

# Fiscalización ambiental de las actividades mineras: ¿Cuán urgente es la implementación del OEFA?

Luis Felipe Huertas del Pino\*

*En el presente artículo, el autor nos plantea la evolución que ha tenido el control ambiental del Estado sobre la minería tomando en cuenta la normativa, las autoridades responsables y las herramientas empleadas. Asimismo, sobre la base del estado actual de las cosas en materia de control ambiental, cuestiona la necesidad de una nueva autoridad ambiental.*

## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos meses hemos sido testigos de un activo debate en torno a la probable transferencia de funciones de fiscalización ambiental del sector minero hacia el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) del Ministerio del Ambiente. En el presente artículo analizaremos si dicha transferencia constituye una medida prioritaria, capaz de fortalecer el cumplimiento de las normas ambientales de los titulares de actividades mineras. Para ello haremos un recorrido por los conceptos teóricos y legales que sustentan de la fiscalización estatal en general y, de una forma más específica, examinaremos la evolución de la regulación ambiental minera y el desarrollo de los tres sistemas de fiscalización que se han implementado en el sector en los últimos veinte años.

## II. FISCALIZACIÓN ESTATAL

En el Perú denominamos fiscalización a la acción de control que realiza una dependencia estatal dirigida a verificar el cumplimiento de las obligaciones legales que tiene a su cargo cierta persona o entidad<sup>1</sup>.

Las obligaciones legales tienen su origen en las normas jurídicas, las cuales tienen una razón de ser dependiendo del objeto para el cual han sido aprobadas. Estas normas pueden exigir, prohibir o

promover conductas. Orientan el comportamiento de las personas hacia objetivos que la sociedad considera prioritarios, prohíben actos que la sociedad considera perjudiciales y exigen conductas que la sociedad considera necesarias. Ciertamente, detrás de las normas jurídicas siempre existe la intención de proteger valores que la sociedad considera primordiales. En lenguaje jurídico denominamos a estos valores "bienes jurídicos tutelados".

Por excelencia los bienes jurídicos tutelados son aquellos derechos y libertades consagrados en la Constitución Política, tales como el derecho a la vida, a la salud, a gozar de un ambiente equilibrado, a la propiedad privada, entre otros, y que son materia de regulación más específica por normas de menor jerarquía. En tal sentido, un adecuado control del cumplimiento de las normas jurídicas implica que los bienes que tutelan estas normas estarán protegidos debidamente, de una forma que la sociedad espera.

Pero, ¿por qué resulta necesario un control estatal del cumplimiento de las obligaciones legales si se supone que es deber de todos los ciudadanos cumplir con nuestras obligaciones legales?. En efecto, si todos cumpliésemos tales obligaciones no habría, en teoría, la necesidad de un control estatal o fiscalización. Sin embargo, lo cierto es que no todas las personas cumplen las obligaciones que les impone el sistema jurídico. De igual modo, hay quienes

\* Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima en el año 2001. Master en Derecho y Política Minera de la Universidad de Dundee en el año 2005. Socio co-líder de las áreas de minería y medio ambiente de Osterling Abogados.

1 De acuerdo a DROMI "[l]as limitaciones administrativas, con presupuesto legal, encajan dentro de la mecánica operativa del régimen jurídico de la Administración, sin necesidad de recurrir a otro poder, como el de policía, que no tiene cabida dentro de la tríada dogmática que consagra la Constitución." Esta afirmación, que expresa una característica del derecho argentino es perfectamente aplicable al Perú, salvo que en nuestro país son más cotidianos los términos "fiscalizar" y "controlar" que "policía". DROMI agrega con respecto al poder de policía que "...sus formas de exteriorización son las mismas que las de la función administrativa (...), toda vez que la llamada policía no es más que una parte de la función administrativa, sin autonomía jurídica alguna, y el "poder de policía" es solo parte de la función legislativa del Estado, y su régimen jurídico se debe al todo del que forma parte y en el que se integra." DROMI, Roberto. "Derecho Administrativo". Tomo II. Primera Edición Peruana. Agosto 2005. p. 156.

cumplen sus obligaciones de manera parcial y no de la manera que el Estado quisiera. En efecto, hay quienes pretenden cumplir (algunos sin saber que no lo están haciendo de la forma debida), así como hay quienes deliberadamente no quieren cumplir, creándose la necesidad de efectuar un control para determinar el estado de cumplimiento de las obligaciones a cargo de estas personas.

Las acciones de control tienen como objetivo desincentivar las conductas infractoras de la legislación mediante la imposición de sanciones.<sup>2</sup> En un largo plazo, un examen de los resultados de las acciones de control ejecutadas puede servir para verificar si el sistema de fiscalización implementado está haciendo que los sujetos fiscalizados prefieran cumplir con las disposiciones legales a su cargo antes que ser sancionados por su incumplimiento. De esta forma es posible realizar los ajustes necesarios a aquellos aspectos en los que el sistema no se encuentre ofreciendo los resultados esperados.

De esta manera, los Estados eligen la forma en la que controlarán el cumplimiento de las normas jurídicas, a las autoridades responsables de ejecutar dicho cumplimiento y las reglas que regirán dicho actuar. Entre otros aspectos, estas reglas definen las prerrogativas que tendrá la autoridad para determinar cómo y cuándo efectuará tal control, para solicitar información a las personas cuyo cumplimiento legal se fiscaliza, para dictar medidas de seguridad y, finalmente, para imponer sanciones.

### 2.1. La tutela del Estado en las actividades mineras

La fiscalización estatal de las actividades mineras es significativa. Es una consecuencia natural por la cantidad de regulación que rige las diferentes dimensiones en las que la minería se desenvuelve. Con el riesgo de caer en una excesiva simplificación del tema, podemos decir que a diferencia de muchas otras actividades económicas, que se encuentran reguladas en aspectos civiles, corporativos, de inversión, tributarios y laborales, las actividades mineras debido a sus características riesgosas se encuentran sujetas, adicionalmente, a la regulación que define los estándares de la seguridad, la salud y la higiene de los trabajadores y de las instalaciones de trabajo. Complementariamente, quienes efectúan actividades mineras deben cumplir también con las regulaciones estatales sobre uso de aguas, de explosivos, el almacenamiento y consumo directo de combustibles, y de insumos químicos fiscalizados y otras sustancias o bienes controlados. En forma adicional, como toda actividad de extracción de recursos naturales, la minería debe cumplir con las normas que permiten la explotación de los re-

ursos minerales, así como una extensa regulación ambiental, la cual determina, entre otros factores, el manejo y la disposición de residuos sólidos, líquidos y gaseosos, las afectaciones al paisaje y los impactos a las comunidades de plantas y animales, así como a la salud y a la vida humana.

Como podemos apreciar, si echamos un breve vistazo a la legislación nacional, cada uno de estos nichos regulatorios tiene sus propias normas sustantivas y adjetivas, así como autoridades competentes que, siguiendo lo prescrito por las segundas, ejercen el control del cumplimiento de las primeras. En las siguientes secciones veremos más de cerca las características de las normas sustantivas que regulan la protección ambiental en las actividades mineras y las normas adjetivas que regulan las acciones de fiscalización de tales normas.

Ahora toca referirnos a las motivaciones que tendría el estado para elegir un mayor o menor grado de control para verificar el cumplimiento de las normas.

### 2.2. Las motivaciones políticas de la fiscalización ambiental

La motivación que tiene un Estado para elegir un mayor o menor grado de control en la verificación del cumplimiento de cierto grupo de normas legales posiblemente se encuentra en relación directa con la importancia de los bienes jurídicos que tal grupo de normas tutela. Por ejemplo, el hecho de que los accidentes de tránsito causados por la ebriedad de conductores de vehículos no disminuyan en la medida que la sociedad espera determina que el Estado incremente el control de las actividades de transporte terrestre, otorgando mayores recursos a las autoridades competentes de ejercer dicho control y modificando las normas aplicables, sea para disminuir los niveles tolerables de alcohol en la sangre de tales conductores o para incrementar las penas para quienes quiten la vida a personas o lesionen a éstas como consecuencia de manejar ebrios.

En la década de los noventa se percibía un profundo rechazo hacia las actividades mineras basado en los perjuicios que en épocas anteriores dicha actividad había causado al medio ambiente. Como se sabe, el medio ambiente engloba a diversos bienes jurídicos tales como la calidad del agua y el aire, la flora y la fauna, la belleza escénica, etc., cuya tutela resulta fundamental a efectos de garantizar el desarrollo sostenible de las poblaciones que habitan en su entorno. La necesidad de remediar los perjuicios causados y de prevenir los que pudiesen venir determinó que el Estado asuma una política más efectiva en el control ambiental de las actividades en este sector.

<sup>2</sup> Las sanciones administrativas consisten en multas, clausuras (temporales o definitivas), comiso, inhabilitación, etc. Ibid., p. 191.

En efecto, hoy en día es innegable el desarrollo legislativo en materia ambiental que ha alcanzado el sector minero, el cual se ha debido en parte a la reacción de las autoridades ante los argumentos de organizaciones no gubernamentales de corte ambientalista, poblaciones afectadas por contaminación ambiental, instituciones internacionales, entre otros tenedores de interés, quienes presionaban fuertemente a efectos de lograr una mayor protección del medio ambiente por parte de la minería.

Sin embargo, no han sido raras las veces en que la motivación estatal para aprobar regulación sobre protección ambiental se ha visto contrapuesta a la necesidad de promover la inversión privada. A lo largo de la década de los noventa fuimos testigos de este dilema, propio del proceso de evolución de una regulación que se ha percibido por ciertos sectores del empresariado como limitativa del crecimiento económico debido al encarecimiento de los procesos productivos.

### III. LAS NORMAS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL EN EL SECTOR MINERO

El Perú tiene diecinueve años de regulación ambiental. La historia de esta regulación empezó en el año 1990 cuando el Ejecutivo aprobó el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (en adelante CMARN) a través del Decreto Legislativo N° 613. Si bien hasta 1990 la legislación peruana contaba con ciertas normas sustantivas cuya aplicación podía atender situaciones propias del Derecho Ambiental, no existía en nuestro país una norma que reuniera en un mismo cuerpo las reglas fundamentales de la preservación ambiental<sup>3</sup>. El CMARN, por primera vez en nuestra legislación, otorgó rango de Ley a conceptos basados en los principios de prevención, contaminador-pagador y precautorio<sup>4</sup>. Asimismo, introdujo la obligación de elaborar Estudios de Impacto Ambiental (en adelante EIA) a ser aprobados por la autoridad competente en forma previa a la ejecución de proyectos públicos y privados que pudieran provocar daños no tolerables al ambiente. El código inclusive introdujo un capítulo referido a delitos ambientales y las correspondientes penas.

La entrada en vigencia del CMARN fue el punto de partida de un largo proceso regulatorio a cargo de las nuevas autoridades ambientales. Estas au-

«... no han sido raras las veces en que la motivación estatal para aprobar regulación sobre protección ambiental se ha visto contrapuesta a la necesidad de promover la inversión privada».

toridades, una vez definidas, fueron aprobando las normas sustantivas que regirían la protección ambiental de las actividades dentro de sus respectivos ámbitos de competencia. Estas normas sustantivas tuvieron la particularidad de basar dicha protección ambiental en herramientas de gestión que definirían de forma específica las obligaciones ambientales de los administrados.

A continuación, veremos el desarrollo legislativo que tuvieron las autoridades ambientales, y en el caso específico del sector minero, las principales herramientas de gestión ambiental.

#### 3.1. Las autoridades ambientales

Curiosamente ninguno de los ciento cuarenta y cinco artículos y tres disposiciones transitorias del CMARN definió qué entidad gubernamental iba a fungir el rol de autoridad competente en asuntos ambientales. No fue sino hasta el 8 de noviembre de 1991, fecha de promulgación de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo N° 757, que dicha definición tuvo lugar. El referido Decreto estableció el criterio de “ventanilla única” en materia de competencia ambiental al señalar que la autoridad ambiental sería el Ministerio titular del sector al cual pertenece la actividad que desarrolla la empresa (en marcha o proponente de un proyecto) y, en caso ésta desarrollara dos o más actividades de competencia de distintos sectores, sería la autoridad sectorial competente que corresponda a la actividad de la empresa por la que se generen mayores ingresos brutos anuales.

El Decreto Legislativo N° 757 modificó significativamente las disposiciones del CMARN, lo cual constituyó una expresión evidente del debate político que existía en la época entre la necesidad de promover

3 Ejemplos de tales normas son: i) la Constitución de 1979, que estableció por primera vez en nuestra historia el Derecho Constitucional de la persona a gozar de un ambiente saludable; ii) la legislación sobre Responsabilidad Civil Extracontractual, a través de la cual todo aquel que habría sufrido un daño personal o a la propiedad podía buscar ser indemnizado; iii) la Legislación Civil sobre propiedad predial, que establecía las limitaciones al ejercicio de la propiedad privada por razones de vecindad; y, iv) la legislación penal que perseguía criminalmente los actos que atentaran contra la vida, la salud y la propiedad.

4 El inciso 5 del artículo 1° alude al principio de prevención al señalar que la protección ambiental no se limita a la restauración de daños existentes ni a la defensa contra peligros inminentes, sino a la eliminación de posibles daños ambientales. El segundo párrafo del inciso 6 del mismo artículo se refiere al principio contaminador pagador al referir que los costos de la prevención, vigilancia, recuperación y compensación del deterioro ambiental corren a cargo del causante del perjuicio. Finalmente, el artículo 18° evoca el principio precautorio cuando sanciona que en los casos de peligro inminente para el medio ambiente y según su gravedad, la autoridad ambiental, una vez evaluado el caso, debe ordenar y disponer medidas de seguridad tales como la suspensión de actividades o la clausura de locales.

la inversión privada y la necesidad de desarrollar un marco regulatorio que al mismo tiempo garantice la preservación del medio ambiente. En tal sentido, este Decreto estableció simultáneamente principios rectores sobre seguridad jurídica en materias tributaria, administrativa y de conservación del medio ambiente. En materia administrativa, el Decreto Legislativo se enfocó principalmente en la eliminación de restricciones administrativas a la inversión y a la transparencia en la tramitación de los procedimientos administrativos. Particularmente notables fueron las disposiciones sobre la predictibilidad que debían ofrecer los procedimientos administrativos y a la obligación de las autoridades administrativas de aprobar normas legales destinadas a unificar, reducir y simplificar drásticamente todos los procedimientos y trámites.

La ventanilla única dejó de lado la posibilidad de asignar las competencias ambientales a una sola autoridad que tuviera bajo su control los aspectos ambientales concernientes a todos los sectores y niveles de gobierno. El sustento político de esta decisión obviamente descansó en el conocimiento que en ese momento ya tenían los ministerios sobre las actividades pertenecientes a los sectores que regulaban. Dicha especialización otorgaba a los ministerios una ventaja natural sobre cualquier otra entidad que haya tenido que crearse en ese momento con la finalidad de regular la protección ambiental. Sin embargo, una desventaja latente de la ventanilla única era la posibilidad de que el desarrollo regulatorio sectorial sea desequilibrado por razón de que unos ministerios avancen más rápido que otros en su tarea de implementar la regulación ambiental de sus sectores.

Con la finalidad de evitar que el terreno de juego se desnivelara, en diciembre de 1994 el Congreso de la República promulgó la Ley N° 26410 que creó el Consejo Nacional del Ambiente (en adelante CONAM) como el organismo rector de la política nacional ambiental, el cual tenía como finalidad planificar, promover, coordinar, controlar y velar por el ambiente y el patrimonio natural de la Nación. El CONAM fue responsable de velar porque todas las autoridades competentes implementaran de forma eficaz los sistemas de regulación y control ambiental en sus respectivos ámbitos. Si bien la labor del

CONAM fue determinante en la promulgación de las normas ambientales que hoy son la columna vertebral de nuestro sistema (la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, la Ley del Sistema Nacional de Gestión Ambiental y la Ley General del Ambiente), su desempeño en la tarea de lograr que todos los sectores implementen regulaciones ambientales eficaces no fue el esperado.<sup>5</sup>

Otra desventaja de la ventanilla única es su aparente inhabilidad para regular aquellos componentes del medio ambiente tales como el agua, el aire, el patrimonio cultural, las áreas naturales protegidas, etc., los cuales requieren una regulación ambiental con un enfoque integral. En estos casos un enfoque sectorial no cubriría la totalidad de aspectos a ser previstos, lo cual resultaría insuficiente y por lo tanto perjudicial para la efectiva protección ambiental de dichos componentes. En los diecinueve años de legislación ambiental hemos sido testigos de la progresiva armonización entre las regulaciones sectoriales y las transectoriales. Una expresión de lo señalado son las opiniones técnicas (favorables o no) que deben emitir las autoridades sectoriales distintas a la competente y transectoriales en los procedimientos de aprobación de EIA<sup>6</sup>. Otra expresión de los avances en la legislación ambiental transectorial, esta vez de orden orgánico, es el alejamiento de las autoridades de aguas y de áreas naturales protegidas del sector agricultura.<sup>7</sup>

La necesidad de aumentar el nivel de empoderamiento del CONAM en su rol de autoridad rectora en asuntos ambientales, así como la necesidad de fortalecer el rol de las autoridades con competencias transectoriales en la regulación ambiental, fueron motivos fundamentales para la creación del Ministerio del Ambiente a través del Decreto Legislativo N° 1013. En este sentido, el Ejecutivo consideró necesario "(...)establecer una Autoridad Ambiental Nacional con el suficiente nivel, competencias y empoderamiento que le permita conducir la política nacional ambiental, o dicho de otra manera, se requiere un Ministerio del Ambiente como cabeza del Sector ambiental y encargado de formular, cumplir y hacer cumplir la Política Nacional Ambiental y su normatividad complementaria"<sup>8</sup>. De acuerdo con la Exposición de Motivos del referido Decreto Legislativo, la creación del Ministerio del Ambiente

5 La Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1013 señala en relación al CONAM que: "...la ausencia de un compromiso político al más alto nivel con la problemática ambiental; la existencia de una frondosa normatividad y la ambigüedad en su interpretación; los numerosos actores que ejercen competencia en materia ambiental; así como la aparente duplicidad de funciones en diversas entidades públicas (...) hace necesario reformular el acercamiento público a esta importante temática de interés nacional y mundial, estableciendo una Autoridad Ambiental Nacional con el suficiente nivel, competencias y empoderamiento que le permita conducir la política nacional ambiental, o dicho de otra manera, se requiere de un Ministerio del Ambiente."

6 El artículo 17° del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental establece que si alguno de los aspectos relacionados al proyecto de inversiones regulado por otra autoridad sectorial, la autoridad competente debe requerir la opinión de la citada autoridad, según se considere necesario de acuerdo a la evaluación realizada durante la etapa de clasificación del proyecto.

7 En el caso de la autoridad de aguas, el artículo 11° de la Ley de Recursos Hídricos reconoce la naturaleza multisectorial que debe tener la gestión nacional del agua. Por otro lado, en el caso de la autoridad de áreas naturales protegidas, antes ubicadas dentro del sector agricultura, ha pasado a ser parte del Ministerio del Ambiente.

8 Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1013. p. 14.

también se justificó en la creación de autoridades con competencias transectoriales en los ámbitos de agua, áreas naturales protegidas y de fiscalización del cumplimiento de las normas ambientales<sup>9</sup>. En relación al último de estos objetivos, el Decreto Legislativo N° 1013 creó al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante OEFA) como una dependencia del Ministerio del Ambiente.

### 3.2. Las herramientas en la gestión ambiental del sector minero

El Ministerio de Energía y Minas (en adelante MEM) como autoridad ambiental de las actividades mineras ha tenido entre sus pares (las autoridades ambientales de los otros sectores) quizás el rol más activo en regulación ambiental, producto de lo cual ha hecho de la minería el sector más regulado en esta materia. La historia de la regulación ambiental minera comenzó en el año 1993 con la promulgación del Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades Minero-Metalúrgicas (en adelante RPAAM), aprobado por Decreto Supremo N° 16-93-EM. Este Decreto, que fue el primer reglamento ambiental sectorial, creó dos tipos de instrumentos ambientales: los instrumentos de adecuación y los instrumentos de diseño<sup>10</sup>.

Los instrumentos de adecuación, denominados Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (en adelante PAMA), fueron aplicables a las operaciones existentes y tenían como finalidad lograr que las mismas alcancen los nuevos principios y normas ambientales establecidos a partir de 1990. El proceso de adecuación tuvo dos fases.

La primera, entre los años 1993 y 1996, en la que se estableció una línea de base del estado de la performance en la protección ambiental de la mediana y gran minería. Esta base tuvo como finalidad establecer los estándares ambientales que serían materia de cumplimiento. La segunda fase tuvo lugar entre los años 1997 y 2002, para las operaciones mineras y, los años 1997 y 2007, para las fundiciones. El objetivo de la segunda fase fue

la adecuación propiamente dicha a los estándares determinados en la primera.

En líneas generales podemos decir que el proceso de adecuación fue exitoso, salvo por el caso del Complejo Metalúrgico de La Oroya que ante el inminente vencimiento del plazo para ejecutar sus medidas de adecuación ambiental logró obtener del Estado en dos oportunidades la controversial aprobación de normas jurídicas que viabilizaron la extensión de dicho plazo.<sup>11</sup>

En línea con la terminología utilizada por el CMARN, el Decreto Legislativo N° 757 y sus normas complementarias, el RPAAM creó a los EIA como instrumentos ambientales de diseño, cuya finalidad consiste en evaluar la viabilidad ambiental de un proyecto minero en forma previa a su ejecución. De acuerdo al RPAAM, los EIA son aplicables tanto a actividades mineras nuevas como a ampliaciones de operaciones existentes<sup>12</sup>.

Los instrumentos ambientales de diseño son herramientas fundamentales en el control de los impactos ambientales de una actividad, pues como herramientas de planificación, su rol es definir las medidas de manejo que se deberán implementar con la finalidad de prevenir, mitigar o compensar impactos al ambiente que surgirán como consecuencia de la ejecución de las actividades<sup>13</sup>.

Posteriormente, en 1998, con la aprobación del Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera (en adelante RAAEM) a través del Decreto Supremo N° 38-98-EM, el MEM creó instrumentos de diseño específicos para las actividades de exploración minera. Este reglamento fue reemplazado en el año 2008 por el Decreto Supremo N° 20-2008-EM que, entre otros aspectos, adecuó la terminología utilizada a la exigida por la Ley del SEIA<sup>14</sup>. Finalmente, durante los años 2003 y 2004, respectivamente, el MEM aprobó el Reglamento para el Cierre de Minas a través del Decreto Supremo N° 33-2005-EM y el Reglamento de la Ley de Cierre de Pasivos Ambientales mediante

9 Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1013. p. 15.

10 El RPAAM fue aprobado en abril de 1993, mientras que el Reglamento ambiental del sector hidrocarburos fue aprobado en agosto del mismo año. Los siguieron el de Electricidad (junio de 1994), Industria (Octubre 1997), Pesquería (Marzo 2001), Transportes (Julio 2001), etc.

11 Las normas jurídicas que fueron aprobadas con la finalidad de extender el plazo de ejecución del PAMA del Complejo Metalúrgico de La Oroya fueron el Decreto Supremo N° 46-2004-EM, la Ley N° 29410 y el Decreto Supremo N° 75-2009-EM.

12 Decreto Supremo N° 16-93-EM, artículos 7° incisos 3 y 20.

13 La *Guía para Elaborar Estudios de Impacto Ambiental* del sector minería señala que el propósito del EIA es establecer las condiciones ambientales existentes dentro y en el ámbito de influencia del proyecto, con la finalidad de evaluar los posibles impactos que pueden ser ocasionados por el proyecto e identificar las medidas de mitigación que serán necesarias para eliminar o minimizar tales impactos a niveles aceptables. *Guía para Elaborar Estudios de Impacto Ambiental*. p. 2.

14 Esta terminología se refiere a las categorías establecidas en el artículo 4° de la Ley N° 27446, modificado por el Decreto Legislativo N° 1078. De acuerdo a la referida norma, la Categoría I incluye aquellos proyectos cuya ejecución no origina impactos ambientales negativos de carácter significativo, mientras que la Categoría II incluye los proyectos cuya ejecución puede originar impactos ambientales moderados y cuyos efectos negativos pueden ser eliminados o minimizados mediante la adopción de medidas fácilmente aplicables. El Decreto Supremo N° 20-2008-EM adecuó a los conceptos señalados las dos categorías de exploración concebidas en el Decreto Supremo N° 38-98-EM. De esta manera, las exploraciones mineras de categoría B y C pasaron a ser de Categoría I y II, respectivamente.

el Decreto Supremo N° 59-2005-EM. Con estas normas el MEM terminó de establecer las normas ambientales sustantivas que regulan todo el ciclo de vida de las actividades económicas bajo su ámbito de gestión<sup>15</sup>.

Por otro lado, la optimización de los procesos de participación ha sido evidente en el sector minero. Desde el año 1996, en que se promulgó el primer reglamento sobre el tema, el MEM ha aprobado cuatro reglamentos sustitutorios, todos los cuales han presentado innovaciones que han servido para fortalecer la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones ambientales en las actividades mineras. A través de los cambios en los reglamentos de participación, se ha incrementado el número de mecanismos de participación ciudadana. Actualmente existen trece mecanismos distintos, entre los cuales se encuentran los talleres participativos, las publicaciones de información de diversa índole, el monitoreo participativo y las mesas de diálogo. Con respecto a la audiencia pública en los procesos de aprobación de EIA, a diferencia de las primeras normas sobre participación ciudadana, las últimas garantizan que ésta se llevará a cabo en el o los centros poblados del área de influencia directa del proyecto minero. Finalmente, otro avance radica en el incremento del plazo que debe transcurrir entre la publicación de la fecha de la audiencia y ésta, ello con la finalidad de garantizar que la población interesada pueda revisar el EIA del proyecto minero con mayor anticipación, lo cual le permite -al menos en teoría- participar de una manera más informada el día de la audiencia.

#### IV. EVOLUCIÓN DE LOS RÉGIMENES DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL DE ACTIVIDADES MINERAS

Al igual que en los ámbitos anteriormente descritos, el sector minero también fue testigo de un interesante desarrollo en las normas adjetivas sobre fiscalización ambiental. En los últimos veinte años dicho sector ha sido regulado por tres sistemas de fiscalización distintos. El primer sistema fue creado por Decreto Ley N° 25763 de octubre de 1992 y su reglamento, el Decreto Supremo N° 12-93-EM de marzo de 1993. Este sistema fue reemplazado por el de la Ley N° 27474, reglamentada por el Decreto Supremo N° 49-2001-EM, el cual estuvo vigente hasta el mes de enero del año 2007, fecha en la que el Legislativo aprobó la Ley N° 28964 que creó el actual sistema de fiscalización ambiental de las actividades mineras. Este régimen se encuentra reglamentado por la Resolución del Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 324-2007-OS/CD de junio de 2007.

«La labor del CONAM fue determinante en la promulgación de las normas ambientales que hoy son la columna vertebral de nuestro sistema».

Si observamos los tres regímenes de fiscalización, sus características y diferencias, así como las motivaciones detrás de cada ley que marcó el cambio de régimen, podemos apreciar un progresivo y claro fortalecimiento de la transparencia y la eficacia en el control del cumplimiento de las normas ambientales en el sector. A continuación veremos aquellas particularidades que sustentan lo señalado.

#### 4.1. Primer régimen de fiscalización (1992 – 2001)

En línea con la tendencia política de principios de los noventa, el primer régimen de fiscalización estuvo caracterizado por normas que buscaban proteger a las inversiones de los excesos de la burocracia. De esa manera, este régimen descansaba casi exclusivamente en la fiscalización que tenían a su cargo las Empresas de Auditoría e Inspectoría (en adelante EAI), calificadas e inscritas en un registro por la Dirección General de Minería (DGM), las cuales estaban conformadas por profesionales del sector privado que no pertenecían a la Administración Pública. Únicamente en casos de accidentes fatales o situaciones de emergencia la DGM podía disponer la visita inspectiva de un funcionario del MEM.<sup>16</sup> Este fue un primer aspecto controversial del régimen, pues el hecho de que la propia regulación sectorial impida a funcionarios hacerse cargo de una buena parte de la fiscalización dio la impresión de que el MEM no habría asumido completamente sus responsabilidades en la materia.

Las fiscalizaciones ordinarias se efectuaban de acuerdo a un programa anual, las extraordinarias -denominadas Exámenes Especiales- podían ser dispuestas por la DGM en casos de informes de fiscalización anómalos, ausencia prolongada de informes, denuncias de terceros y otras verificaciones a criterio de la autoridad. Los procedimientos de fiscalización debían ser ejecutados por las EAI de acuerdo a cuestionarios aprobados por la autoridad, lo cual fue también un aspecto criticado del régimen, pues los formatos daban la impresión de ser una camisa de fuerza que limitaba la efectividad de la fiscalización.<sup>17</sup>

15 Como parte del proceso de descentralización, la regulación de la pequeña minería y de la minería artesanal se encuentra en el ámbito de gestión de los gobiernos regionales.

16 Decreto Ley N° 25763, artículo 14°.

17 Decreto Ley N° 25763, artículo 8°.

Las EAI eran contratadas y remuneradas directamente por los titulares mineros, quienes cada año tenían la obligación de comunicar a la DGM el nombre de la EAI seleccionada.<sup>18</sup> Esta innovadora figura que nació con el propósito de proveer al régimen profesionales capacitados -existía en la época la percepción de que dicha capacidad no se encontraba disponible en el común de los funcionarios gubernamentales, por lo que había que recurrir al sector privado- no fue acogida por la sociedad civil como se esperaba, pues la existencia de una relación contractual entre la entidad fiscalizada y el fiscalizador generó una desconfianza que nunca pudo ser superada.

De acuerdo a las prerrogativas generales concedidas a las autoridades ambientales a través del Decreto Legislativo N° 757, en casos de peligro grave o inminente para el medio ambiente, la DGM tenía facultades para imponer las siguientes medidas de seguridad: a) procedimientos que hagan desaparecer el riesgo o lo disminuyan a niveles permisibles, estableciendo para el efecto los plazos adecuados en función a su gravedad e inminencia; o, b) medidas que limiten el desarrollo de las actividades que generen peligro grave e inminente para el medio ambiente. En caso de que el desarrollo de las actividades fuera capaz de causar un daño irreversible con peligro grave para el medio ambiente, la vida o la salud de la población, la DGM podía suspender los permisos, licencias o autorizaciones que hubiera otorgado para el efecto<sup>19</sup>.

Finalmente, otro aspecto controversial de este régimen fueron las reglas aplicables a las denuncias de terceros en materia ambiental. Si la denuncia resultaba fundada, los costos del Examen Especial eran sufragados por los titulares mineros. Sin embargo, si la denuncia resultaba infundada los costos debían ser sufragados por el denunciante<sup>20</sup>. Esta última regla fue percibida como un desincentivo para aquellas personas que se les percibía como potenciales denunciantes, pues los costos de los exámenes especiales -los cuales involucraban informes de profesionales y pruebas de laboratorio- pueden llegar a tener un costo considerable.

#### 4.2. Segundo régimen de fiscalización (2001 – 2007)

El segundo régimen de fiscalización de las actividades mineras fue creado por una ley del Congreso de la República, la cual estuvo motivada por la insatisfacción causada por el primero y procuró enmendar errores. Para comenzar, en este régimen

la responsabilidad en la fiscalización de las actividades mineras fue asignada exclusivamente a la DGM y a la Dirección General de Asuntos Ambientales (en adelante DGAA)<sup>21</sup>. Esta fue una clara reacción ante las acusaciones de que el MEM había abandonado en manos de terceros la responsabilidad de fiscalizar el sector minero. Estas direcciones tenían la potestad de cumplir con sus funciones directamente, a través de sus funcionarios públicos, o a través de Fiscalizadores Externos (en adelante FE), también calificadas e inscritas en un registro pero cuya remuneración no era pagada directamente por la entidad fiscalizada. Con la finalidad de dejar de lado los formatos de fiscalización, el régimen otorgó amplias prerrogativas a los funcionarios o FE a cargo de las fiscalizaciones, los cuales podían investigar cualquier hecho dentro del alcance de la Ley General de Minería y sus reglamentos<sup>22</sup>.

Con la finalidad de acreditar la independencia de los FE, se crearon los mecanismos para que sea la DGM quien las contrate y remunere directamente, para dicho efecto se fijó el Arancel de Fiscalización Minera<sup>23</sup>. Este arancel era la base sobre la cual se calculaba el honorario del FE. Este honorario, así como los gastos de la fiscalización, debían ser abonados por el titular minero al MEM, quien a su vez remuneraba y reembolsaba al FE. Si tuviésemos que medir la independencia de un régimen de fiscalización por la cantidad de multas impuestas, tendríamos que concluir que éste fue un régimen más independiente que el anterior. Por lo menos más eficaz, pues como podemos apreciar del cuadro, existe una evidente correlación entre la cantidad de multas impuestas y el cambio de régimen. No obstante, efectuar una afirmación de dicha naturaleza resultaría aventurado debido a la influencia de otros factores tales como la ejecución de los PAMA durante los años 1997 y 2002, en donde la propia naturaleza de adecuación de tal programa implicaba que las operaciones mineras transiten de situaciones de incumplimiento de estándares hacia situaciones de cumplimiento dentro de un régimen

«En los diecinueve años de legislación ambiental hemos sido testigos de la progresiva armonización entre las regulaciones sectoriales y las transectoriales».

18 Decreto Ley N° 25763, artículo 6°.

19 Decreto Legislativo N° 757, artículo 52° modificado por la Ley N° 26786.

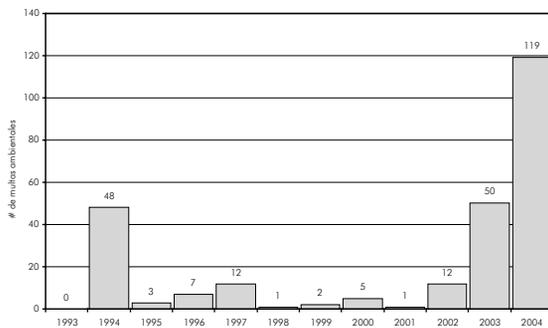
20 Decreto Supremo N° 12-93-EM, artículo 41°.

21 Ley N° 27474, artículos 1° y 3°.

22 Ley N° 27474, artículos 7° y 8°.

23 Ley N° 27474, artículo 5°.

jurídico que monitoreaba dicha transición sin imponer sanciones en tanto el titular se encontrara cumpliendo los objetivos previstos.



#### Número de multas ambientales impuestas por la DGM

Fuente: DGM

En lo referido a las denuncias de terceros, este régimen difirió del primero. Eliminó la regla que establecía que los denunciadores debían correr con los costos del Examen Especial en caso la denuncia resultara infundada. No obstante, exigió que éstas se encuentren acompañadas de informes sustentatorios suscritos por un profesional colegiado con experiencia en la materia denunciada<sup>24</sup>. En caso de denuncias fundadas los costos debían ser sufragados por los titulares mineros<sup>25</sup>. Si bien la eliminación de la regla controvertida fue un acierto, el requisito del informe sustentatorio tenía, por lo menos en teoría, un mayor efecto disuasivo a los denunciadores, pues éstos debían incurrir en un gasto en forma previa a presentar la denuncia. Naturalmente, éste fue un aspecto muy criticado del régimen.

#### 4.3. Tercer régimen de fiscalización (2007 – a la actualidad)

Por último, el tercer y actual régimen de fiscalización transfirió las competencias de fiscalización de actividades mineras fuera del MEM y las depositó en el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (en adelante OSINERG), para cuyo efecto su nombre fue cambiado a OSINERGMIN. Ni el efecto causado por el incremento en la imposición de multas, ni el del rompimiento del vínculo contractual entre entidad fiscalizada y fiscalizador, fueron lo suficientemente significativos como para evitar que se percibiera que el MEM era constantemente capturado por sus entidades reguladas (cuyas actividades económicas promovía a la vez), lo cual le impedía cumplir con sus responsabilidades fiscalizadoras.

Este régimen es similar al segundo en tanto responsabiliza a la autoridad gubernamental por la

fiscalización ambiental de las actividades mineras, facultándola al mismo tiempo a delegar sus funciones de supervisión a terceros denominados Empresas Supervisoras Externas (ESE), cuyo rol es muy similar, sino exactamente igual, al de los FE. Una importante diferencia con el segundo régimen son los mecanismos de financiamiento del sistema de fiscalización. En forma adicional al empleo del Arancel de Fiscalización Minera, OSINERGMIN financia las actividades de fiscalización minera con el 70% de las multas que impone a los titulares de las actividades de dicho sector<sup>26</sup>.

Las normas actuales sobre fiscalización, en línea con lo prescrito en la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG), distinguen entre los procedimientos de supervisión del cumplimiento de las normas legales y los procedimientos administrativos para imponer sanciones, lo cual aumenta las garantías del debido procedimiento administrativo<sup>27</sup>. Hasta la creación de este régimen, los procedimientos de fiscalización no distinguían entre la etapa instructiva y la sancionadora, pues incorporaban en un solo procedimiento tanto la verificación del cumplimiento de las normas ambientales como la imposición de eventuales sanciones, haciendo que resulte muy complicado para las entidades fiscalizadas identificar aquellas situaciones donde corrían el riesgo de ser sancionados.

En relación a las denuncias que se presentan ante el OSINERGMIN, en aplicación de las normas de la LPAG, si la autoridad considera que la materia denunciada reviste el mérito suficiente para ser investigada inicia de oficio la investigación, momento en el cual el denunciante deja de ser parte en el procedimiento<sup>28</sup>.

En relación a las medidas de seguridad que puede adoptar el OSINERGMIN, esta entidad puede ordenar la paralización temporal o definitiva de las actividades mineras. Estas medidas pueden imponerse como consecuencia de la verificación de una infracción administrativa en el marco de un procedimiento administrativo sancionador. Asimismo, en casos de peligro grave para el medio ambiente o la seguridad de los trabajadores, OSINERGMIN puede ejecutar tales medidas en forma precautelatoria, es decir, de forma no relacionada con un procedimiento sancionador<sup>29</sup>. Sin duda, en los pocos años que tiene este régimen de fiscalización, las medidas de paralización de actividades han demostrado tener un efecto disuasivo más efectivo que el de las sanciones; no obstante, los montos de las multas se han elevado.

24 Decreto Supremo N° 49-2001-EM, artículos 43° y 44°.

25 Decreto Supremo N° 49-2001-EM, artículo 46°.

26 Ley N° 28964, artículo 4°.

27 Resolución del Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 324-2007-OS/CD, artículo 31°.

28 Resolución del Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 324-2007-OS/CD, Primera Disposición Complementaria.

29 Decreto Supremo N° 54-2001-PCM, artículo 94°.

## V. ¿CUÁN URGENTE ES LA IMPLEMENTACIÓN DEL OEFA EN EL SECTOR MINERO?

Actualmente, la regulación ambiental del sector minero se encuentra en una situación muy distinta a la que existía en el año 1990. La autoridad ambiental del sector no solo ha completado la regulación de todas las actividades que tiene a su cargo, sino que ha venido optimizándola con la finalidad de adecuarse progresivamente a las nuevas disposiciones ambientales, procurando no desincentivar las inversiones en minería que es uno de nuestros mayores aportantes de divisas.

En este andar, en los últimos años hemos sido testigos de un acercamiento de posiciones entre quienes pregonan una mayor protección del ambiente y quienes promueven la inversión privada. En efecto, la brecha entre ambas posiciones no se percibe tan antagónica como a principios de la década pasada, lo cual es sin duda sinónimo de avanzar hacia un desarrollo sostenible.

En cuanto a los sistemas de fiscalización ambiental de las actividades mineras, hemos sido testigos de un proceso de maduración que ha corregido aquellos aspectos que restaban credibilidad a las

acciones de control e implementado mecanismos más efectivos para lograr un mayor cumplimiento legal por parte de las empresas. El día de hoy no resulta posible afirmar que el responsable de la fiscalización ambiental de las actividades mineras se encuentre capturado por las empresas reguladas.

No obstante, es evidente que este desarrollo no ha sido uniforme en todos los sectores. Existen aún autoridades ambientales que requieren implementar normas sustantivas y sistemas de fiscalización adecuados. Peor aún, existen sectores de la economía cuya protección ambiental es prácticamente inexistente, como sucede con las actividades mineras auríferas informales o la agricultura, que se encuentran desatendidas por sus respectivas autoridades ambientales.

En conclusión, la implementación del OEFA para la fiscalización de las actividades mineras no resulta urgente, pues actualmente existe una autoridad que de forma eficaz y legítima se encuentra desempeñando dicha tarea. Convendrá más que el OEFA se centre en implementar aquellos sistemas de fiscalización ambiental que no están funcionando como debieran, pues dicha labor sí tendrá un efecto positivo en la protección del medio ambiente. CA

LAUB & QUIJANDRÍA  
consultores y abogados

LA PRIMERA FIRMA ESPECIALIZADA EN TEMAS DE ELECTRICIDAD,  
GAS NATURAL, PETRÓLEO Y MINERÍA