobierno central, los gobiernos regionales y las municipalidades; así como las instituciones privadas y las poblaciones locales que intervienen, directa o indirectamente en la gestión y desarrollo de estas áreas. Al igual que para el caso de las áreas naturales protegidas, en los últimos años el Estado ejerce un control más estricto del impacto que pudieran tener algunas operaciones mineras en el patrimonio cultural de la Nación⁵¹; en

⁵⁰ Referirse al Artículo 1º de la *Ley de Áreas Naturales Protegidas*, aprobada por Ley N° 26834, publicada el 4 de julio de 1997. El *Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas* fue aprobado por el Decreto Supremo N° 038-2001-AG, publicado el 26 de junio 2001.

⁵¹ La *Ley General del Patrimonio de la Nación*, aprobada por Ley N° 28296, publicada el 22 de julio de 2004, define como *Patrimonio Cultural de la Nación* a toda manifestación del quehacer humano - ya sea material o inmaterial - que por su importancia, valor y significado paleontológico, arqueológico, arquitectónico, histórico, artístico, militar, social, antropológico, tradicional, religioso, etnológico, científico, tecnológico o intelectual sea expresamente declarada como tal o sobre la que exista la presunción legal de serlo. Esta presunción legal abarca los bienes culturales, ya sean materiales o inmateriales de la época prehispánica, virreinal y

concreto, los restos arqueológicos que existen a lo largo y ancho de nuestro país. Las evaluaciones arqueológicas realizadas por arqueólogos de la nómina del *Instituto Nacional de Cultura (INC)*⁵² ya son elemento necesario de las evaluaciones ambientales en el sector. Además, las empresas ya no dudan en obtener el Certificado de *Inexistencia de Restos Arqueológicos* que emite el *INC* como uno de los permisos necesarios para operar.

IV.- ENTONCES, ¿POR QUÉ LOS CONFLICTOS?

Aunque con el riesgo que implica generalizar, creemos que, en muchos casos, las marchas y ataques contra las operaciones mineras no son originados por reales razones de carácter ambiental; aunque, por cierto, es evidente que las cosas no funcionan como deberían en algunas operaciones. Pensamos que hay varios elementos, que son ajenos a la discusión ambiental, que explican la generación de desencuentros entre dos mundos, el de la inversión privada y el de la población local. A continuación señalamos unos de ellos, obviamente, con las limitaciones propias de un profesional ajeno a las ciencias sociales, aunque con el derecho que le da el ser un ciudadano preocupado por este tema.

Más allá de lo visible, creemos que detrás de la apariencia de las cosas que se han venido dando, hay una desconfianza de algunos ciudadanos respecto de las propuestas de proyectos que el Estado o la empresa privada hacen. Pero esta falta de credibilidad no está vinculada únicamente al tema minero, la desconfianza parecería, en

republicana, independientemente de su condición de propiedad pública o privada. Esta presunción puede quedar sin efecto sólo por la declaración expresa de la autoridad competente. El actual *Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Cultura* fue aprobado por Decreto Supremo N° 017-2003-ED, publicado el 22 de mayo de 2003.

⁵² Esta norma establece como uno de los objetivos de esta institución el de fortalecer las acciones tendentes a identificar, registrar, investigar y preservar el *Patrimonio Cultural de la Nación*, así como formular y ejecutar las políticas y las estrategias del Estado tanto en materia de desarrollo cultural como de defensa, conservación, difusión e investigación del Patrimonio Cultural de la Nación.

algunos lugares, estar generalizada a diversos ámbitos de la vida social. Esto, por cierto, no es un tema ambiental.

Otro elemento que hemos podido identificar como relevante y posible generador de los conflictos, es el relacionado a las limitaciones que el ciudadano peruano, en mayor medida el que habita en zonas rurales, tiene para acceder a la autoridad administrativa y a la administración de justicia. De esto ya se ha escrito muchísimo en nuestro país durante los últimos años, dejando en evidencia la gravedad del problema. Parecería, entonces, que los obstáculos prácticos que el ciudadano encuentra para acercarse a la autoridad y obtener solución a su pedido, han generado la necesidad de buscar otros medios de llegar a la autoridad y obtener lo deseado; quizá, también, es una explicación para la violencia que se ha desatado en algunos sitios. Este tampoco es un asunto de contenido ambiental.

Un tema de fondo, sí vinculado a lo ambiental, pero en cuanto referido al aprovechamiento del recurso natural; es que el costo intangible que para el poblador local representa la generación de riqueza económica por parte de la empresa privada, en algunos casos, puede exceder los beneficios que la población percibe. La minería genera riqueza económica a partir de la riqueza natural ubicada en el subsuelo del territorio peruano; para ello, requiere utilizar otros recursos. Estos recursos que son el suelo y el agua, básicamente, son de extrema importancia para el ciudadano rural, no sólo por su valor económico, sino también por el significado cultural y religioso. Este valor intangible, por supuesto, en muchos casos no puede ser compensado económicamente. Este es uno de los temas más sensibles, pienso, en lo que tiene que ver con la aproximación del Estado y del inversionista hacia la población local. Pero, nuevamente, esto no está relacionado al tema de calidad del ambiente; esto está estrechamente vinculado con el concepto de desarrollo sostenible⁵³, que le representa un gran reto al Perú. Pero dejémoslo para el final.

⁵³ Desde la década de los ochenta se habla del modelo de desarrollo sostenible, contenido en el conocido informe "Nuestro Futuro Común", publicado en 1987, de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. A partir de este documento el concepto es

V.- ¿QUÉ HACER PARA QUE HAYA SEGURIDAD JURÍDICA?

Tarea impostergable es restaurar la seguridad jurídica que para algunas empresas mineras parece no existir, debido a las acciones de violencia que constantemente las amenazan. Pero, como lo veíamos arriba, no se trata de un problema coyuntural y meramente ambiental; por lo que las respuestas al mismo exigen planteamientos de fondo y a largo plazo. A continuación ensayamos algunas propuestas, en lo que corresponde a la materia legal ambiental.

En primer lugar, se debe fijar una política ambiental concertada al más alto nivel del Estado; lo cual hoy, en la práctica no existe. La legislación peruana, de acuerdo a lo dispuesto por el *Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales*, es clara al señalar que *“la política ambiental tiene como objetivo la protección y conservación del medio ambiente y los recursos naturales a fin de hacer posible el desarrollo integral de la persona humana a base de garantizar una adecuada calidad de vida”*⁵⁴. Evidenciando algo muy propio del sistema legal peruano, traducido por la Constitución Política del Perú, en el sentido de que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado⁵⁵. Por ello, el fin último de la política ambiental será garantizar una adecuada calidad de vida de la persona humana. Sin embargo, éstas son declaraciones que no tienen más que un contenido programático. A nivel de la gestión ambiental pública⁵⁶, no hay que

reconocido como un modelo de crecimiento destinado a satisfacer las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. El concepto de desarrollo sostenible fue pieza clave en la argumentación lógica de la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, llevada a cabo en 1992, realizada en Río; así como en los instrumentos internacionales que de esta conferencia emanaron. Posteriormente, fue el tema principal de la *Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sustentable*, realizada en Johannesburgo, en agosto del año 2002.

⁵⁴ *Código de Medio Ambiente y los Recursos Naturales*, artículo 1°.

⁵⁵ Artículo 1° de la Constitución Política del Perú de 1993.

⁵⁶ Según Raúl Brañes, cabe definir a la gestión ambiental como aquellas actividades humanas que tienen por objeto el ordenamiento del ambiente; ya sean actividades llevadas a cabo por el Estado, por los ciudadanos o por las personas jurídicas. BRAÑES, Raúl. *Manual de Derecho Ambiental Mejicano*, p. 117. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 2000.

olvidar que la consecución de sus objetivos exige de ésta una consistencia interna entre, al menos, tres de sus componentes básicos: la política ambiental, que se puede entender como la determinación de las actividades a seguir para lograr la ordenación del ambiente; la legislación ambiental, que constituye el piso *mínimo* de un adecuado comportamiento ambiental; y la institucionalidad ambiental, entendida como la administración pública con facultades ambientales. La debilidad de alguno de sus componentes, genera una debilidad al nivel mismo de la gestión.

Por otro lado, la falta de credibilidad que mencionábamos arriba, exige que se hagan cambios en la organización del Estado. Por mandato constitucional, todo modelo organizativo estatal debe obedecer a la naturaleza de unidad e indivisibilidad del Estado, y al carácter unitario⁵⁷ del gobierno. De tal manera que los actos administrativos de todas las entidades públicas sean congruentes entre sí, evitándose los conflictos de competencia entre ellas. No de casualidad, ésta es una de las primeras razones de ser del llamado *Sistema Nacional de Gestión Ambiental*⁵⁸ creado en el año 2004 en el Perú. Quizás, en la medida que no afecte aquello relativo a la política nacional, se debe acercar la decisión ambiental a los gobiernos regionales. Pero además eso debe ir acompañado de la generación de capacidad a nivel local. El acudir a organismos internacionales para el fortalecimiento de la capacidad de los gobiernos regionales podría ser útil a este respecto.

Creemos, también, que se debe promover una cultura industrial de prevención de la contaminación. Nuestra legislación, ya en el año 1990, con el *Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales*, declaró que el régimen tributario debe garantizar una efectiva conservación de los recursos naturales, su recuperación y la promoción del desarrollo sostenible. Pero es una norma de rango de ley que estando vigente no ha tenido efecto alguno. En este sentido, a nivel internacional, se está trabajando cada vez más el concepto de la minería sostenible, la que está íntimamente ligada a la

⁵⁷ *Constitución Política del Perú*, artículo. 43.

⁵⁸ Establecido por la Ley N° 28245, publicada el 8 de junio de 2004; la cual ha sido reglamentada recientemente por el Decreto Supremo N° 008-2005-PCM, publicado el 28 de enero de 2005.

prevención de la contaminación. En ello, cada Estado tiene un papel fundamental a través de la creación de incentivos. El exigir que las empresas tengan un comportamiento ambiental limpio, lo cual implica con un esfuerzo económico grande, sin otorgar incentivos, suele resultar ineficaz. Es por esto que la prevención de la contaminación es un objetivo que se aborda entre el Estado y las empresas, de manera conjunta. En el caso peruano, hasta la fecha, no se han creado incentivos tributarios para estos efectos, aunque la legislación ya lo contempla; además del *Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales*, la *Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental*⁵⁹ ha dispuesto, de manera expresa que los ministerios e instituciones públicas a nivel nacional, regional y local en el ejercicio de sus funciones, incorporarán el uso de instrumentos económicos orientados a incentivar prácticas ambientalmente adecuadas, de conformidad con el marco normativo presupuestal y tributario correspondiente. Lamentablemente, por temas de política recaudatoria, todavía el marco jurídico peruano no ha optado por un verdadero modelo de prevención de la contaminación o de producción limpia que haga más eficiente la gestión ambiental en las empresas.⁶⁰ Manuel Glave y Juana Kuramoto⁶¹, dos investigadores serios de la realidad minera peruana, advierten respecto de nuestro tema, que la política ambiental establecida a mediados de los noventa buscaba definir las acciones de previsión y control ambientales. Sin embargo, señalan ambos, no promovió el uso de instrumentos económicos para lograr sus objetivos, optando

⁵⁹ Artículo 20° de la Ley N° 28245, publicada el 8 de junio de 2004.

⁶⁰ Sin embargo, es justo mencionar que el antes *Ministerio de Industria*, hoy *Ministerio de la Producción*, aprobó en materia ambiental un régimen de incentivos aplicables a todas las actividades de la industria manufacturera, por medio del Decreto Supremo N° 25-2001-ITINCI, publicado el 18 de junio de 2001. Aunque este régimen se limita a incentivos de carácter administrativo, puede ser el comienzo de una línea de política que en el futuro podría ampliarse a incentivos de carácter fiscal. A diferencia del reglamento referido, el reglamento ambiental minero, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM (01.05.1993) dirigido al control de la contaminación, no incluyó ningún tipo de medida que promoviera la prevención de la contaminación. Aunque, también hay que decirlo, en el año 1993 aún no estaba tan desarrollado como hoy el concepto de producción limpia y las medidas de prevención de la contaminación.

⁶¹ Glave, Manuel y Kuramoto, Juana. *Minería, Minerales y Desarrollo Sustentable en Perú*. En *Minería, Minerales y Desarrollo Sustentable en América del Sur*. Proyecto MMSD América del Sur. 2002.

únicamente por instrumentos de regulación directa (*command and control*⁶²) como los *EIA*, los *PAMA* y las auditorías ambientales. Los incentivos no son extraños en la legislación del continente; por ejemplo, la *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente* de México⁶³ establece incentivos de carácter tributario para aquellas empresas que llevan a cabo programas voluntarios de auditoría ambiental. Otro ejemplo en la región, es el Decreto 2532 de la República de Colombia⁶⁴, por el cual se establecieron los requisitos para solicitar la exclusión del pago del *Impuesto sobre las Ventas* para las maquinarias y equipo que sean destinados a poner en práctica sistemas de control y monitoreo ambiental.

Finalmente, queremos sacar a colación una frase que es muy clara y que es bueno repetirla constantemente cuando se impulsa la aprobación de más normas ambientales, con el único fin de solucionar problemas y resolver conflictos: la naturaleza no obedece a jurisdicciones territoriales ni a distinciones legales, la naturaleza sólo obedece a la ley de la gravedad. Por esto, es necesario que la aprobación de las normas y decisiones ambientales estén precedidas de análisis basados en criterios científicos. Hasta que no

⁶² La aproximación de la administración pública y de las normas legales peruanas al tema ambiental sigue siendo únicamente de normar y controlar el cumplimiento de las exigencias ambientales. Esta aproximación se conoce a nivel mundial bajo el término en inglés de "*command-and-control*" y es hoy un modelo cuestionado en los países con legislación ambiental más avanzada, por no haber demostrado su eficacia. El más claro ejemplo de este tipo de normas es la ley federal de los Estados Unidos de América llamada del "*Superfund*", o Superfondo, que identifica lugares contaminados y manda recuperar el daño ambiental a toda persona que haya estado involucrada con ese bien inmueble o con la actividad contaminante. Por su diseño, el esquema del *Superfund* llevó a innumerables procesos judiciales entre las empresas privadas, así como entre éstas y la autoridad ambiental federal. Hasta la fecha esta ley ha costado al pueblo norteamericano billones de dólares, y según cálculos de algunos entendidos casi la mitad de ese dinero no ha sido bien empleado. En los próximos diez años el Superfondo costará 14 a 16 billones de dólares, a pesar de que su eficacia no ha sido probada (Ref.: "*Economic man, cleaner planet.*" *The Economist*. 29 de septiembre de 2001. p. 73-75). A partir de ésta y de otras experiencias que aparentemente no han sido muy felices, los expertos insisten hoy en el desarrollo de una legislación ambiental que tome en cuenta de manera sustancial los incentivos tributarios y financieros, así como la promoción de mecanismos voluntarios.

⁶³ Publicada en el diario oficial federal de Méjico el 28 de enero de 1988. Modificada por Ley del 13 de diciembre de 1996.

⁶⁴ Publicado en el *Diario Oficial*. Año CXXXVII. N. 44632. 1 de Diciembre de 2001. Pag. 15.

exista una verdadera base científica sobre la que se apoyen nuestras decisiones y normas ambientales, los peruanos no podremos estar seguros de la eficacia de las acciones de la autoridad en la protección del medio ambiente. Es importante que, sobre la base de ciencia, se puedan identificar los verdaderos problemas ambientales del país, tanto nacionales como a nivel local; de esa manera, se podrá definir prioridades ciertas para la acción del Estado en la protección del medio ambiente. De hecho, el primer requisito para empezar a solucionar los conflictos que se están suscitando a partir de la minería, es contar con información que pueda ser reconocida por todas las partes. En este sentido, creemos que debe crearse un organismo público de carácter científico ambiental que pueda ir creando y reuniendo esta información. De hecho, con la información contenida en los diversos *EIA* elaborados en el sector energético minero, ya se cuenta con alguna de ella. Quizás el CONAM, al cual el Estado no le termina de dar una personalidad definida, podría estar a cargo de ello. Sólo una idea.

VI. EL RETO DEL DESARROLLO SOSTENIBLE PARA EL PERÚ.

Nuestro país es una nación abundante en riqueza natural, pero con muchas necesidades económicas y sociales que satisfacer en el corto plazo. En el Perú de hoy nos interesa la promoción de la industria que añade valor a la materia prima; así como la promoción de las actividades que a partir del conocimiento produzcan bienes de alto valor económico. Sin embargo, no hay que perder de vista que la riqueza geológica del territorio peruano todavía sustenta grandemente la economía nacional. Es cierto que están apareciendo alternativas de generación de riqueza; pero en el corto y mediano plazo, la riqueza geológica del país, responsablemente aprovechada, deberá todavía seguir generando riqueza económica que, bien aprovechada por los peruanos, debe dirigir al país hacia el objetivo que plantea el desarrollo sostenible. Lamentablemente los conflictos, además de estar atentando contra la seguridad jurídica de nuestro sistema legal, están poniendo en riesgo las posibilidades de un Perú sostenible hoy.

RPDE

Revista Peruana de Derecho de la Empresa

Industrias Extractivas: Minería

■ Doctrina

Derecho Minero y Empresa
Enrique Lastres Berninzon

Medio Ambiente, Conflictos y Seguridad Jurídica en la Minería Peruana
Lorenzo de la Puente Brunke

Responsabilidad del Empleador por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales
Pedro G. Morales Corrales

La Planificación del Cierre de Faenas Mineras
Juan Carlos Urquidi Fell

El Financiamiento de Proyectos Mineros: La Historia de una Ida y una Vuelta
Juan García Montúfar Sarmiento

La Necesidad de los Convenios de Estabilidad para la Inversión Minera: Un Caso Específico las Regalías Mineras
Antonio Pinilla Cisneros

Minería y Competitividad Laboral
Alfonso de los Heros Pérez-Albela

Las Regalías Mineras y su Impacto en la Competitividad Peruana
Eduardo Leturia López

Uso de Tierras de Terceros con Fines Mineros
Jenny Egúsuiza Oliveros

Apuntes sobre la Normatividad Aplicable al Manejo de Residuos Sólidos en Actividades Mineras
Miguel Rostagno Flores

Inversión Privada Extranjera y Retos al Poder Regulatorio del Estado: Estudio de Caso del Complejo Metalúrgico de Doe Run en el Perú
Xanthe Scharff y Deborah Jones

Minería y Restos Arqueológicos
Juan Pablo de la Puente Brunke

Medios Alternativos de Solución de Conflictos en el Derecho Minero
Gonzalo García-Calderón Moreyra

El Derecho del Concesionario Minero
Gabriel Bailetti Frayssinet

Presupuestos para una Adecuada Resolución de Conflictos Mineros Ambientales
Miriam Maribel Morales Córdova

"Al Pan, Pan y al Vino, Vino" (A Propósito de los Problemas que Actualmente Enfrenta la Actividad Minera en el Perú)
Vanessa Farah Chávez

¿Sirven las Servidumbres Mineras en el Perú?
Eduardo Lanao Cleonares

■ Entrevista

Panorama Minero en el Perú: José Miguel Morales Dasso

■ El ABC de...

El Derecho Minero

■ Jurisprudencia

Jorge Eduardo Leturia Rengifo

RPDE
Revista Peruana de
Derecho de la Empresa
Industrias Extractivas:
Minería

■ **Doctrina**
Derecho Minero y Empresa
Enrique Lastres Berninzon
Medio Ambiente, Conflictos y Seguridad Jurídica en la Minería Peruana
Lorenzo de la Puente Brunke
Responsabilidad del Empleador por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales
Pedro G. Morales Corrales
La Planificación del Cierre de Faenas Mineras
Juan Carlos Urquidi Fell
El Financiamiento de Proyectos Mineros: La Historia de una Ida y una Vuelta
Juan García Montúfar Sarmiento
La Necesidad de los Convenios de Estabilidad para la Inversión Minera: Un Caso Específico las Regalías Mineras
Antonio Pinilla Cisneros
Minería y Competitividad Laboral
Alfonso de los Heros Pérez-Albela
Las Regalías Mineras y su Impacto en la Competitividad Peruana
Eduardo Leturia López
Uso de Tierras de Terceros con Fines Mineros
Jenny Egúsuiza Oliveros
Apuntes sobre la Normatividad Aplicable al Manejo de Residuos Sólidos en Actividades Mineras
Miguel Rostagno Flores

■ **Entrevista**
Panorama Minero en el Perú: José Miguel Morales Dasso

■ **El ABC de...**
El Derecho Minero

■ **Jurisprudencia**
Jorge Eduardo Leturia Rengifo

N.º 59 Año XX

Precio: S/. 25.00

Pedidos al 618-1515
rpde@asesor.com.pe
www.asesor.com.pe/rpde