

Nuevo Esquema Normativo Penal Aplicable a la Minería Ilegal

Gabriela Jáuregui Morán*
 Liliana Pautrat Medina**
 José Leandro Reaño***
 Leonardo Calderon Valverde****
 Miguel Ángel Soto Palacios*****

A mediados del año 2012 fuimos testigos de una serie de conflictos sociales generados a partir del ejercicio de la actividad económica más rentable en el Perú: La minería, actividad que a pesar de colocarnos como uno de los países de América latina más ricos en la extracción de metales como el oro, la plata o el cobre, la misma no se encuentra debidamente regulada, ocasionando que se ejerza por parte de ciertas personas de forma ilegal, afectando al país a nivel ambiental, social, económico y político.

Es así que a modo de luchar contra esta ilícita actividad y en aras de promover la formalización de la actividad minera, en todas sus escalas, se ha regulado penalmente su ejercicio ilegal, dejando de ser únicamente una falta administrativa, lo cual generó rechazo y violentas protestas especialmente intensas en Madre de Dios, Piura, La Libertad, Puno y Apurímac, dejando como saldo el fallecimiento de personas inocentes en la ciudad de Puerto Maldonado, durante los enfrentamientos con la policía.

En ese mismo sentido, tal como anteriormente lo mencionó el Doctor Antonio Peña Jumpa en la Mesa Redonda titulada "Licencia Social, Desarrollo sostenible: nuevo Rol del Estado

en la Actividad Minera", llevada a cabo por nuestra Institución en el año 2010, hay muchos intereses económicos y políticos en la actividad minera, lo cual ha ocasionado que las poblaciones más débiles y vulnerables se vean afectadas de forma directa o indirecta. Así las cosas, es cierto a todas luces que la minería ilegal trae como efectos conexos, también la configuración de situaciones perjudiciales que afectan a las poblaciones menos favorecidas, por lo que se hace necesario que la normatividad en la materia prevea soluciones a los problemas socioeconómicos generados por el ejercicio de la minería ilegal.

Cabe mencionar que la normativa en materia de minería ilegal ciertamente ya es aplicable y nosotros, como estudiantes de Derecho siempre en la búsqueda del sentido de la norma y su contribución con el bienestar social, nos preguntamos. ¿Qué tan viable resulta dicha normatividad?, ¿Es sencillo aplicarla?, ciertamente hay posiciones encontradas al respecto y ese será el punto de discusión de quienes hoy nos acompañan.

A continuación daremos un marco habilitante donde se introducen las nuevas reformas:

Norma	Promulgación	Publicación	Vigencia
Decreto Legislativo N° 1099. - Decreto Legislativo que aprueba acciones de interdicción de la minería ilegal en el departamento de Puno y remediación ambiental en las cuencas de los ríos Ramis y Suches.	11 de febrero de 2012.	12 de febrero de 2012.	13 de febrero de 2012.
Decreto Legislativo N° 1100. - Decreto Legislativo que regula la interdicción de la minería ilegal en toda la República y establece medidas complementarias.	18 de febrero de 2012.	18 de febrero de 2012.	19 de febrero de 2012.

* Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas; Especializada en Gestión de Calidad Ambiental por la Universidad Nacional Agraria La Molina; Diplomado en Derecho Minero y del Medio Ambiente por la Universidad de Ciencias Aplicadas (UPC); Diplomado en Derecho Minero, Gestión y Responsabilidad Social Ambiental por la Universidad del Pacífico.

** Asociada del Estudio Grau desde el 2008. Especialista en Derecho Minero, es actualmente Past - President del Instituto Nacional de Derecho de Minería Petróleo y Energía (INDEMIPE)

*** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Programa de Doctorado en Derecho Penal y Ciencias Penales, Beca AEI, Universidad Pompeu Fabra (España) (2002-2004)

**** Abogado graduado en la Universidad San Martín de Porres (1998), con Maestría en Derecho Penal por la Universidad Federico Villarreal, Post-grado en ESAN y en la Western California School of Law - San Diego.

***** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de cátedra y adjunto de docencia del curso de Derecho de Minería y Energía en la Pontificia Universidad Católica del Perú

Decreto Legislativo N° 1101.- Decreto Legislativo que establece medidas para el fortalecimiento de la fiscalización ambiental como mecanismo de lucha contra la minería ilegal.	28 de febrero de 2012.	29 de febrero de 2012.	01 de marzo de 2012.
Decreto Legislativo N° 1102.- Decreto Legislativo que incorpora al Código Penal los delitos de minería ilegal.	28 de febrero de 2012.	29 de febrero de 2012.	15 de marzo de 2012. <i>(Vacatio Legis)</i>
Decreto Legislativo N° 1103.- Decreto Legislativo que establece medidas de control y fiscalización en la distribución, transporte y comercialización de insumos químicos que puedan ser utilizados en la minería ilegal.	03 de marzo de 2012.	04 de marzo de 2012.	05 de marzo de 2012.
Decreto Legislativo N° 1104.- Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre pérdida de dominio.	18 de abril de 2012.	19 de abril de 2012.	20 de abril de 2012.
Decreto Legislativo N° 1105.- Decreto Legislativo que establece disposiciones para el proceso de formalización de las actividades de pequeña minería y minería artesanal.	18 de abril de 2012.	19 de abril de 2012.	20 de abril de 2012.
Decreto Legislativo N° 1106.- Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado.	18 de abril de 2012.	19 de abril de 2012.	20 de abril de 2012. ¹
Decreto Legislativo N° 1107.- Decreto Legislativo que establece medidas de control y fiscalización en la distribución, transporte y comercialización de maquinarias y equipos que puedan ser utilizados en la minería ilegal así como del producto minero obtenido en dicha actividad.	19 de abril de 2012.	20 de abril de 2012.	21 de abril de 2012.

Dra. Jáuregui: Deseo hacer una pequeña introducción a fin de poder tener una mejor comprensión de por qué estamos aquí convocados para brindar nuestros aportes en relación con este tema tan novedoso que se viene legislando desde el mes de febrero, mediante una serie de normas que regulan algunas actividades nuevas y; modifican, algunas antiguas.

Para los que desconocen cómo hemos llegado a esta figura delictiva denominada minería ilegal, cabe recordar lo siguiente: El TUO de la Ley General de Minería, vigente desde el año 1992 recopiló algunas figuras que regulaban el proceso de otorgamiento de concesiones bajo un régimen especial. Luego de diez años de entrada en vigencia del TUO, los concesionarios que contaban con títulos firmes se vieron perjudicados por un ejercicio de la actividad minera informal. En este contexto, la Ley de Formalización de la Pequeña Minería y Minería Artesanal constituyó una medida orientada a frenar a estos pequeños grupos de mineros que ingresaban a realizar sus actividades en concesiones legalmente otorgadas a terceros. En síntesis, los estratos de la pequeña minería y minería artesanal son hijas de esta realidad.

Con el correr del tiempo, se ha verificado que el actuar de gran parte de los mineros que ejercen actividades mineras a pequeña escala genera y viene generando pasivos ambientales; situación que, como era de esperarse, ha llevado a nuestro legislador a regular esta realidad. Es en virtud de esto último que se ha establecido la diferencia entre minería informal y minería ilegal, diferencia que comentaremos más adelante.

Especialistas en Derecho Minero: Mediante el D.L. 1100 publicado el 18 de febrero del presente año se estableció la definición de lo que en el ámbito administrativo se debía entender por minería ilegal sin embargo, con posterioridad, dicha definición

ha sido sustituida por la dispuesta en el D.L. 1105. En base a la definición vigente. ¿A qué se denomina actividad minera? ¿Cómo se distribuye en nuestro país? ¿Encuentra alguna deficiencia o dificultad en la labor de determinación por parte de la autoridad competente respecto de si una determinada maquinaria corresponde a la actividad que desarrolla un pequeño productor minero o un minero artesanal?

Asimismo, nos interesa. ¿Cuál es la relación entre el cumplimiento de las exigencias de la norma de carácter administrativo, técnico, social y medioambiental que rige en las actividades de minería y la autorización de inicio y reinicio de actividades de exploración, explotación y/o beneficio de minerales a la que hace referencia el art. 12 de la norma bajo comentario? ¿Qué deficiencias o ausencias considera usted que motivaron la sustitución de una definición importante como la de minería ilegal? ¿Por qué considera importante que se hayan diferenciado los conceptos de minería ilegal e informal en el D.L. 1105?

Dra. Jáuregui: Partimos indicando qué es lo que se modificó a través de este dispositivo: El Decreto Legislativo 1100 definió el término “minería ilegal”; y, estableció que el título de concesión minera es un título que no faculta *per se* a iniciar actividades mineras, sino que, además de éste, es necesario obtener otro tipo de títulos, autorizaciones, permisos y licencias, en general, otros actos administrativos habilitantes posteriores al otorgamiento de la concesión; siendo uno de estos actos la Autorización de Inicio de Actividades.

El Decreto Legislativo 1100 establecía que era minero ilegal aquel que no contara con esa Autorización de Inicio de Actividades. Sin embargo, posteriormente el Decreto Legislativo 1105 sustituyó dicha definición

incorporando una serie de características adicionales que, a la letra, se citan:

“Minería Ilegal.- Actividad minera ejercida por persona, natural o jurídica, o grupo de personas organizadas para ejercer dicha actividad, usando equipo y maquinaria que no corresponde a las características de la actividad minera que desarrolla (Pequeño Productor Minero o Productor Minero Artesanal) o sin cumplir con las exigencias de las normas de carácter administrativo, técnico, social y medioambiental que rigen dichas actividades, o que se realiza en zonas en las que esté prohibido su ejercicio.

Sin perjuicio de lo anterior, toda actividad minera ejercida en zonas en las que esté prohibido el ejercicio de actividad minera, se considera ilegal”.

En oposición a esta definición, la minería informal fue calificada, *grosso modo*, como aquella actividad que revistiendo las características de la minería ilegal, se realizaría en zonas no prohibidas y por aquellas personas naturales o jurídicas que hubiesen iniciado un proceso de formalización de acuerdo con las disposiciones del Decreto Legislativo 1105.

Lo mencionado nos lleva a recordar que en el sector minero existen estratos. Uno de ellos es el “régimen general” al cual se pertenece por regla general. Sin embargo, como excepción al mismo, existen los regímenes de “pequeña minería” y “minería artesanal”. Lo que el Decreto Legislativo 1105 regula, en buena cuenta, es la “pequeña minería” y la “minería artesanal”; es decir, a aquellos mineros que siendo la excepción a nivel legal, en los hechos, resultan ser la gran mayoría

De acuerdo con la lectura de las normas, puede colegirse que, aparentemente, los mineros pertenecientes a los estratos de pequeña minería y minería artesanal harían uso de herramientas y equipos que, de alguna manera, deberían contar con determinadas características; sin embargo, las normas relativas a la Ley de Formalización de la Pequeña Minería y Minería Artesanal y su reglamento nunca establecieron de manera categórica y taxativa qué tipos o características de maquinarias y equipos podrían utilizar los pequeños mineros y los mineros artesanales.

Esto, como puede advertirse, suscita una gran interrogante: ¿bajo qué características se calificará de minero ilegal a un minero de pequeña escala, en atención a la maquinaria y equipo que posea?, ¿cuáles son las maquinarias y equipos que corresponden a las características de los pequeños productores mineros y a los productores mineros artesanales? Recuérdese además, que a nivel normativo únicamente se ha fijado criterios para determinar las características de la actividad minera de los productores mineros artesanales, los cuales son el uso de equipos básicos y la actividad de subsistencia; no así para los pequeños productores mineros.

Como quiera que sea, este vacío normativo intentó ser llenado mediante la promulgación del Reglamento de Inscripciones de Bienes vinculados a la Pequeña Minería

y Artesanal; no obstante ello, aún queda la duda acerca de si toda esta relación de equipos y bienes empleados para la pequeña minería podría “corresponder” a las actividades mineras propias de su estratificación o no.

En lo que respecta a la segunda característica para ser calificado de minero ilegal, me surge la duda acerca de ¿cuáles son aquellas normas sociales de obligatorio cumplimiento?, ¿una norma de cumplimiento social relacionada a qué? Quizás, ahí también tengamos otro de los vacíos legales que quizá más adelante se pueda establecer mediante normas complementarias.

Por otro lado, ¿el hecho de iniciar actividades mineras sin el requisito de la autorización de inicio de actividades me conlleva a qué?, ¿a formalizarme? La formalización ya se inició, pero ¿cuál es el paso a seguir?, ¿qué significa ese proceso de formalización?, ¿podemos ejercer actividad minera con en el marco del proceso de formalización? Desde mi punto de vista, no. Aún es exigible aquella autorización de inicio de actividades que en algún momento, a través del Decreto Legislativo N° 1100, se exigió.

Dra. Pautrat: Este tema involucra muchos factores, no solamente desde el punto de vista del Derecho minero, penal y administrativo, sino que involucra también condicionantes sociales que al parecer son los que han motivado esta regulación. Creo que debemos reflexionar sobre por qué estamos sentados discutiendo este tema y toda la regulación frondosa que se ha generado a raíz de la minería ilegal y la informal. ¿Tenemos normas muy claras, tenemos parámetros muy claros conforme a los cuales los mineros formales debían realizar sus actividades?. Las normas estratifican la minería en: gran minería, mediana minería, pequeña minería y la minería artesanal; existen graduaciones diferentes entre cada una de ellas. Básicamente la minería artesanal se considera como la de subsistencia, la pequeña minería también pero algo más sofisticada y con un rango muy básico.

Para ejercer la actividad, de plano, necesitamos un título de concesión; el rango, con la descentralización, se abrió un poco en cuanto a la autoridad competente y separó al pequeño minero, al minero artesanal, que podía acudir a la autoridad regional, quedando la gran minería y los no calificados como pequeños productores a cargo del Ministerio de Energía y Minas.

Los instrumentos ambientales también se simplificaron de alguna manera para el pequeño minero en la medida que las normas establecen que hay una promoción de la pequeña minería como obligación del Estado. Esta regulación iba de la mano con la fiscalización, lo que ha generado la creación de una serie de órganos que han ido sustituyendo al Ministerio de Energía y Minas y a las empresas fiscalizadoras en estas tareas.

En esta norma encontraremos lo que se conoce también como la extracción ilícita en agravio del Estado, que seguía un procedimiento administrativo, que no ha sido derogado, que luego de la base administrativa nos llevaba a una base penal, sin embargo, ¿Dónde ha quedado todo esto cuando no se regula la actividad

minera ilegal?. No se le define y nos está costando mucho más como Estado analizar, regular e implementar estas normas de control, todo esto está cubriendo un vacío que debió haberse manejado de otra manera para poder limitar todo lo que no está de acuerdo a ley y convertirlo en ilegal. El problema, por la definición dada, repercutirá en los mineros formales pues la pérdida de cualquier permiso, bajo una definición tan genérica en algún caso, puede hacerlos pasar a una minería ilegal.

Dr. Soto: Si bien nos encontramos a más de diez años de la aprobación de la Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y Minería Artesanal (“Ley de Formalización de los PPM y PMA”), el resultado ha sido que son más los mineros que se vuelven informales o ilegales que los que se formalizan. En virtud de ello, el actual paquete normativo tiene por finalidad constituirse en una respuesta a dicha realidad, planteando soluciones frente al desborde de la capacidad de regular del Estado. Siendo así, la Ley de Formalización de los PPM y PMA prevé criterios para calificar y definir quién es un pequeño minero o quien es un minero artesanal, además de establecer límites de producción, características de la maquinaria que se emplea; sin embargo, ello parece resultar insuficiente cuando vemos en la televisión actividades mineras que se llevan a cabo en ecosistemas frágiles –como la Amazonía– que a simple vista no son ni pequeña minería ni minería artesanal, pudiendo llegar a concluir que este régimen de “formalización” –que en realidad parece un régimen “promocional”– en realidad no he servido de mucho y más bien ha permitido que determinadas personas se aprovechen de los beneficios de este sistema para llevar a cabo actividades informales e ilegales.

Lo indicado precedentemente va de la mano con un fuerte estímulo económico, pues cuanto mayor sea la cotización internacional del precio de los metales, resulta mucho más factible que determinadas personas –que por ejemplo antes se dedicaban a la agricultura o ganadería– vean interesante dedicarse a la minería.

Lo que quiero poner en evidencia es que el tema de la minería ilegal muchas veces sobrepasa el mero marco legal. Por ejemplo, el régimen legal minero establece medidas para dos tipos de métodos de extracción: a tajo abierto y socavones; pero alguno habrá visto que la actividad minera de Madre de Dios no emplea ninguno de los métodos antes indicados, sino que es una actividad de explotación aluvial de placeres. En este caso específico, tenemos vacíos legales que necesitan implementarse para que todo este paquete de decretos legislativos sea eficiente.

Con respecto a lo que se denomina factor social, la actividad minera a pequeña escala tiene una gran incidencia en mano de obra no calificada, tal es el caso de Puerto Maldonado donde el 75% de las actividades están relacionadas directa o indirectamente con la actividad minera ilegal. El tema va por determinar cuál es el mecanismo para mitigar esos impactos, esa realidad que se ha convertido en un condicionante y que se ha ido de las manos del gobierno; ir más allá del paquete normativo determina que otros mecanismos eficaces sean implementados.

Especialistas en Derecho Penal: Mediante la promulgación del Decreto Legislativo N° 1102, que entró en vigencia el 15 de marzo del año en curso, se incorporó el delito de minería ilegal (Art. 307-A) y sus agravantes (Art. 307-B) al Título XIII del Código Penal –Delitos Ambientales. Así pues, el tipo base del delito sanciona con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa, a quien realice actividad de exploración, extracción, explotación u otros actos similares, de recursos minerales, metálicos o no metálicos, sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.

En dicho contexto. ¿Considera que la sumilla de “minería ilegal” contenida en el artículo 307°-A del Código Penal implica que sea la misma que la establecida en el Decreto Legislativo N° 1105 que especifica lo que debe entenderse por dicho concepto?. ¿Considera que el legislador penal ha introducido un nuevo concepto de “minería ilegal” que incluye también el de “minería informal” establecido en el artículo segundo del Decreto Legislativo N° 1102?. ¿Qué tipo de interpretación y límites deberían aplicarse al momento de evaluar si se está frente a la comisión de “otros actos similares”?. ¿Podría incluirse dentro de éstos al cateo, la prospección minera o el transporte minero? ¿considera usted que la “autorización de la entidad administrativa competente” que menciona la norma debería hacer referencia solamente a la Autorización de Inicio/Reinicio de Actividades de exploración, explotación y/o beneficio de minerales, el mismo con el que – según el artículo 12 del Decreto Legislativo N° 1105 – culmina el Proceso de Formalización de la actividad minera?; respecto al perjuicio, alteración o daño al medio ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental. ¿De qué elementos debe ampararse el Ministerio Público o el Poder Judicial para tomar certeza de que se está frente a una acción que haya podido causar perjuicio a los referidos bienes jurídicos?

Por último y no menos importante, teniendo en cuenta el alto grado de especialización en materia de minería ilegal y delitos ambientales ¿en qué supuestos nos podríamos encontrar frente a la comisión culpable del delito de minería ilegal?

Dr. Reaño: Respecto a si el *nomen iuris* utilizado por el legislador, en este caso “minería ilegal”, tiene alguna función interpretativa al momento de aplicar el precepto normativo, considero que sí la tiene, y está vinculada a uno de los cánones de la interpretación de la ley, llamado “genético”, íntimamente conectado al método teleológico, según el cual los elementos configuradores del delito deben definirse en función del contenido previsto en la norma que introduce la tipificación penal al ordenamiento jurídico..

Si bien no estamos frente a una norma penal en blanco, pues los Arts. 307°-A y 307°-B no remiten directamente

al D.L. 1105, éstos sí contienen elementos normativos del injusto, cuya definición no debe ser dada por el legislador penal sino en la norma donde se incardina el precepto penal. Ahora bien, que el *nomen iuris* haga referencia a la minería ilegal no excluye alusiones a la minería informal.

Tal como está redactada la norma penal, podría aplicarse incluso en casos de minería formal, en que se realicen exploraciones y demás actividades sin permiso previo de la entidad administrativa competente.

La norma extra penal es deficiente, pues define la actividad de minería ilegal como aquella ejercida por una persona natural o jurídica para ejercer dicha actividad, es decir, se trata de una definición redundante, que vuelve sobre sí misma, no define qué es lo que debe entenderse por "minería ilegal", aunque después el concepto se orienta a ciertos sujetos. Luego, el espectro de aplicación de la norma se amplía a toda actividad minera ejercida en zonas no permitidas. Entiendo que la *ratio legis* del D.L. 1105 se orienta a los mineros que no tienen título de concesión o no cuentan con autorización de inicio de operaciones, pero aquellos que ya han cumplido con todos los requisitos para operar y que están en el supuesto del artículo 12º, esto es, los mineros formales, en mi opinión no podrían ser sancionados penalmente por este delito.

En lo que se refiere a los daños (ambientales) se recurre a una técnica denominada "daño sumativo", donde no se sanciona por el daño real que haga el sujeto sino por los efectos que puede generar para el ecosistema un hecho puntual, que sumado a otros podría generar una desestabilización grave.

Respecto a la actuación culposa, el legislador recurre a una cláusula de cierre para evitar que ningún comportamiento pueda ser considerado impune, es decir los supuestos donde el presunto autor alegue desconocimiento de la inexistencia de la autorización serían unas alegaciones sin éxito. La única manera de limitar el precepto es ciñéndonos estrictamente a la definición de minería informal e ilegal, que de por sí es un tanto confusa, del D.L. 1105.

Dr. Calderón: Establecer que el tipo penal denominado minería ilegal pueda darse de forma culposa debe existir como figura, ya que quien realiza cualquier actividad relacionada con este ilícito penal, sea bajo la forma de exploración, explotación o beneficio, lo hace siempre a título doloso.

Respecto a los daños y a qué mecanismos se pueden recurrir para establecer la gravedad, debemos de señalar, que en principio, al estar la actividad ilegal relacionada con la Ley General de Minería es allí donde debemos partir, pues en el ámbito administrativo se establecen mecanismos y organismos a los que se puede recurrir para establecer cuándo se ha cometido un daño. Entre las principales entidades a las que se recurre cuando se trata de delitos ambientales tenemos a la Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, y a la Autoridad Nacional del Agua - ANA, quienes son los encargados y autorizados para disponer o establecer

cuáles son y en qué forma se ha causado o puede causar un perjuicio como consecuencia de una determinada actividad minera.

La minería ilegal es un tema que viene de mucho tiempo atrás, empero el Ejecutivo recién entendió que era momento de establecer un marco normativo en el cual se pueda sancionar esta ilícita actividad. La norma no sólo sanciona ejercerla minería ilegal sin la autorización correspondiente sino que exige además, en el ámbito penal, que se cause o pueda causarse un perjuicio con esta actividad, para ello y como he mencionado existen instituciones alternas que coadyuvan al Ministerio Público a determinar si se ha causado o no un daño al medio ambiente, siendo estos instrumentos las pericias y demás exámenes necesarios para llegar a esa conclusión.

Respecto al término que utiliza el D.L. 1100, el cual fue modificado posteriormente por el D.L. 1105, tienen ciertos parámetros en los cuales coinciden pero también hay partes donde se establece que para configurarse como un delito, tiene que establecerse directamente el perjuicio o el daño.

Especialistas en Derecho Minero: Mediante el Decreto Legislativo 1102 se incorporó también el delito de financiamiento de minería ilegal, artículo 307, tipo penal que sanciona a quién financia la comisión de los delitos previstos en los artículos 307 o a sus formas agravadas. Como se desprende de la lectura del tipo penal, el legislador no ha tenido a bien especificar ni enumerar los actos de financiamiento que la norma pretende sancionar, sin embargo, a fin de tener un primer acercamiento a la definición, se podría tender a la normativa precedente relacionada con este tipo penal, como la referida al delito de financiamiento del terrorismo.

Para dicho delito el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo establece en primer lugar que "Quien comete el delito de financiamiento del terrorismo y otros, quien por el medio que fuere directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen o a sabiendas de que serán utilizados en todo o en parte para cometer el delito". De esta definición surge otra que también es relevante para efectos del presente análisis. El citado Convenio establece que los fondos comprenden bienes de cualquier tipo tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, con independencia de cómo se hubieran obtenido. Documentos o instrumentos legales sea cual fuere su forma, incluida la forma electrónica o digital que acreditan la propiedad u otros derechos sobre dichos bienes incluidos sin que la enumeración sea exhaustiva : créditos bancarios, cheques de viajero, cheques bancarios, giros, acciones, títulos, obligaciones, letras de cambio y cartas de crédito.

Conforme a lo expuesto, la problemática inicial en el curso de actividades en el ámbito minero surge al contratar o establecer vínculos económicos con terceras personas que puedan estar involucradas en la comisión de delitos en materia de minería

ilegal. Asimismo, el análisis del dolo o conocimiento no es ex ante, sino ex post, mediante una eventual investigación penal por la comisión de una presunta provisión de fondos para la ejecución del delito de minería ilegal. En tal sentido, a simple vista pareciera que existe un alto riesgo dese puedan iniciar acciones penales contra una persona con el único pretexto, por ejemplo, de haber suministrado grúas, excavadoras u otras maquinarias a una minera que no contaba con los permisos correspondientes para realizar actividades de explotación y que estaría involucrada en el delito de minería ilegal.

Por ello, desde la norma administrativa, ¿Qué mecanismos o instrumentos se han establecido a efectos de tener al alcance información pública relevante que permita conocer con qué persona se va a contratar, efectuar una transacción económica obrindar un servicio? ¿Considera que el tipo penal, tal cual se encuentra descrito afecta de algún modo la actividad de los empresarios que hacen minería en nuestro país?

Dra. Jáuregui: Existen dos inquietudes establecidas en las preguntas: ¿cómo un adquirente o transferente, en la comercialización de estos productos mineros, bienes de capital o servicios mineros, podría tener certeza de que estos productos mineros, bienes y servicios no están vinculados a la actividad minería ilegal? Aquí, me permito nombrar el artículo 11 del Decreto Legislativo 1107, el cual establece la responsabilidad del adquirente. Esta norma nos permite establecer la diligencia mínima de este adquirente, mas no establece la forma legal específica para poder plasmar dicha diligencia. ¿Cómo es que, por ejemplo, un adquirente de productos mineros sujetos a control y fiscalización podría ser diligente en su adquisición para luego poder probar ante las autoridades que persiguen el delito de minería ilegal que no ha tenido ninguna participación en la comisión de este delito?

Por otra parte, existe también un deber de diligencia de las plantas de beneficio. Muchas plantas de beneficio que son las que procesan los minerales, reciben minerales de terceros y no solamente procesan minerales propios. ¿Cómo éstos mineros podrían ser diligentes para poder asegurarse de que este mineral no proviene de actividades mineras ilegales? Al respecto, dándole incluso un enfoque más amplio a las normas, se podría distinguir a los titulares mineros propiamente dichos y a aquellos titulares de actividades conexas. Recuérdese que en la actividad minera, ya sea ilegal, informal o formal, existen actividades conexas: las actividades de aquel que, por ejemplo, compra, procesa o exporta el mineral; aquel que necesita maquinarias para poder extraer el mineral; etc. Bajo este análisis podríamos incluir a muchos personajes más.

Son muchos los supuestos que podemos plantearnos. Por lo pronto, los medios que venimos sugiriendo para que, a futuro, pueda acreditarse un proceder diligente son de lo más creativos, atendiendo a la naturaleza del negocio en cada caso particular; toda vez que no existe todavía jurisprudencia administrativa o penal sobre el tema. No sabemos cómo es que los jueces,

fiscales, la policía o aquellos agentes que ahora han sido facultados a través de estos dispositivos van a proceder y determinar si es que el agente económico actuó o no con la debida diligencia.

Es cierto, todo esto ocasiona un problema mayúsculo para aquellas personas que intervenían a través de todo el proceso productivo minero y sus efectos económicos colaterales; proceso productivo minero que, con independencia de si es ilegal o informal, requiere de la provisión de bienes y servicios y de la comercialización de productos mineros.

Por nuestra parte, lo que generalmente recomendamos es, por ejemplo, en el caso de los proveedores de maquinarias o equipos a los mineros y ante la incertidumbre de saber si sus clientes califican o no como mineros ilegales o si éstos se encuentran en proceso de formalización, hacer que se suscriban declaraciones juradas en las que los mineros se obliguen a responder por la inexactitud, falsedad o insuficiencia de sus afirmaciones. Si bien este mecanismo no es del todo suficiente para efectos de afrontar alguna eventual investigación penal por la comisión de los nuevos delitos de minería ilegal y lavado de activos, por lo menos, es un acto que demuestra la diligencia con la que el agente económico procedió al momento de contratar con el minero cuya ilegalidad es puesta en evidencia.

Otro de los temas que cabe resaltar es el de la situación de los titulares mineros que, en cumplimiento de las nuevas normas relativas a la formalización, han llegado solamente a presentar su Declaración de Compromisos. Entonces, para efectos de contratar con este grupo de mineros en proceso de formalización, ¿el simple hecho de someterse a un proceso de formalización desliga al titular minero de los alcances del tipo penal denominado "minería ilegal"? ¿tenemos que suspender actividades hasta formalizarnos?, ¿tenemos que, de alguna manera, abastecernos de adquirir maquinarias, equipos, etc.?

Concluyendo, efectivamente este tipo de normas ha llegado a distorsionar un poco la facilidad que tenían aquellos mineros para hacer actividad minera; no obstante, muchos de ellos, de acuerdo a lo que ha trascendido, se han sometido a este proceso de formalización. Estamos hablando de alrededor de setenta mil mineros que están en esta etapa de formalización. ¿Cuándo van a culminar?, ¿cuándo es que van a dejar de ser objeto de investigación por parte del Ministerio Público –tal y como viene ocurriendo en las regiones de Madre de Dios y Huánuco–, o ¿bajo qué mecanismo o figura legal se va a establecer cuál es la diligencia debida exigible a los agentes económicos, a fin de poder desvincularse de estos delitos relacionados a la minería ilegal?

Dra. Pautrat: En lo que se refiere al delito de financiamiento de la minería ilegal, creo que todos concordamos en la vaguedad de la norma. Su trascendencia en lo que se refiere a la alteración de los ritmos comerciales sí existe porque en muchos casos los mineros en general celebran contratos de transferencia y como bien se decía, las plantas de beneficio no solamente procesan mineral que proviene de concesiones mineras

de los mismos titulares, sino también compran mineral producto de otras concesiones mineras.

Entonces, en cuanto a las precauciones que tiene que tomar aquel sujeto involucrado en la comercialización de sustancias minerales o de productos minerales, tendrá que llevar además de las sugeridas declaraciones juradas que son ya una práctica en los contratos de compra de sustancias minerales o también cuando son contratos de refinación o de beneficio. Lo más importante es cuidar la cadena, la cual nos lleva a que el que compra un mineral debe registrar la legalidad, el derecho minero, de dónde proviene el mineral que compra, lo cual sería una regla. Las declaraciones juradas nos cubren hasta cierto punto, el dolo, que es el que tendría que primar aquí y demostrarse. Aquí, lo que finalmente se pretende es tratar de identificar a aquel pequeño minero del que hablaba artesanal, que tiene una minería de subsistencia y que aparece de buenas a primeras con unas dragas para poder aprovechar el oro en los placeres y ¿de dónde? Tributariamente hay un signo exterior de riqueza probablemente que no puede demostrarse y allí podría ser un hilo conductor. Por eso es que la cadena es importante a nivel de compra. Uno tiene que demostrar, normalmente ser un titular minero, asimismo debe hacer declaraciones de su producción, esa producción debe corresponder a la actividad autorizada; es decir, en cuanto, por ejemplo, lo que haya declarado como actividad en sus instrumentos ambientales. Entonces, todo es medible, de alguna manera sí se puede determinar. Y lo mismo pasa por el lado tributario, cuáles son sus ingresos declarados y cómo es que aparece con una maquinaria no acorde a sus ingresos o a esa actividad de subsistencia que realiza.

El problema sí se confunde en algunos casos, y ahí hay unos temas civiles que pueden ser materia de reflexión es, por ejemplo, algún tipo de contrato en donde implique un adelanto de fondos por una compra, que civilmente se puede dar, un pago a cuenta y ¿Eso podría ser considerado minería ilegal? Cuando eso es realmente, en algunos casos, una práctica común, civil y permitida. Se entiende que la comercialización, incluso del oro, es libre; sin embargo, esta tiene ciertas pautas de regulación. Entonces, ¿Hasta dónde es tan vaga la norma que podría trasladarse a actividades comunes y corrientes que se dan en la actividad minera? Ahora, el otro tema rebota en el caso de la regulación ahora que se pretende respecto de los registros de la maquinaria que está vinculada. Se ha creado otra vez un aparato para tratar de controlar el origen de esos bienes que son los que han propiciado la minería ilegal y los destrozos que conocemos.

Dr. Soto: Bueno, lo que la normativa recientemente aprobada trata de determinar es cuál es el circuito de producción del oro y, por ejemplo, se han creado registros de comercializadores. Lo que se trata de determinar es desde qué concesión saldría el mineral y hasta dónde llega. Ello a fin de cuentas no resulta tan difícil, pues el oro, al final, no se va a comercializar en el Perú sino se va a exportar. Lo que las autoridades han tratado de hacer es ir desde la etapa final hacia atrás. Entonces, las plantas de beneficio o las plantas de tratamiento donde se acopia el mineral son el lugar

propicio para determinar si ese mineral es extraído legal o ilegalmente.

Ahora bien, en términos de la debida diligencia, es obvio que hay ciertos límites que deben tomarse en consideración para determinar hasta dónde debe llegar la debida diligencia del titular de la planta de beneficio para saber si el mineral que está comprando es extraído lícita o ilícitamente. En ese sentido, se ha previsto declaraciones juradas donde simplemente se señala, en el caso del proceso de formalización, de la concesión, de donde provendría el mineral y el número de la declaración de compromiso del minero que está en proceso de formalización. Ahora, como la doctora Jáuregui también ha dicho, ¿Y ese titular en qué etapa del proceso de formalización, se encuentra? Por ejemplo, existen informales en el área del proyecto “Las Bambas” que están extrayendo cobre y dicho minero nunca se va a llegar a formalizar porque el titular de las concesiones que conforman dicho proyecto tiene el derecho de aprovechar personalmente los recursos que se encuentran en el área. Entonces, ¿Hasta qué punto el proceso de formalización es viable o no viable?, ¿En qué momento me voy a seguir amparando en esa declaración de compromiso de que me voy a formalizar cuando realmente nunca lo voy a poder hacer?

Por ejemplo, si nunca voy a poder acceder al terreno superficial -porque quizás nunca voy a llegar a un acuerdo con el titular o el titular es una empresa grande que ha decidido explotar-, nunca voy a culminar el proceso de formalización; pero mientras no cancelan la declaración de compromiso el minero va a seguir haciendo actividad, va a seguir vendiendo mineral a la planta de beneficio y bueno, la planta de beneficio ¿Qué más podría hacer? Ahí ya viene la tarea del estado para llevar a cabo una fiscalización idónea. El titular de la concesión de beneficio no podría ir caso por caso hasta la concesión minera de donde le están diciendo que se está sacando el mineral para saber si es lícito o no. Ahora, en una situación perfecta, donde todos cumplimos las leyes, obviamente hay mecanismos para tratar de hacer el “match” entre lo que se extrae y lo que se está procesando. Todo titular minero declara anualmente y mensualmente cuál es su producción, pero obviamente ahora estamos en el ámbito de la total informalidad, quizás ese titular que está extrayendo nunca presenta una declaración anual consolidada, está en la total ilegalidad y obviamente no hay los suficientes mecanismos para generar esa información necesaria para saber si la actividad es legal o ilegal.

Respecto a la situación descrita precedentemente, es loable la aprobación de los Decretos Supremos No. 001-2013-MINAM y 003-2013-EM, mediante los cuales el Ministerio del Ambiente y el Ministerio de Energía y Minas han establecido precisiones al proceso de formalización a nivel nacional, disponiendo el cumplimiento de los requisitos establecidos para tal fin en plazos ciertos, siendo ello requisito indispensable para que mantengan vigente su condición de sujetos en procesos de formalización. Ello permite que sigan en “carrera” de formalización, aquellos titulares mineros, que cumplen con los requisitos previstos en dicho régimen excepcional, los cuales son:

PROCESO DE FORMALIZACIÓN			
No.	Requisito	Plazo	
		A nivel nacional	
1	Declaración de Compromisos	Cumplido	Cumplido
2	Acreditación de Titularidad, Contrato de Cesión, Acuerdo o Contrato de Explotación sobre la Concesión Minera	Hasta el 5 de septiembre de 2013	Hasta el 5 de septiembre de 2013
3	Acreditación de Propiedad o Autorización de Uso de Terreno Superficial	Hasta el 16 de septiembre de 2013	Hasta el 16 de septiembre de 2013
4	Autorización de Uso de Aguas	Hasta el 25 de septiembre de 2013	No aplicable
5	Aprobación del IGAC	Hasta el 5 de octubre de 2013	Hasta el 5 de octubre de 2013
6	Autorización para Inicio/Reinicio de Actividades de Exploración, Explotación y/o Beneficio de Minerales	Una vez acreditados los requisitos anteriores.	Una vez acreditados los requisitos anteriores.

En ese sentido, de verificarse la no presentación de cualquiera de los requisitos o pasos establecidos, en los plazos señalados, la Declaración de Compromisos queda cancelada de pleno derecho y, consecuentemente, el minero queda fuera del proceso de formalización.

Ahora, para que también entremos en contexto de lo que significa la minería ilegal, por ejemplo una draga puede llegar a costar entre setecientos mil y un millón de dólares. Entonces, la inversión que se hace para el desarrollo de actividades ilegales es fuerte, grande. Incluso, como han señalado también, se celebran contratos civiles de compra-venta de mineral con un adelanto, lo cual muchas veces se presta para pensar que el titular de esa planta de beneficio financia al minero ilegal. Pero al final son cuestiones que, en el ámbito de la probanza, los abogados penalistas van a llegar a determinar.

Especialistas en Derecho Penal: ¿Qué otras fuentes se pueden evaluar a efectos de interpretar los alcances del “financiamiento” al que alude el tipo penal?; ¿A qué conocimientos está avocado el dolo en el delito?; en términos de prueba, ¿Es suficiente con que al celebrar un contrato, transferencia de bienes u otros, se expida una declaración jurada de no estar implicado en el delito de minería ilegal?; ¿Qué nivel de diligencia puede exigir el legislador?; ¿Considera que hoy en día la prevención de las referidas contingencias es un aspecto que muchas personas naturales o jurídicas involucradas en estas actividades, deben desarrollar?

Dr. Reaño: Empezaré por señalar qué es lo que no se tipifica como actividad delictiva. El Decreto Legislativo 1102, que regula los delitos de minería ilegal, no tipifica el comportamiento consistente en adquirir minerales provenientes de actividades extractivas ilícitas. El delito de financiamiento de la minería ilegal está referido a un acto que acaece en fase previa o de ejecución del delito de minería ilegal, estructuralmente equivale a una complicidad o instigación, pero no se sanciona el acto que se produce en fase post consumativa; es decir, no se sanciona el supuesto del minero ilegal que autofinanciándose o financiándose por terceros, luego de la actividad extractiva, transfiere el mineral a un

tercero con quien recién toma contacto. Esa adquisición por parte de un tercero, aún a sabiendas de la procedencia ilícita del mineral, no se encuentra tipificada como un delito en el Decreto Legislativo comentado. Habría que explorarse este supuesto puede ser reconducido al delito de lavado de activos, para lo cual se requeriría probar un elemento adicional y es que el lavado de activos sanciona la adquisición o conversión de bienes o activos de procedencia ilícita cuando se conoce o presume dicha procedencia, pero siempre y cuando que con esa adquisición o transferencia se dificulte la identificación de la fuente ilícita. Es decir, se requiere que se haga a través de testaferros o de cualquier otro mecanismo contractual o estructura legal que brinde cierta opacidad, de manera que se dificulte el comiso o la incautación de los bienes adquiridos o producidos de manera delictiva. Por lo cual, si es que no se verifica este requisito adicional, una adquisición donde se declare a quien se le compra, no constituiría delito de lavado de activos.

¿Receptación?, bueno, a lo mejor alguien podría pensar en el artículo 194 del Código Penal: “El que adquiere un bien que procede de otro delito a sabiendas de que es así”. Hay un sector de la doctrina penalista que con cierto respaldo dice que el delito de receptación solo se aplica a delitos patrimoniales en la medida que se tipifica en el título Quinto del Código Penal, en el que se regulan delitos contra el patrimonio. Podríamos incluso decir que esta adquisición de mineral a sabiendas de la procedencia ilícita no sería delictiva. Ese es, creo, un vacío importante de la norma porque una de las estrategias político-criminales más eficientes consisten atacar al eslabón más débil de la cadena delictiva, pues es por allí que existen mayores posibilidades de romperla. Es el adquirente final del mineral de procedencia ilícita quien tiene más que perder, pues probablemente se trate de un empresario formal, siendo por tanto más sencilla la disuasión. Imaginen que se sancionara con pena privativa de libertad la adquisición de productos mediante la violación de un derecho de propiedad intelectual, como la compra de un DVD o libro. Eso sí disuade al adquirente porque tiene mucho que perder, más que el productor, pues éste ha hecho de la venta de productos copiados una forma de negocio; o bien integra una organización delictiva y es alguien que

no puede ser disuadido con una amenaza de pena, a diferencia de lo que ocurre con los empresarios formales. Lo cierto es que el legislador, no sé si consciente o inconscientemente, no ha tipificado expresamente la conducta de quien adquiere mineral a sabiendas de suprocedencia ilegal.

Luego, se sanciona el financiamiento, ya sea en fase previa o en fase de ejecución: Los contratos de compraventa con adelanto, sí entrarían en la tipificación porque la entrega del producto, el saldo que se paga a la entrega, no sería el primer desembolso, sino que hay un anticipo que sirve precisamente para financiar la actividad. Sobre los deberes de conocimiento, para probar el dolo, este último se prueba ex ante siempre, ya que en materia penal siempre hay que ponerse en el momento en el que el sujeto actuó. Si bien el juez conoce un hecho histórico ocurrido en el pasado y tiene una versión sobre él, tiene que ponerse en la situación del autor en el momento de la comisión del hecho y es así que a través del método indiciario, debe determinar si el imputado tenía evidencias como para poder determinar la procedencia ilícita del mineral o que el préstamo que estaba haciendo iba a estar destinado para esa actividad. Por lo tanto habría que distinguir quién es el sujeto activo del financiamiento; si se trata de un banco, una empresa del sistema financiero, ello tiene una regulación mucho más estricta. Diferente es si un privado que suscribe un contrato de mutuo con una persona y ese dinero lo destina para la minería informal, allí hay menores deberes. Yo creo que la declaración jurada, que se ha mencionado, sí es un dato, un contra indicio para desvirtuar cualquier imputación que alguien pueda tener de que sabía de la actividad, pero no es absoluta si es que hay otros datos objetivos probados que converjan y que hagan determinar que esta persona tenía conocimiento, por ejemplo: un correo electrónico, una conversación, o algún documento con el que claramente demuestre que sabía que el dinero que estaba prestando sería destinado para actividades de minería informal, así tenga una declaración jurada o documentos formalmente producidos, no va a ser un contra indicio que pueda desvirtuar la prueba de cargo que existe. Entonces, lo importante es probar el dolo, y para ello muchas veces se presume sobre la base de la posición que tiene el agente.

Dr. Calderón: A la fecha, entre los límites de Arequipa - Ayacucho y Arequipa - Ica, existen diversas zonas que están llenas de mineros ilegales. Estas personas que ejercen la minería ilegal, no responden directamente a financiamiento propio, sino responden a un tercero, usualmente una persona natural o un grupo de personas naturales, quienes son los que financian y suministrarían tanto la dinamita, los instrumentos, la maquinaria, los martillos eléctricos, entre otros. Entonces, ¿Cómo llegar a estas personas directamente, ya que cuando se produce un operativo tan sólo se detiene al portador a quien se le incauta el mineral y no a quien está detrás de esta actividad? Ese es el vacío y problema que siempre tiene y se le presenta al Ministerio Público, porque normalmente las personas intervenidas dicen que es su mineral o el de un tercero, pero de quien desconocen su identidad, pues ni siquiera conocen el nombre de quien los contrato, simplemente les pagan un jornal diario o

les da una porción del mineral extraído. Siendo ello así, resulta muy difícil llegar hasta las personas que financian la actividad de minería ilegal. A la fecha, los órganos que supuestamente tendrían que ejercer el control, como son la DREM, el Ministerio de Energía y Minas, no lo hacen porque o les falta personal, unidades o porque simplemente y como suele suceder no llega el Estado, pues estas actividades mineras ilegales se realizan en áreas muy lejanas.

Otro punto en el cual no tampoco se incide, es por ejemplo en las Plantas de Beneficio o Procesadoras. Como he mencionado, al estar toda la zona sur del Perú llena de mineros ilegales, ello da origen a que se ubiquen plantas de beneficio, las cuales les compran mineral y tan solo les exigen una simple guía de remisión, la que muchas veces resulta ser falsificada o se las consiguen de favor, e incluso las propias Plantas para obtener ese producto se los proporcionan. En efecto, estas empresas al tener concesiones mineras donde no están realizando actividades pero por las cuales pagan anualmente, tiene la opción de tener guías de remisión y de transporte, por lo que aprovechando ello giran estos documentos a los mineros ilegales como si el mineral saliera de esa zona, y, bajo ese circuito, le dan legalidad a los productos y hacen la adquisición. ¿Cómo llegar a establecer ello? ¿Cómo llegar a identificar quien lo ha financiado? Es muy difícil al día de hoy, el Ministerio de Energía y Minas en esa zona ha tratado en algún momento de llegar e instalar campos de promoción o, con los puestos de la policía de auxilio rápido, ha tratado de hacer intervenciones, pero cuando hacen operativos, muchas veces el único que termina siendo sancionado e investigado es el transportista, por el hecho de no haber corroborado la información de las guías (de remisión y transporte), quien luego es liberado conjuntamente con su unidad y se procede a incautar el mineral. Finalmente, quien promueve toda esta ilícita actividad y quien realmente está atrás, queda liberado y exento de todo tipo de responsabilidad, por ello el problema final es, cómo llegar hacia este último. El Decreto Legislativo 1106, que fue dictado de lucha eficaz contra la minería ilegal y financiamiento del terrorismo, establece que determinadas personas jurídicas o naturales que desarrollan actividades mineras, deben o nombrar un Oficial de Cumplimiento quien debe velar por el tema de Lavado de Activos. Yo creo que esta es una buena medida de prevención, pues es un inicio para poder dejar en claro cómo se está financiando la minería ilegal y llegar a sus verdaderos autores.

Ronda de Duplicas:

Dra. Jáuregui: El tema es bastante nuevo pero vale la pena mencionar que, al menos desde el punto de vista minero, los supuestos de hecho ya están medianamente definidos; y, este tipo de actividades descritas como ilegales, ya han sido tipificadas, bajo las consideraciones y críticas expuestas en las exposiciones de los abogados penalistas. Creo que lo que tendríamos que esperar ahora es la regulación infra legal, llenar aquellos vacíos a través de la jurisprudencia o mediante normas aclaratorias o modificatorias. Tenemos una regulación bastante extensa de febrero a hoy, aún muchas normas más por ser emitidas y algunas

acciones concretas ya iniciadas como en el caso de los operativos promovidos por la SUNAT en Madre de Dios. Así mismo, identificamos algunas falencias en relación a la fiscalización por parte de los gobiernos regionales y una evidente intervención del Gobierno Central en las competencias de éstos.

No dudamos de que la proscripción de la minería ilegal y el proceso de formalización han sido regulados con la mejor intención; sin embargo, el mensaje de este nuevo marco normativo no ha sido del todo claro y contundente. Por ello, muchos titulares mineros pertenecientes al régimen general y a los regímenes de pequeño productor minero y productor minero artesanal todavía tienen justificadas y preocupantes dudas en relación a sí, bajo determinada interpretación, podrían ser calificados como mineros ilegales, informales o, aún peor, podrían incurrir en la comisión del delito de minería ilegal.

A la fecha, aproximadamente solo se ha desarrollado la mitad de la regulación que todo el paquete normativo exige. Falta reglamentar y complementar algunos temas pendientes y evaluar si, en la práctica, estas normas van a ser aplicadas con criterios conforme a derecho. Muchos de nosotros hemos acudido a la autoridad minera, hemos tocado puertas y todavía no tenemos clara cuál es la posición de los gobiernos regionales, el Gobierno Central y, sobre todo, el Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú.

Creo que vamos a tener que decidir qué vamos a hacer. Esperemos que lo que se viene, lo que se regule, complementemente este vacío y podamos conocer el criterio y lineamientos de la administración para la aplicación de estas nuevas normas, así como la posición del Ministerio Público sobre lo particular.

Dra. Pautrat: Tomándolo desde las definiciones con las que empezamos la discusión, debemos rescatar el tema del proceso de formalización. Este último que se traduce, en principio, en la declaración de compromiso que hace el minero que estaba dentro de la definición de ilegal, pero que pasa al lado formal con esa intención que muestra y que explicita; y es el que hace la diferencia en algunos casos para que se produzca esa transición muy adecuada entre esta libertad de contratación que existe dentro de los cánones normales y comunes bien intencionados, para mantenerlos cuidados en esta contratación, la cual es tener justamente esa precaución de entender que esta definición que ha dado la norma que le da cierto cariz legal a aquel minero que si bien no cuenta con todos los permisos deseables, ha manifestado el inicio de su intención de formalizarse, pero eso a su vez también tiene otros bemoles, como son el de en algún caso generar otras figuras jurídicas que tendrían que ser complementarias, y pasa una de ellas por los permisos que pueda darles vía contrato o autorización el titular minero. Entonces, dentro de este círculo de instituciones resulta importante que se distinga y tomemos estas precauciones al momento de la contratación con mineros para que no caigan dentro de la ilegalidad, sino que recogiendo la definición del artículo 2, literal b): "...que setrate de personas organizadas para ejercer la actividad o que

hayan iniciado un proceso de formalización conforme al dispositivo".

Dr. Soto: Los que están involucrados en las actividades mineras podrán haberse percatado de que este paquete de Decretos Legislativos y el mismo proceso de formalización han creado un incentivo perverso. La norma que rige el proceso de formalización establecía que aquellas personas que venían realizando actividades mineras, incumpliendo con alguna autorización o algún permiso sectorial, se podían acoger a este proceso de formalización y seguir ejecutando sus actividades hasta lograr la autorización de inicio de actividades y terminar su formalización. Ahora bien, eso generó que las actividades informales se acrecienten obviamente porque falta supervisión y fiscalización. Entonces, si yo soy un minero que producía 50 TM/día y tenía los permisos para ello, tuve el incentivo perverso de subir a 100 TM/día y acogerme al proceso de formalización, lo cual constituye un primer tema a tomar en cuenta.

El segundo tema es acerca del financiamiento. Los que han tenido experiencia de campo y han ido a las zonas de minería ilegal, han podido advertir que hay una forma de trabajo que se llama el "cachorro", que es una especie de habilitación que hacen muchos financistas a titulares, pequeños productores mineros o productores mineros artesanales, a quienes les suministrarían todos los equipos, todos los insumos que necesitan y el titular, que es el que está siendo financiado, les retribuye con la producción que genera.

Un tercer tema de fondo, es si realmente ahora en el Perú existe actividad de pequeño productor minero o pequeño minero artesanal, porque pareciera que las actividades mineras a pequeña escala no son realmente de pequeña escala y quizás este régimen de formalización o esta ley de promoción y formalización de la actividad de pequeños productores mineros y productores mineros artesanales que viene del 2001, en realidad sigue siendo un incentivo perverso y no genera ningún tipo de beneficio real a fin de generar la formalización; sino todo lo contrario, genera el incremento de actividades ilegales.

Dr. Calderón: ¿Por qué todo este paquete de normas que si bien es cierto establecen y señalan un marco normativo para sancionar directamente lo que es la minería ilegal no es cumplido por aquel que ejerce la minería ilegal? Simplemente porque no ve un beneficio al cumplirlo. A un minero ilegal que gana mil ochocientos, mil novecientos, mil setecientos dólares por la onza cuando la vende, ¿De qué manera el formalizarse va a obtener beneficios?, pues si tiene claro que de hacer va a tener que pagar impuestos, realizar declaraciones a la SUNAT, suscribir una serie de contratos, recurrir al Estado. Frente a ello, quienes vienen llevando estas actividades al margen de la ley, tienen claro su panorama: "gano prácticamente todo, no pago tributos y todo finalmente lo recibo para mí". Entonces, para que la minería ilegal sea atacada directamente, lo que se requiere efectivamente es que el Estado proponga, promulgue o genere mayor actividad mediante sus instituciones, llámense las DREM, la Dirección General de Minería, OSINERMIN -hoy OEFA-,

entre otras, a quienes no sólo se les debe dotar de mayor presupuesto, sino que también al personal se le debe capacitar para poder afrontar con mayor conocimiento y lograr mayor efectividad en la lucha contra este flagelo, lo que resultaría en verdaderas fiscalizaciones y control directo.

Especialistas en Derecho Minero: El 29 de febrero del presente año, entró en vigencia el D.L 1102, por el cual se incorporó el art.307.e al Código Penal. El mismo que se sumilló con actos preparatorios de minería ilegal. En atención a dicha norma, se sancionaría con pena privativa de libertad a quien adquiera, vendiera, distribuyera, comercializara, transportara, importara, poseyera o almacenara insumos o maquinarias destinadas a la comisión de los delitos de minería ilegal. Sin embargo meses después, el legislador modificó el art. 307 por medio del D.L 1107 y añadió al texto anterior que tales acciones debían realizarse infringiendo las leyes y reglamentos, y además ejecutarse con el propósito de destinarlos a la comisión de los delitos de minería ilegal.

Conforme a lo establecido por la norma administrativa ¿Qué debe entenderse por ‘insumos químicos y maquinarias’?

En términos generales, ¿En qué consiste la nueva regulación que se les ha otorgado? ¿Considera usted que el texto original de la norma hubiese implicado una traslación de costos de información demasiado onerosos a las compañías dedicadas al transporte de insumos para la industria minera así como para las empresas proveedoras de bienes de capital y maquinarias?

Dra. Jáuregui: Bueno, es claro que aquí hay varias definiciones que aclarar. Inicialmente esto se había denominado como delitos de actos preparatorios de minería ilegal. Luego se modificó y se establecieron algunas responsabilidades para quien adquiere, vende, distribuye, comercializa, transporta o almacena insumos o maquinarias destinadas a la comisión de delitos de minería ilegal.

Muy bien, dado que los alcances de la nueva configuración del tipo penal pueden ser ampliamente explicados por los penalistas aquí presente, voy a permitirme rescatar un tema que, de acuerdo con nuestra experiencia, nos ha permitido identificar un gran problema en la regulación actual. Me refiero al Reglamento de inscripciones de Bienes Muebles vinculados a la Pequeña Minería y Minería Artesanal en el Registro de Bienes Muebles.

En principio, tengamos en cuenta que la maquinaria e insumos son bienes fácilmente desplazables. Cuando existe una actividad minera, hay mucho ida y venida de maquinarias de todo tipo; digamos: maquinarias del propio titular minero, de las empresas contratistas mineras, maquinarias rentadas por ambos, maquinarias rentadas entre varias personas, maquinarias que cumplen una función por un día o dos, ya que tienen una labor específica para las que fueron alquiladas,

trasladadas a la unidad minera y luego desplazadas a otra más. Entonces, ¿cómo hacer para poder evitar, canalizar o seguir la secuencia de este movimiento? En la actividad minera interviene no solo una maquinaria. Es decir, no imaginemos una actividad ya sea a tajo abierto o actividad subterránea con una sola, pues son varios los actores. Incluso, en los proyectos grandes, se subcontrata a otros agentes encargados de conducir las actividades de explotación minera. Ahí vemos una dificultad para poder establecer qué alcance va a tener la regulación en la traslación de tales bienes muebles, siendo éste el primer problema con la redacción de la norma.

El Reglamento en mención obliga no solamente a que se identifique la maquinaria a ser usada por los mineros a pequeña escala sino que también se informe la traslación de la misma. Entonces, si se demanda información cada vez que se produce un desplazamiento, esto significará costos onerosos para el titular de dicha maquinaria. Es probable que este tipo de exigencias poco razonables puedan coadyuvar a que la informalidad de este grupo de actores persista en el tiempo, pese todos los intentos del Estado por erradicar dicha situación.

Respondiendo a la pregunta, nuevamente, consideramos que la técnica legislativa empleada por quienes elaboraron estas normas no ha sido de lo más feliz. La abstracción en la que nos han sumido a todos en una gran incertidumbre y en el afán de definir que vendría a ser lo que la norma nos señala, por ejemplo en el caso de minería ilegal, como actos similares. ¿Actos similares a qué? Tendríamos que definir cuáles son éstos y es muy probable que los abogados penalistas que nos acompañan puedan desarrollar este concepto de “actos similares”. Consideramos que se debería prestar mucha atención a ello porque para poder establecer una figura delictiva hay que saber a ciencia cierta qué es lo que va a ser sancionado penalmente por el Estado. Estamos catalogando compras, ventas, adquisiciones, ¿pero la puerta abierta a qué nos va a conducir?

Dra. Pautrat: Quería adelantarme un poco y retomar el punto anterior del que hablé, en relación al proceso de formalización que se está siguiendo. Retomando un poco las palabras del Dr. Soto, para evitar en el sentido perverso, este proceso que se ha dado para tratar de palear un poco la situación, una recomendación para las autoridades es que esos 70 000 procesos en curso, culminarían de la forma más adecuada y rápida posible, porque en ciertos casos se está afectando a algunos proyectos formales. Mi solicitud, para que se pueda inclusive aplicar los conceptos de minería ilegal y las definiciones que ya se han tratado, es que se recuerde los pasos que esta formalización exige, lo establecido en el art. 4 del D.L 1105. No solamente el tema queda en la presentación de la declaración de compromiso, sino también en la acreditación de titularidad, contrato de cesión o contrato de explotación de la concesión minera. Verificado este hecho, los titulares mineros formales que en algunos casos se ven invadidos por estos grupos, podrían cortar de raíz el problema y evitar que esto se propague, cuando rápidamente se verifique que este titular no va a firmar ningún tipo de contrato. Y, por el contrario si así lo desearan, dentro de

la libertad contractual de la que hablé, se podría pasar a los siguientes pasos de este proceso de formalización. De tal suerte que podamos cortar ya esta etapa que es transitoria, aquí no puede haber indefiniciones, se es legal o no se es legal. Entonces este proceso de transición, si bien ha tenido buenas intenciones, tiene efectos perversos y está llegando a alterar una situación jurídica que debería ser absolutamente regular y de respeto a las normas; aun cuando existan condiciones sociales que podrían llevarnos a pensar en otras soluciones de las que la minería está colaborando, para que justamente estos grupos sociales no terminarian siendo una fuerza tan grande, ni representen un movimiento económico tan fuerte, que nos conduzca a pensar que existe otro mundo jurídico, distinto al legal que todos seguimos y que debería ser el más correcto.

Dr. Soto: Dos cosas rescatables sobre la regulación de maquinarias e insumos químicos. La primera es que el paquete legislativo trata de crear rutas fiscalizables. Es decir, se trata de establecer rutas a través de las cuales maquinarias e insumos químicos sean transportados. Ahora, si bien esa era la finalidad de esta regulación contra la minería ilegal, muchas veces impone cargas sobre aquellos titulares o empresas que ejercen la actividad formalmente. Hasta la fecha, que yo sepa, no se ha implementado ninguna de estas rutas; o sea todavía se está en una situación de “veremos cómo fiscalizar”, porque en verdad esto implicaría una fuerte presencia del Estado para fiscalizar el modo en que se están llevando a cabo estas actividades de transporte por las rutas que se han establecido.

Lo segundo, es sobre la definición de lo que implica maquinarias prohibidas para el desarrollo de la pequeña minería y minería artesanal. Inicialmente la Ley de Promoción y Formalización de Actividades de PPMs y PPAAs, definía que los productores mineros artesanales tenían que utilizar métodos manuales, y establecía ciertos límites, por ejemplo no utilizar una bomba de más de cincuenta caballos de fuerza, etc. Sin embargo, para los pequeños productores mineros, no había la definición sobre qué tipo de maquinaria utilizar, pero sí se imponía determinados límites de producción y beneficio. Pese a ello, es completamente claro que un pequeño productor minero, no podría utilizar un cargador frontal o una draga, porque obviamente son maquinarias que exceden el tipo de actividad que la norma pretende para que estos titulares lleven a cabo tal actividad; porque si no se estaría desnaturalizando la figura del pequeño productor minero y minero artesanal.

Especialistas en Derecho Penal: ¿Considera usted que con la incorporación de este delito, se han tipificado acciones que antes eran consideradas meros actos preparatorios de otros delitos? ¿A qué factores de índole político-criminal obedece dicho fenómeno? ¿Cree usted que era necesario añadir al texto anterior la frases ‘infringiendo las leyes y reglamentos’ y ‘con el propósito’? Respecto al delito de tráfico de maquinarias ¿Qué papel juega el Principio de confianza en aplicación del delito bajo comentario? Finalmente y a modo de aplicación práctica, ¿Qué nivel de diligencia sería pertinente

exigir a la Empresa A, a efectos de conocer el destino que la Empresa B le dará a las excavadoras que le va a vender?

Dr. Reaño: Bueno, como se mencionó en la pregunta, hubo un cambio de tipificación, inicialmente el art. 307e del Código Penal simplemente sancionaba diversos actos de adquisición, distribución, venta, comercialización, transporte incluso, de insumos – no especificaba químicos, solamente insumos- o maquinarias, destinados a la comisión de delitos de minería ilegal. Naturalmente comprenderán que hubo una estúpida y alarma de parte de las empresas de maquinarias, los representantes sobre todo, que tienen como clientes a empresas del sector minero; pues esto le generaba una contingencia muy grave, al desconocer la utilización de estos bienes.

Esto tuvo naturalmente un eco en el legislador, y rápidamente en abril de este año se modificó la norma y se cambió la estructura por una norma penal en blanco. Se remite a “el que infringiendo las leyes y reglamentos”, una técnica similar a la de los delitos ambientales, que de hecho es la sección en el cual se insertan estos delitos de minería ilegal. Esto es positivo porque la remisión a la regulación sectorial minera es relevante, ya que ahí es donde se deben establecer exhaustivamente los requisitos para considerar satisfecho el Deber de diligencia, en el vendedor, arrendador o transportista de insumos o maquinarias. Segundo, se enfatizó que debería ser un dolo directo, el ‘a sabiendas de que será utilizado para la minería ilegal’; se excluye los casos de dolo eventual, probabilidad o sospecha. Debe haber un conocimiento cierto, entonces el estándar de prueba se intensifica. Ya en el marco de la investigación, la Fiscalía como titular de carga de la prueba o el Procuraduría como representante de la parte civil, deberá acreditar el conocimiento y bastará la prueba indiciaria en la medida que no haya contra-indicios.

Sobre la razón de política criminal, está claro que es controlar a los formales, y traigo a colación lo mencionado anteriormente, respecto a la lógica de ir tras quien se puede disuadir con mayor facilidad. La disuasión es una ecuación, ésta es igual a cantidad de pena por probabilidad a ser descubierto. Uno puede aumentar mucho la pena, pero si la probabilidad a ser descubierto es cero, entonces la disuasión siempre será cero. Una empresa formal tiene más probabilidades, porque registra sus operaciones; y cuando se descubra que el cliente es responsable de un delito de minería ilegal, la Fiscalía o Policía inmediatamente se dirigirán a la empresa que tiene registrada la operación. Esto le carga de deberes y costos de transacción, dificultando el tráfico de estos bienes, bueno, esa es la lógica del legislador.

Asimismo, lo del Principio de confianza es relevante, y son los llamados casos de “conducta neutrales” o las “operaciones estándar” que son aparentemente inocuos. Son actos preparatorios que deberían ser en principio atípicos. ¿Acaso alguien sancionaría a un sujeto que compra una sustancia venenosa a sabiendas que va a ser utilizado para cometer un homicidio? Digamos, quien compra un ratoncillo para envenenar a alguien, es una

conducta de auto-responsabilidad del adquirente, no del vendedor; en medida que es un producto de comercio lícito. Distinto es el caso de las armas que sí requieren autorización o de insumos químicos que está claramente regulado, por eso es positivo que se haya hecho esa precisión de que solo sean insumos químicos. Pero para las maquinarias, sí queda claro que es el que transfiere, arrienda, comercializa o transporta, a sabiendas de que se va cometer el delito de minería ilegal. Esto acarrea la tipificación de un acto preparatorio, que tiene la lógica que ya comenté. Y lo que sí es urgente, es que el legislador encargado de asuntos mineros o las entidades, trabajen sobre una norma. No necesariamente con rango de ley, puede ser un reglamento que establezca un catálogo de cuáles son los requisitos para considerar; por ejemplo si es para una actividad minera, que se le pida la titularidad de la concesión, y que ello baste en base del Principio de Confianza o que se le pida adicionalmente otros requisitos. Con ello deberían ya deslindarlo de responsabilidad, a excepción de que se descubra con determinada prueba, de que la persona sí tenía conocimiento cierto que éste iba a ser utilizado para dicho fin. Creo que es uno de los ilícitos penales que ha causado mayor alarma, porque son personas o empresas que creen que se eleva los costos de transacción; que finalmente se trasladan al adquirente, por la revisión exhaustiva que les obliga a incrementar sus medidas de seguridad y protección. Tanto así, hasta el punto de abstenerse de realizar una operación, ante la duda y riesgo de verse involucrado en una imputación penal; que no solamente es acarrear la pena privativa de libertad, que ciertamente es una pena alta de tres a seis años, sino también el riesgo en la reputación, o sea el hecho de estar involucrado en una investigación penal, aunque al final resulte que la denuncia se archive a nivel del Ministerio Público o que la sentencia sea absolutoria. Ya el hecho de transitar por todo ese *vía crucis* del proceso penal, genera daños colaterales y también afectaciones personales para el funcionario de la empresa, que tiene que padecer esta situación. Por lo tanto es un tipo penal político-criminal eficiente, pues grava con deberes estrictos a los vendedores, pero dogmáticamente indeseable porque rompe con la idea de la auto-responsabilidad, ya que aquí se está responsabilizando por el hecho ajeno. Es decir, quien a sabiendas vende o realiza un aporte que se va a utilizar en un delito de otro; un delito que aún no ha sido cometido, que no controla, del que no puede desistirse, es decir no hay una vinculación, ya que a éste no le pertenece el hecho. Ello es dañino para la eficiencia del tráfico comercial, pero se entiende la necesidad, y por supuesto, es una técnica que se utiliza en este delito particularmente; pues en el ordenamiento no hay otro delito que sancione un acto preparatorio tan directamente. Es decir, ¿Dónde está la conexión y por qué hay una co-configuración del hecho, en qué momento co-domina el delito de minería ilegal? Entonces, claro que no se debería poder ir hacia atrás en la imputación, imponiendo cargas y deberes sobre lo que harán personas imputables o auto-responsables, debiendo ser sólo estas últimas a quienes se les debería atribuir la responsabilidad penal.

Dr. Calderón: Dentro de los insumos químicos que mayormente se utilizan para la minería, están el mercurio y el cianuro. Es en base a los graves daños ambientales

que genera el mercurio, que se estableció una norma que señala cuales son los insumos químicos que se encuentran fiscalizados. Para vender, comprar o poseer se debe contar con los permisos necesarios. Entonces ¿Cómo establecer si quien vende lo hace a una persona sea natural o jurídica, que cuenta con su permiso respectivo, y esta última lo utilizará para un propósito ilegal? He ahí el problema con la configuración del delito. ¿Cómo atribuir responsabilidad penal a una persona, cuando ésta desconoce el destino final de este bien? Lo que dice la norma es que los actos preparatorios no son punibles, pero en este caso lo que se trata de hacer es cubrir con un manto punitivo aquello que normalmente no se configura como un delito, justamente para evitar los delitos de minería ilegal. En la norma a mi entender, creo que ha habido un sobre-exceso de celo, pues hay muchas personas que no saben si vender o no, o cuando el cliente no le inspira confianza. Entonces estos clientes si no compran a uno, compran a otro. Y lo que hacen muchas veces estos compradores es ir a las zonas donde se ejerce la minería ilegal y revenden el insumo al menudeo, el cual nunca es fiscalizado. Entonces ¿Cómo comenzar a establecer una cadena y establecer el punto de quiebre donde se establezca la existencia o no de un delito? Es muy complicado para la norma penal y para el Estado porque no tiene ningún tipo de control sobre estos hechos.

Ronda de dúplicas:

Dra. Jáuregui: Bueno, simplemente para aclarar. Ya la Dra. Pautrat nos motivó a tratar de resaltar el tema de la formalización. En el último Congreso Minero llevado a cabo en la ciudad de Trujillo, el Ministro de Energía y Minas informó que ya se había registrado 62 mil declaraciones de compromiso por las DREMs. De esas 62 mil, 12 mil habían sido canceladas, dado que no cumplían con los requisitos para formalizarse. Esto era perfectamente previsible. Evidentemente, no todos los mineros sujetos al proceso de formalización podrán culminar con el mismo de manera exitosa. Ellos porque existen requisitos que, definitivamente, no podrán cumplir por ser ajenos a su voluntad, tales como la autorización de uso del terreno superficial, que es algo bien complicado de obtener; o los contratos de cesión y explotación que, por último, únicamente podrán celebrarse por voluntad del minero informal y el concesionario, situación que tampoco depende en exclusiva de la voluntad del informal. Por todo esto y visto que ese gran número de mineros informales terminará reducido a poco menos de la mitad, ¿a dónde vamos a llegar? Creo que la labor es bastante ambiciosa. Nos llevará años, por más que tipifiquemos delitos, por más que persigamos el uso de maquinarias e insumos y por más que apliquemos las normas mineras. El resultado final, creo yo, no lo veremos sino hasta dentro de unos años y no en los 24 meses que el marco normativo estima para formalizar a todos los informales. Como mencioné, la intención es positiva. Y, si bien todavía existe un gran debate acerca de si la forma como se ha regulado el tema es adecuada o no, no podemos negar que dicha regulación era urgente y necesaria.

Dr. Reaño: Bueno haré referencia a lo que comentó la Dra. Jáuregui, sobre los "actos similares"; que es

una remisión un tanto etérea que contiene el artículo 307a, que sanciona las “actividades de exploración, explotación, extracción u otras similares, de recursos minerales metálicos o no metálicos sin contar con autorización de la entidad administrativa competente”. Claro, qué se entiende por “otras similares” y es una técnica que el legislador penal utiliza frecuentemente en delitos patrimoniales; por ejemplo cuando tipifica el delito de apropiación ilícita, sanciona todo acto de apropiación que realiza el sujeto que ha recibido un bien en depósito, comisión, administración u otro título semejante. Qué quiere decir semejante, claramente es un título jurídico que no transmite propiedad sino posesión. ¿Aquí qué actividades pueden ser semejantes a la exploración, explotación o extracción? No existe jurisprudencia en materia de estos delitos, son delitos que entraron en vigencia en Marzo y a la fecha no hay una sentencia firme que sancione estos hechos. Pero intuyo que esto será interpretado de manera amplia, como cualquier acto vinculado a la actividad minera, por ejemplo como comentaba al inicio de mi intervención, un vertimiento no autorizado o con autorización ya fenecida, incluso una empresa que tenga título de concesión o autorización para realizar actividades, podría estar realizando actividad minera a pesar de no contar con un permiso que puede ser irrelevante, o que quizás siendo relevante es una empresa formal con un permiso vencido o sin autorización para ese tipo de vertimiento. Entonces, claro que ahí se puede decir que es un acto similar a la exploración, en el sentido de relacionarlo a la actividad minera; lo cual constituye un riesgo cierto ya que se deja al operador judicial del Derecho complementar el concepto, a través de cuál considere que sea el fin de protección de la norma. Si el fin es reprimir los actos de minería informal, el supuesto que comento no debería ser sancionado; pero esto dependerá de cuál es la finalidad que le asigne el intérprete al precepto normativo.

Ciertamente creo que sí hay un riesgo de hipertrofia en la sanción, y no solamente en ello, sino en el hecho de iniciar la investigación, los daños y costos que puede generarse a alguien investigado por ello. Pues hubiera sido mejor dejarlo en actividades de exploración, extracción o explotación, y no dar la posibilidad de completar un elemento tan amplio, sobre todo por un juez que no es especializado en materia minera pues requerirá informes técnicos, a lo mejor de órganos especializados como OSINERGMIN, ALA, OEFA, dependiendo de en qué ámbito nos encontremos. Sin embargo el recurso a elementos de valoración global y etérea siempre resultapoco aconsejable como técnica legislativa en materia penal.

Dr. Calderón: El TUO de la Ley General de Minería, señala que dentro de otras formas de realizar minería se encuentra la concesión de transporte minero, labor general. Yo entiendo que lo que hizo el Ejecutivo al dictar estas normas de lucha contra la minería ilegal, es abrir un cajón de sastre, o sea, todo lo que en el futuro se pueda considerar como minería ilegal y que no esté dentro de los tres primeros párrafos del artículo 307, lo puede derivar allí; por ejemplo, una compañía minera que tiene, establece o crea una relavera, y no tiene los permisos ambientales para construirla, podría

de repente verse configurado dentro de la norma o también si es que construye canales de contingencia o canales de coronación, que de repente no tiene mayores estudios de impacto ambiental. Por lo tanto debe decir que es un tema muy amplio y lo único que el Ejecutivo hizo es “vamos a ver qué pasa en un futuro en virtud de estas normas nuevas”.

Especialistas en Derecho Penal y Derecho Minero: La pregunta y a modo de conclusión es: Dando cuenta de que la explotación laboral, la explotación sexual, los impactos a la seguridad y a la salud, el lavado de activos, narcotráfico, entre otros, son efectos perjudiciales que a nivel social se han desencadenado a raíz de actividades de Minería ilegal en diversas zonas del país, principalmente en el departamento de Madre de Dios, se consulta: ¿Cree usted que son suficientes las recientes medidas legislativas que se vienen implementando, a efectos de luchar contra los efectos negativos conexos al ejercicio de la minería ilegal precedentemente?

Dra. Jáuregui: Bueno, estos preceptos ya han sido recogidos no solamente en estos dispositivos, sino también en la legislación de la última década. Antes de la Ley de Formalización de la Pequeña Minería y Minería Artesanal, había algunas zonas que eran restrictivas de la actividad minera, una de ellas Madre de Dios. Se establecía por periodos anuales una limitación para formular petitorios, por ende, tener concesiones y, en consecuencia, realizar actividades mineras. Esto porque se había identificado la comisión de delitos vinculados a este tipo de actividades, delitos que en ese tiempo no se denominaba Minería legal sino Minería Informal. No obstante, estas normas preventivas no eran eficaces porque solo eran daban por periodos anuales; normas que, en su momento, limitaban los derechos de extracción de esos minerales pero no solucionaban el problema de la comisión de delitos como lavado de activos y los problemas de corrupción, colusión de funcionarios, etc. Básicamente, todas estas acciones del Estado, a través de los diferentes gobiernos de turno, no alcanzaron sus cometidos.

Después de esto, se dio la Ley de Formalización que, como inicialmente dijimos, fue el resultado de sincerar una realidad tangible. Esta ley creó figuras nuevas. Estableció quienes son pequeños mineros, quienes son mineros artesanales y cómo se limitan las actividades de ambos. Diez años después, se siguió promulgando este tipo de dispositivos que limitaban el ejercicio en ciertas zonas y tampoco se solucionó el problema.

Crítica desde el punto de vista social: No hace mucho -con el gobierno anterior-, pudimos apreciar algunos problemas sociales. Hablamos de Puno, Áncash y Cajamarca. Problemas sociales que han conllevado a que la minería se trate de regular de manera más estricta. Esto no solamente debería de focalizarse en los pequeños mineros o artesanales. Por otro lado, también se ha comentado, desde el lado penal que si vamos al concepto mismo tipificado de minería ilegal hablamos no solo de pequeños mineros sino de los mineros que no tienen ciertas autorizaciones. Por ejemplo, si los

pequeños mineros no cumplen ciertas características, como tener más de dos mil hectáreas, tener dentro de su accionariado a una persona jurídica y no tiene una autorización, ya no es pequeño minero y estaría dentro de este delito. Por lo tanto, la crítica estaría encausada a modificar, quizás, la regulación. No establecer la minería ilegal solo para pequeños mineros o los artesanales, sino para todo aquel que desarrolla actividad sin cumplir los parámetros; uno de ellos, desde el punto de vista penal, sería no cumplir con las autorizaciones, permisos o licencias.

Y la otra crítica, desde el punto de vista social, es que en la realidad ellos se van desplazando y pueden catalogarse como personas o comuneros que necesitan tener una participación en una actividad minera; y, al no tener la capacidad de ingreso para participar con el minero formal, se convierten en informales. Por lo tanto, esto es un problema social que debemos resolver de alguna manera. Soluciones hay muchas. En la práctica, muchas se han intentado. Algunas funcionan; otras, no. La voluntad está, no creo que sea malo el hecho de que el Gobierno, a través de las facultades concedidas por el Congreso, haya empezado a regular, y reguló quizás de manera ligera por la premura del tiempo, razón por la cual hemos apreciado todas aquellas modificaciones, aclaraciones y cambio de criterios en cuanto a la aplicación de las nuevas normas.

Dr. Soto: Había dejado algunas interrogantes en intervenciones anteriores, y ahora sí quiero entrar a fondo en esto. En espacios como estos, incluso en espacios académicos de esta Universidad y con funcionarios que ahora tienen altos cargos, se ha discutido sobre la necesidad de contar o no, con un régimen excepcional y especial para pequeños productores mineros y mineros artesanales. Desde mi punto de vista -que podría ser discutible- la experiencia de 11 años desde la aprobación de este régimen excepcional, no ha dado resultados; sino más bien ha sido una causa para que personas inescrupulosas traten de obtener beneficios que este régimen excepcional otorga para evadir las responsabilidades que tendrían como titulares de mediana o gran minería. Entonces, un régimen general podría ser una solución quizás para el problema. El tema parte de cuál es la política que el Estado tiene respecto de las actividades mineras ilegales, y he ahí el problema: no hay una política clara sobre como atacar las actividades mineras ilegales.

Entonces, ante la falta de una política y plan de desarrollo claro para atacar este problema, obviamente se dan estos paquetes legislativos con ciertos vacíos o falencias. Entonces, ese es el primer tema, sobre la necesidad de tener o no un régimen de pequeños productores y productores artesanales, toda vez que la realidad demuestra que una minería artesanal -de subsistencia-, a lo mucho será el 3% de las actividades mineras del país; siendo a mi parecer, mínima.

El segundo tema respecto al proceso de formalización, dentro de la política para atacar las actividades mineras ilegales, es que los gobiernos regionales son las autoridades competentes para fiscalizar y combatir la minería ilegal. Entonces, se les otorga una

responsabilidad grande a los gobiernos regionales, pero por otro lado y en el caso específico de proceso de formalización se les quita competencia. Esto es clarísimo en la obtención de autorización para inicio de actividades cuando se es un pequeño productor minero o minero artesanal, pues el gobierno regional tiene que enviar el expediente a Lima para que la Dirección General de Minería emita una opinión técnica previa favorable. Entonces, por un lado exigimos a la autoridad regional que asuma competencias, pero por otro lado le restamos autoridad. Haciendo un paréntesis, es claro que la falta de presencia de los gobiernos regionales en actividades mineras, de mediana y gran escala, hace que surjan problemas como en Cajamarca, dado que al no ser oída una autoridad, ésta tiene que tomar medidas radicales.

Un tercer tema que no podemos negar, es sobre casos exitosos de formalización, como el caso de Sociedad de Trabajadores Mineros si no me equivoco, que era un grupo de mineros informales que operaba en Ayacucho y cada uno de ellos se convirtió en accionista de lo que se constituyó en una empresa, lo cual ocurrió hace unos 6 u 8 años y ahora son ejemplo de una formalización exitosa. Asimismo modelos de asociatividad, por ejemplo una empresa minera como Poderosa, que en el ámbito de influencia de sus actividades tiene una gran cantidad de mineros ilegales, se ha visto en la necesidad de crear mecanismos de asociatividad para no ver menguadas o afectadas el desarrollo de sus propias actividades.

Por último, en el tema social, es claro que la minería de pequeña escala -que en verdad es una minería ilegal-, obviamente requiere una gran cantidad de mano de obra no calificada. Sin embargo ¿Es bueno que no se requiera mano de obra calificada para realizar actividades mineras? Porque esto se prestaría a que para desarrollar actividades a pequeña escala no necesitaría capacitar a mis trabajadores, no necesitaría cumplir con determinados estándares y consecuentemente el desarrollo de esas actividades sin ningún tipo de medidas de seguridad y ambientales, lo cual desencadenaría en el mismo panorama actual que estamos viendo en La Rinconada o en Madre de Dios.

Dr. Reaño: Bueno como crítica político-social o político-criminal, quiero decir primero que de los cinco tipos penales tipificados, cuatro involucran a personas no vinculadas con la minería ilegal, sino a personas que se relacionan con la minería ilegal. Uno es el que directamente ataca las actividades ilegales o informales, que es el 307a, y está vinculado a una afectación ambiental; el delito solamente alcanza en su nivel de tipicidad objetiva, cuando producto de las actividades extractivas, exploración o similares, se genera perjuicios o riesgos de daño sin autorización, al ambiente o salud ambiental. Es decir, si este artículo 307a no estuviera tipificado, igualmente estaría criminalizado por el artículo 304a, delitos de contaminación ambiental. Una persona que hace vertimiento de residuos tóxicos a un río, por encima de los límites de tolerabilidad o permisibilidad establecido por la autoridad competente, comete un delito de contaminación ambiental e igual sería un comportamiento delictivo. Más bien lo que hace el legislador es responder a demandas sociales, y una

tipificación siempre tiene efectos tranquilizadores. Lo que está claro es que no se ha tipificado la informalidad per se, se han tipificado actividades no autorizadas en la medida que afecten el ambiente. Lo que sí ha afectado es a quienes no están en la actividad informal, pero que por su giro de negocio se pueden relacionar con estas personas; entonces resultan gravados quienes no serían los destinatarios primigenios de la norma; esto como primera crítica.

Segundo, ¿Es necesario criminalizar o no la informalidad per se? En la sociedad peruana, la informalidad es un rasgo distintivo en muchos ámbitos. La informalidad per se daña a la economía, en tanto que impacta naturalmente en la recaudación del Estado para financiar el gasto público. No le veo particularmente más que un efecto tranquilizador a la criminalización de los delitos que ya estaban tipificados. Más bien un aspecto alarmante es el desincentivar negocios legítimos por miedo a verse involucrado en una investigación. A un empresario formal, que es representante de una empresa extranjera que tiene una serie de políticas muy estrictas, si es reportado a la matriz que por haber hecho una operación está involucrado en una investigación por la Fiscalía por un delito de esta naturaleza, podría generarse que no se le renueve el contrato o tal vez la aplicación de una cláusula de resolución. Entonces es una contingencia tremenda para quien no está comprendido con la minería informal directamente, eso es lo paradójico. Y no basta con decir que una investigación es un hecho menor a no tener en cuenta, y que lo que importa es la sentencia; pues eso no lo va a tener en cuenta la matriz ni el mercado.

Finalmente, también comentar a manera de colofón, un delito que no fue parte de las preguntas pero que me parece relevante, es el 307d sobre obstaculización de fiscalización administrativa. Se reprime con una pena de 4 a 8 años a 'quien obstaculiza o impide la actividad de evaluación, control y fiscalización de la autoridad administrativa relacionada con la minería ilegal'. Es decir, si va la OEFA para una toma de muestras, o va DIGESA, o el representante de OSINERGMIN, y no se le permite el ingreso, se le dificulta su labor, o no se presenta la documentación requerida; ya se incurre en una responsabilidad. Es decir, es una sobre-criminalización la de no colaborar con la administración o con las labores de fiscalización, para combatir la minería ilegal. Claro, la norma está muy bien redactada porque dice "actividades de fiscalización vinculadas a la minería ilegal"; entonces presupone que es un acto de minería ilegal; pero justamente la orden de fiscalización es para determinar si hay una actividad de minería ilegal. Éste es el mismo contrasentido cuando leíamos la norma del D.L 1105, cuando define la minería ilegal; es sorprendente

cuando la definición dice que es "la actividad que realiza una persona natural o jurídica o personas agrupadas para dicha actividad". Entonces, resulta sorprendente como una tipificación tan deficiente puede tener consecuencias tan graves, ésta es para mí la principal crítica.

Dr. Calderón: Todo este paquete de normas contra la minería ilegal, básicamente nace como consecuencia de las acciones de personas naturales que vienen desarrollando sus actividades al margen de la ley; como por ejemplo en Madre de Dios, al Norte y al Sur del Perú, y son representados por una serie de organismos o Asociaciones que los agrupan y apoyan para realizar actividades mineras ilegales. En el Perú existen más de 150 mil familias que ejercen la minería ilegal, por lo que debemos preguntarnos: ¿Cómo con este paquete de leyes se le puede decir que se les restringirá sus ilícitas actividades? Creo, que si bien es cierto con estas normas el Ejecutivo dio un paso grande, también es cierto que estas leyes no deben quedar en el papel. ¿De qué manera a una persona que vive en el cerro, a 8 horas de la ciudad, sin agua ni luz y vive en condiciones infrahumanas, se le puede decir o impedir que ejerza minería informal o ilegal, cuando la presencia del Estado es nula? Para aterrizar a la realidad, las normas deberían ir acompañadas de ciertos mecanismos que incentiven a los mineros informales para salir de dicha informalidad y de la ilegalidad, ya sea promoviendo créditos, brindándoles capacitación en diversas áreas, y/o dándoles alternativas viables de solucionar y llegar a acuerdos con los titulares de las concesiones mineras; que es a donde se debería llegar finalmente.

Si realmente queremos acabar con la minería ilegal se debe llegar a quien efectivamente la ejerce y principalmente a quien la financia, pues al minero informal (aquel que ejerce la labor), no le interesa ni importa la legislación porque sabe que finalmente no habrá quien se le haga cumplir y mucho menos él la cumplirá, en tanto, el que provee los fondos sabe que no le alcanzaran las consecuencias legales.

Finalmente y aunado a todo ello, el Ejecutivo tiene que complementar estas normas a través de acciones realizadas por sus organismos auxiliares: OSINERGMIN, OEFA, ALA, ANA y Dirección General de Minería, ya que a través de ellos se puede llegar a desarticular a estas organizaciones de mineros informales. De esa manera, yo creo que recién estas normas tendrán sentido y llegarán a radicar la minería ilegal. Y como se dijo anteriormente, no es un problema que será solucionado en un par de años, tiene aún para largo mientras el Ejecutivo no realice actos concretos y no tenga el firme propósito de lograrlo. 🇵🇪