

Entrevista a Ramón Huapaya Tapia*

La Regulación del Sector Minero en el Perú: Reflexiones y Propuestas desde una Visión Administrativista

Por: Héctor Campos García
Sandra Chávez Torres

- 1. La reglamentación jurídica referida al procedimiento para el otorgamiento de las concesiones mineras puede dividirse en dos períodos diferenciados: una antes de 1991 y otra después de 1991. Sobre la base de esto ¿Cuáles son las semejanzas y diferencias de la regulación antes y después de 1991? ¿Qué nuevas perspectivas y beneficios se han logrado en Perú? ¿Cuáles son los principales vacíos que, a su criterio, presenta la normativa vigente?**

Antes que nada quisiera agradecer a Derecho y Sociedad por la gentil invitación a formular apreciaciones, que realizo a estricto título personal y académico, sobre el régimen jurídico-administrativo del sector minero en el país.

En primer lugar, debo señalar el particular interés que tiene para el Derecho administrativo, el estudio de la intervención administrativa en el sector minero en el país. Digo intervención administrativa, debido a que la legislación minera ofrece claros ejemplos de figuras propias de los regímenes administrativos clásicos de intervención en las actividades económicas, a través de actividades estatales de policía administrativa (reglamentación de derechos, control preventivo de actividades, imposición de obligaciones, fiscalización, sanciones administrativas), así como figuras propias del fomento administrativo (régimen tributario especial, regímenes de promoción a la inversión). Todo ello se materializa a través de sendos procedimientos administrativos y actos administrativos emitidos por lo que el TUO de la Ley General de Minería (aprobado por el D.S. 014-92-EM) llama erróneamente "jurisdicción administrativa minera".

Para mí es importante señalar que resulta paradójico que siendo el país rico en recursos minerales, y que, fundamentalmente, obtiene sus recursos desde el sector minero, no tengamos muchos estudios ni reflexiones académicas desde una perspectiva administrativista en el mencionado sector, exceptuando los aportes que en su momento realizaron juristas como el fallecido profesor Enrique Lastres (la gran parte de los cuales fueron efectuados desde la Revista del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía), o los profesores Basadre, García Montúfar y Belaúnde Moreyra, aportes que se vincularon estrictamente con las instituciones del denominado Derecho Minero.

En segundo lugar, considero que en el Perú falta más análisis y reflexión desde una perspectiva administrativista sobre los problemas y vicisitudes legales de las instituciones económicas y técnicas sobre la minería. Hay que dejar de lado la creencia de que el abogado que conoce derecho sectorial (como el minero), es el que únicamente conoce las normas del sector. El abogado "sectorial" o de un "sector regulado" verdaderamente debe ser aquella persona que conozca y maneje las instituciones y los principios que inspiran la normativa especial, en este caso, tanto las bases constitucionales y legales, así como la normativa administrativa e infralegal del sector minero. Pero no solamente debe saber las normas e instituciones, sino que también debe saber interpretarlas adecuadamente, a fin de darles armonía y una aplicación acorde con el íntegro del ordenamiento jurídico.

Entrando en materia, y para contestar su pregunta debo manifestar que existen algunas sensibles diferencias y a la vez bastantes semejanzas, entre lo que fue el texto

* Profesor de Derecho Administrativo Económico en la Pontificia Universidad Católica del Perú. El autor señala expresamente que las opiniones personales que se formulan en la presente entrevista se realizan a título estricto y exclusivamente académico, y no compromete ni adelanta la opinión de las entidades para las cuales presta sus servicios.

original del Decreto Legislativo 109 (Ley General de Minería, de 1981) y el texto que adoptó dicha norma luego de la modificación de la misma por el Decreto Legislativo 708 (Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero, del año 1991), modificación que dio origen al actual Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (en adelante, el TUO), aprobado por Decreto Supremo No 014-92-EM.

En primer lugar, las semejanzas que existen entre el régimen de 1981 y el régimen tras la reforma del Decreto Legislativo 708, son varias, sobre todo en los regímenes tributario, promocional, de los procedimientos mineros y los contratos mineros, aspectos en los cuales las normas luego de la reforma del Decreto Legislativo 708, básicamente siguen siendo las mismas. De igual manera se ha preservado la estructura de lo que el TUO denomina “jurisdicción administrativa minera” (y que incluye a la Dirección General de Minería y al Consejo de Minería como autoridades administrativas encargadas de la aplicación de las normas del sector).

Sin embargo, también existen sensibles diferencias entre la legislación del antiguo Decreto Legislativo 109 y el actual TUO de la Ley General de Minería. Básicamente hablamos aquí de tres temas: el régimen de los títulos habilitantes (concesiones), los derechos y obligaciones de los concesionarios y la intervención del Estado en la industria minera. Es que el Decreto Legislativo 109 estaba diseñado con un esquema de varios tipos y clases de concesiones (por ejemplo, se distinguía entre concesiones de exploración, explotación y refinación, junto con las concesiones de beneficio, labor general y transporte minero), y que inclusive diferenciaba a las concesiones por las clases de minerales extraídos, a efectos de aplicarles regímenes diferenciales (como el de la Ley de Promoción Aurífera, Decreto Ley N° 22178).

Este régimen de varios tipos de concesiones, bastante complejo y engorroso, fue simplificado notoriamente por el Decreto Legislativo 708. Por otro lado, los aspectos relativos a los derechos y obligaciones de los concesionarios fueron mejorados y reestructurados en la reforma de la Ley minera, en función al nuevo régimen simplificado de la concesión minera de exploración y explotación. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el texto del antiguo Decreto Legislativo 109 estaba pensado para un régimen económico en el cual el Estado tenía una participación preponderante a nivel empresarial en la actividad minera (básicamente a través de sus empresas sectoriales: Centromín Perú –que ejercía actividad minera extractiva y de exploración, Minero Perú– que ejercía la actividad de comercialización de los minerales y el Banco Minero). Precisamente, el cambio de 1991, obedeció a una figura de liberalización en el sector minero, la cual se manifestó en la derogación de la gran mayoría de las normas que concedían atribuciones y derechos al Estado para participar en la industria minera como agente económico. Como toda norma de liberalización, el Decreto Legislativo 708 concedió un distinto papel al Estado en la regulación del sector, dándole un rol

de autoridad en el sistema, y relegando su posición de agente empresarial en el mercado minero.

De otro lado, creo que es por todos conocido, el gran empuje que ha significado para la economía peruana el auge del sector minero, sobre todo en la coyuntura que se viene viviendo desde el año 2001 en adelante, gracias a los precios elevados de los minerales en los mercados internacionales. Precisamente, hay que tener en cuenta un dato importante: los minerales que produce el Perú fundamentalmente son commodities, sus precios no los fija el mercado peruano, sino que son negociados día a día en diferentes mercados internacionales. Por tal razón, en la minería se habla de ciclos de precios, a veces son altos y a veces son bajos de acuerdo a las coyunturas de los mercados internacionales. Actualmente, debido al 11-S y al crecimiento económico de varias naciones como China, los minerales se encuentran en una coyuntura de precios altos. Sin embargo, esto es algo que no se sabe si va a durar muchos años más o no, es muy difícil hacer predicciones sobre la duración del ciclo de precios altos, al menos en términos económicos. En tal sentido, hay que tener bastante cuidado con respecto a la aplicación de políticas cortoplacistas en el sector minero: por el contrario, es importante propiciar la estabilidad legislativa y del régimen tributario aplicable al sector minero, a fin de no retraer la inversión.

Considero que gran parte del gran número de inversiones que se viene realizando en el Sector, es debido, así como por el potencial geológico que tiene el país, también por la estabilidad de nuestra legislación y la predictibilidad de nuestras políticas y su aplicación; sinceramente, el dato de la legislación y su aplicación predecible son importantes para atraer inversiones. Sin embargo, no debe dejarnos de llamar la atención que en el “ranking” anual de jurisdicciones atractivas para la inversión minera elaborado por el prestigioso Instituto Fraser para el año 2006/2007 (Fraser Institute Annual Survey of Mining Companies 2006/2007), el Perú salga en lugares de “media tabla” en varias categorías, sobre todo por los problemas sociales que aquejan al desarrollo de nuevos proyectos mineros, así como por la incertidumbre respecto a procesos como la regionalización y los problemas medio ambientales.

Por último, en cuanto a los “vacíos” que ustedes señalan en su pregunta, yo les contestaría señalándoles que en vez de denunciar falta de normas, más bien deberíamos proponer la actualización de varias partes de la Ley, que ha sido sometida a varios cambios posteriores a la dación del TUO. Creo que hay que mejorar algunos aspectos vinculados a la actualización de varias partes del TUO (básicamente, un “acomodamiento” a la Constitución vigente y a la legislación de 1991 en adelante), y por otro lado, reevaluar algunos aspectos del régimen tributario que han sido derogados (como los beneficios de reinversión del artículo 72 inciso b) del TUO de la Ley General de Minería), así como mejorar aspectos vinculados a la estructura de los procedimientos administrativos (que tienen una impronta bastante judicializada). En realidad, fuera de mejorar algunas

normas, y revisar algunas partes del TUO para su modificación, desde el punto de vista administrativo no habrían vacíos que requieran la adopción de cambios estructurales en la legislación básica del sector.

2. En el ámbito jurisprudencial ¿que sentencia o sentencias han marcado un hito fundamental en el tema de concesiones que han permitido su buen funcionamiento o su desnaturalización?

El sector minero es un ámbito especializado, que opera básicamente con jurisprudencia administrativa, emitida por el Consejo de Minería (Tribunal administrativo que hace las veces de máximo órgano de la denominada "jurisdicción administrativa minera", y que resuelve los recursos de revisión en materia minera) y con jurisprudencia de carácter tributario (emitida por el Tribunal Fiscal). El Consejo de Minería es una institución importante en la buena marcha del sector y generalmente tiene criterios especializados predecibles en el tiempo, que dan vida propia a las interpretaciones de diversos aspectos del TUO de la Ley General de Minería.

Fuera del ámbito administrativo, considero preciso resaltar la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. No 0048-2004-AI/TC, sobre el caso de las regalías mineras. Si bien económicamente, y a un título explícitamente personal, pienso que el debate de las regalías tiene varias aristas que no han sido suficientemente analizadas en cuanto a sus consecuencias para la inversión, considero que esta Sentencia tiene varios aportes doctrinales nada desdeñables y, que a pesar de estar formulados como *obiter dicta*, pueden ayudar a comprender fenómenos administrativos interesantes para el derecho minero nacional.

Particularmente, la Sentencia citada define acertadamente a la concesión minera como una especie de concesión de dominio público, y que tiene la naturaleza jurídica de un acto administrativo estable e irrevocable (Fundamentos jurídicos 99 a 111 de la Sentencia). Asimismo, el Estado, que actúa como concedente, otorga dicho derecho a *explotar* los recursos minerales que pertenecer al demanio. El otorgamiento del derecho a explotar constituye la concesión minera, derecho real que constituye la suma de atributos que la Ley confiere a esta clase de concesionarios (artículo 10 del TUO). La característica de este acto administrativo, es que es irrevocable y que sólo puede ser extinguido por la caducidad (regulada específicamente por el incumplimiento de la obligación de producción).

Es mi parecer que esta Sentencia del Tribunal Constitucional, estemos o no de acuerdo con la interpretación de la regalía (o con su conveniencia), ha ayudado a esclarecer varias cuestiones administrativas vinculadas con la regulación de las concesiones mineras. El Tribunal Constitucional ha hecho, en este caso e insisto, independientemente de la postura que se adopte con respecto a las regalías, un buen trabajo de determinación jurídica de lo que es la concesión minera y las principales características de su régimen jurídico.

3. La regulación normativa referida al canon y a la regalía minera establece la redistribución de lo recaudado por el Estado a los Gobiernos Locales y Regionales en los que se encuentre el yacimiento minero, con la finalidad de poder realizar las inversiones necesarias a favor de las mencionadas regiones. En este contexto, ¿sería beneficioso que se cambie la normativa y que esta basada en el principio de SOLIDARIDAD permita que la redistribución se realice en todo el país en función del nivel de pobreza? Sobre lo anterior ¿Qué problemas presentó, presenta y presentará el SNIP?

Una propuesta que la que ustedes pretenden, necesariamente pasaría por una modificación de la Constitución para lo que se refiere al canon, que veo poco viable en un corto y mediano plazo. Inclusive ya existe jurisprudencia constitucional que avala la idea de que el canon sea destinado a las zonas donde se realiza la actividad de la empresa minera o donde ésta tiene su "área de influencia" (STC 048-2004-AI), lo cual excluye la idea de repartir los ingresos hacia las áreas geográficas que carecen de estos ingresos vía canon al no tener recursos naturales mineros o hidrocarburíferos en su jurisdicción. Por otro lado, con respecto a la parte que correspondería a las regalías, en la medida que se trata de una materia estrictamente de orden legal, no habría mayor problema en plantear una reforma del sistema, con las salvedades de la discusión y transparencia previa sobre la medida.

"(...) los recursos minerales no son patrimonio o riqueza de la jurisdicción local donde se encuentren (...)"

No obstante lo señalado anteriormente, el panorama ya cambiando en lo que se refiere a los criterios de distribución del canon. Así por ejemplo, recientemente se han planteado ideas interesantes, como la iniciativa legislativa proveniente del Ejecutivo, consistente en plantear un reparto directo a la población (en efectivo) de una parte del porcentaje de ingresos que por canon minero reciben las municipalidades distritales, situación que nos puede dar una idea de los nuevos vientos sobre la materia.

Ahora bien, y en estricta relación con la idea formulada en su pregunta, yo creo que en el largo plazo, podrían elaborarse reflexiones sobre esta idea y sus justos alcances, debido a que los recursos minerales no son patrimonio o riqueza de la jurisdicción local donde se encuentren o "riqueza de los pobladores", sino que son recursos que son patrimonio de la Nación, y están afectos *in situ* al régimen del dominio público, es decir, que pertenecen a la entera población del país. De tal manera que si el Estado percibe el ingreso por impuesto a la renta (del cual sale el monto del canon) no sería una idea descabellada que, previa reforma constitucional,

el Estado pueda determinar una parte o porcentaje del canon para poblaciones menos favorecidas por no encontrarse en zonas donde existan recursos minerales o hidrocarburíferos. Evidentemente, deberán realizarse estudios y las consultas que deban hacerse con los territorios a los cuales se les disminuiría una parte de sus ingresos, pero a largo plazo, creo que es una opción sobre la cual habría, al menos, que reflexionar.

Por otro lado, en lo que se refieren al tema del SNIP como supuesta “traba” para el desarrollo de la inversión pública, pues yo tengo una posición sobre el particular. El SNIP no es ni “bueno” ni “malo, ni tampoco un “fin” en sí mismo. Es un sistema necesario para el buen funcionamiento del Estado y permite evitar usar recursos en obras innecesarias, que no tienen impacto social, ni tampoco una sostenibilidad hacia el futuro. Creo que es un sistema administrativo que se hizo una mala fama un poco injustamente, debido a las rigideces que tuvo al comienzo, cuando fue aplicado exclusivamente desde el MEF (ahora está bastante descentralizado), pero que posteriormente ha sido corregido y mejorado en varios de sus aspectos. Ahora bien, ¿dónde está el problema para la ejecución del gasto, entonces? ¿en el SNIP?. ¿en el MEF?. Yo no lo creo, sinceramente. Por el contrario, es mi parecer que dicho problema reside en la falta de capacidades institucionales y de recursos humanos capacitados dentro de la Administración Pública local y regional, para poder gestionar proyectos adecuados para una inversión social sostenible y no regida por vaivenes políticos. Salvo honrosas excepciones (documentadas por ejemplo, por Ciudadanos al Día), no existe la capacidad de generar proyectos sostenibles, ni tampoco capacidades para la ejecución del gasto en aquellas regiones y municipios que perciben ingresos por el canon minero. En tal motivo, un punto importante en la agenda es reforzar las capacidades humanas e institucionales de las entidades que perciben recursos por canon, lo cual implica prestar especial preocupación en la reforma del régimen de personal de la Administración Pública del país, el cual se encuentra paralizado desde hace tiempo en el Congreso de la República.

4. Clásicamente la justificación de la deducibilidad de los gastos de una empresa para efectos del Impuesto a la Renta se ha basado en el principio de causalidad. Supóngase que una empresa minera que esta explotando un yacimiento destina fondos para el bienestar de la comunidad donde está ubicado este (construcción de colegios, hospitales, centros de purificación de las aguas de los ríos, etc.). Estos gastos en los que incurre, basados en la RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA y en un nuevo enfoque del Impuesto a la Renta ¿podrían ser deducidos? ¿representarían algún tipo de incentivos? ¿qué tan viable sería esta medida?

Veamos. Entiendo que la aplicación de lo que sugieren viene siendo discutido en diversos foros de abogados tributaristas y por las empresas mineras, y ha sido catalogado como uno de los problemas que aquejan a

la tributación minera actual, entre varios otros. Si bien mi especialidad no es la tributaria, sino la administrativa, parto señalando, en primer lugar que, a mi criterio, la idea de la “responsabilidad social de la empresa” es un concepto muy difuso y que no se condice con la idea de un “aporte” sino con la idea de una “obligación”, lo cual difumina los alcances de dicha figura, y además, la puede convertir en un concepto peligroso. Yo prefiero usar el término de “aportes de las empresas mineras a las comunidades”, lo cual genera gastos a la empresa que son parte de su inversión (entendiendo el concepto como un “gasto social”), que debería ser reconocido para su deducción en términos tributarios, desde un punto de vista de razonabilidad. Ahora bien, entiendo que la calificación de tales gastos como deducibles depende de modificaciones de política y de normativa que debe evaluar el Ministerio de Economía y Finanzas, pero que en líneas generales me parece que constituiría una medida de fomento acertada y perfectamente viable, evaluando previamente la necesidad y el costo-beneficio de su adopción.

5. Actualmente estamos viviendo un proceso de conmoción social referido al tema de la minera MAJAZ en la sierra norte del Perú. Los intereses que se encuentran contrapuestos son claros, por un lado tenemos el denominado “afán de desarrollo económico y el progreso” y el derecho a la libertad de empresa y por otro lado, la decisión de los propios pobladores que no quieren ver contaminado su espacio y cambiar su forma de vida. En su opinión ¿qué interés debe primar? ¿Qué variables deben tenerse en cuenta al realizar este análisis? ¿Es el tema de la informalidad minera un factor determinante para poder resolver este conflicto? ¿Por qué se han tenido experiencias que hacen que ahora se dude de la posibilidad de inversión en minería?

Yo creo que más allá de los incidentes ocurridos, y que son de conocimiento público, creo que estos son problemas que vienen desde hace muchos años atrás y que no han sido solucionados adecuadamente en base a diálogo y transparencia. Lamentablemente han existido muchos entredichos y un fuego cruzado de acusaciones bastante ideologizadas en torno al conflicto de Majaz (azuzadas irresponsablemente por ONG’s y personas irreflexivas, fundamentalistas), que reflejan una constante acaecida en varios conflictos anteriores, que no han podido solucionarse, justamente debido a conductas a veces, muy intolerantes, que no propician la idea de diálogo, sino, todo lo contrario propagan la idea de enfrentamiento y “lucha de intereses”. Inclusive, su pregunta estaría en esa línea, al proponer que la minería y el desarrollo sostenible son conceptos antónimos, enemigos, incompatibles, una suerte de conceptos-némesis. Entiendo que todo esto no es así.

Yo no creo que exista un “interés que debe primar sobre el otro”. Esto no es cierto, los intereses no “priman” sobre los otros si previamente ha existido diálogo y transparencia entre ambas partes, las cuales mantienen

intereses que deben marchar en cooperación. Hoy por hoy, las empresas que tienen internalizadas conductas que reflejen buenas prácticas corporativas, saben que no pueden “llegar por la puerta de atrás” para realizar negocios e inversiones en sectores extractivos. Por el contrario, las empresas (sobre todo las extranjeras) que realizan inversiones en esta clase de negocios conocen perfectamente que la integración, el diálogo, la política del “buen vecino” y de cultivar relaciones con los pobladores adyacentes al desarrollo de la actividad extractiva, son la verdadera “licencia social” con la que deben contar para que la industria minera pueda convivir en armonía con los intereses de las comunidades. Yo rechazo fuertemente el concepto de licencia social (la mayoría de juristas lo hace) porque en realidad no es correcto que la población se irrogue poderes estatales – el Estado es el único que otorga, en uso de su dominio eminente, las autorizaciones, permisos y licencias necesarios para operar negocios como el minero. Las poblaciones no autorizan nada, porque justamente no tienen poderes para hacerlo, no son la autoridad, ni pueden tomar los poderes del Estado por la fuerza. Lo correcto es entender que esta “licencia”, más que un “permiso”, es una constante, una constante de buenas relaciones, transparencia, diálogo e integración entre los intereses de las empresas y de las comunidades. En la medida que exista un concepto de “alianza privados – comunidad”, el poblador va a percibir que no es un “conflicto de intereses” o “lucha de clases”, sino que se trata de integrar la industria, el progreso y la inversión, con la tradición, el respeto por las leyes y los derechos consuetudinarios, así como los derechos de las comunidades. Esto es algo posible, en lo que se puede creer (de hecho se produce ya en varias zonas).

Es obvio que la actividad minera va a causar cambios en el entorno, en el paisaje, en la forma de vida de muchas comunidades. Pero el hecho de causar cambios no significa que estos cambios no sean compensados o no sean informados con la transparencia del caso. La concesión minera no otorga una patente de corso ni tampoco los empresarios mineros son unos corsarios. Existen en el país muchos ejemplos de cómo las empresas mineras se han integrado exitosamente a las comunidades, las cuales entendieron el cambio y de un inicial rechazo pasaron a apoyarlo.

Las variables a considerar son varias, pero fundamentalmente deben analizarse los escenarios desde el punto de vista de las acciones del Estado, de los empresarios y de los afectados directamente por la actividad minera. Creo que desde el punto de vista del Estado deben discutirse prioritariamente temas como la presencia del mismo en zonas alejadas de nuestro territorio, la necesaria mejora de la ejecución del gasto social y de los ingresos percibidos por vía canon, así como la construcción de mayores y permanentes escenarios de diálogo, sin desmedro ni olvido del principio de autoridad, básico para hacer cumplir las políticas estatales sobre la materia. Asimismo, desde el punto de vista del Estado se requiere seguir incrementando la fuerza de fiscalización y de seguimiento del cumplimiento de

las obligaciones legales de las empresas mineras. Por otro lado, desde el punto de vista de las empresas, considero que es necesario seguir avanzando en la adopción de buenas prácticas empresariales en relación con las comunidades directamente afectadas con la actividad minera, así como a mejorar políticas de diálogo, transparencia e integración. Sin políticas empresariales claras y transparentes, así como voluntad de diálogo, no habrá consenso ni aceptación de las empresas, y creo que este es un mensaje que estos actores tienen claro. Por último, y *not at least*, considero que desde el punto de vista de los pobladores, se requiere seguir trabajando en mejorar los canales y espacios de diálogo con las autoridades y las empresas, así como preocuparse en participar activa y responsablemente en las fases de transparencia, audiencias públicas y de participación ciudadana que se dan en el marco de los procedimientos administrativos vinculados al otorgamiento de los permisos ambientales otorgados por el Estado. Tal vez es una cuestión de mejorar marcos legales, afinar algunas políticas públicas, pero también, como dijo el cantautor Fito Páez, se trata también de una “...*cuestión de actitud*”. Se trata de propiciar la tolerancia y la confianza en las actitudes de ambas partes, y de dejar de ver la minería como un negocio que fagocita la riqueza de nuestro país, sino por el contrario, verla como lo que es, como el motor de las grandes inversiones y de la generación de riqueza, trabajo y mejoras para nuestras comunidades.

Ahora bien, desde el Ministerio de Energía y Minas se vienen planteando nuevas políticas públicas sostenibles en el tiempo para mejorar la actuación del Estado en el escenario de la relación tripartita Estado-empresarios-pobladores. En esta línea se están dando importantes pasos en los últimos años, como la creación de una Dirección General de Gestión Social, encargada de participar y propiciar en el diálogo pobladores-empresas, así como de hacer un seguimiento de tales diálogos y de sus resultados. Por otro lado, la reciente escisión de las funciones fiscalizadoras y sancionadoras del MEM y su traslado al ahora OSINERGMIN, es también un hecho que ha permitido separar las funciones promotoras de las sancionadoras en materia minera, lo cual es un avance para muchos. Asimismo, se viene mejorando y perfeccionando reglamentaciones ambientales y técnicas para mejorar el marco de la participación ciudadana y para propiciar el desarrollo sostenible. Esto es muestra del significativo interés y atención que el Estado, a través del MEM, viene brindando al sector minero, de manera permanente, y particularmente durante la actual gestión.

6. Sobre la base de lo anterior ¿qué mecanismos administrativos pueden emplearse para evitar que se causen daños al medio ambiente en el accionar de las empresas mineras? ¿Es la garantía civil una opción viable para ser considerada como medio protector de estos intereses difusos?

Considero preciso esclarecer algunas inquietudes que generalmente se suscitan sin tener mucha información

sobre la materia, debido a que es una pregunta recurrente la que ustedes formulan, sobre la presunta necesidad de establecer “mecanismos de compensación” para “indemnizar daños ambientales”, cuando en realidad, la legislación ya prevé mecanismos prolijos para asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales, tanto durante la operación minera, como al cierre de dichas operaciones.

Las empresas mineras están sujetas actualmente a una regulación ambiental, tanto para el desarrollo de sus actividades como para el cierre y término de las mismas. Cuando las empresas están activas, la legislación actual establece una regulación bastante prolija, mediante la evaluación ambiental de las actividades de exploración y de explotación. Básicamente se emplea la técnica *prospectiva* de la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) y sus variantes para analizar y proponer medidas concretas para evitar o paliar los impactos a futuro que la actividad minera va a causar en el ambiente y el entorno de la población (lo cual incluye medidas de monitoreo permanente y fiscalización), así como la técnica del Plan de Cierre de Minas (nuevo instrumento de gestión ambiental regulado por la Ley 28090 y su Reglamento, Decreto Supremo N° 033-2005-EM), instrumento este último que permite que la empresa minera garantice la remediación ambiental de las áreas afectadas por la actividad minera durante su ejecución. Este instrumento de gestión denominado Plan de Cierre contiene una serie de medidas que la empresa debe disponer al momento de clausurar sus operaciones e incluye dentro de sus novedades, la obligación de constituir una garantía económica (que puede ser una carta fianza, una póliza de caución, un fideicomiso en garantía e inclusive una fianza sin beneficio de excusión) necesaria para la aprobación del referido Plan. En tal sentido, existen mecanismos legales aptos y regulados en nuestro país que constituyen un medio de *enforcement* de la obligación de preservar el medio ambiente que tienen las empresas mineras. Asimismo, el sector minero es el campo sectorial que más ha avanzado en regulaciones técnicas y ambientales (ECA's y LMP's) en el ámbito de las actividades extractivas, teniendo estándares altos de cumplimiento de tales normas.

Tal vez lo que sucede es que en el Perú se sigue teniendo una visión por la cual no existirían mecanismos legales de vigilancia y fiscalización sobre el cumplimiento de las obligaciones medio ambientales en la minería, lo cual no es cierto, debido a que tales mecanismos sí existen y son diariamente aplicados. La actividad minera no es una actividad libre de supervisión, por el contrario, es permanentemente fiscalizada en procura de la preservación del medio ambiente, y tal vez, lo que debería hacerse es enfatizar más la fiscalización y el control permanente. Aquí es preciso mencionar que mucha de la mala imagen de la minería se debe al problema sempiterno de la minería informal, la cual causa mucho daño al sector, pues es una verdadera fuente de contaminación, que se realiza al margen de la ley y sin responder por ello. En tal sentido corresponde

adoptar acciones para combatir dicha minería ilícita que debe responder por las afectaciones al ambiente.

Por otro lado, en lo que respecta a los pasivos ambientales mineros abandonados y/o no remediados, se trata de una realidad distinta: aquí hablamos de pasivos que tienen muchos años en el país y que nunca fueron remediados debido a problemas de determinación de responsabilidad (las empresas que los generaron ya no están en el país, las antiguas empresas estatales generadoras de pasivos fueron privatizadas, hay empresas que ya no existen como tales, los socios no han querido asumir la responsabilidad monetaria, etc.). En tal sentido, existe desde hace poco la Ley N° 28271, la cual establece un régimen jurídico para la determinación de la responsabilidad por los pasivos y un papel preponderante del Estado para la remediación de tales pasivos. Precisamente, el MEM y el FONAM vienen implementando varios programas de colaboración destinados a la remediación de tales pasivos, lo cual es una tarea de largo aliento, pero necesaria para llevar a la práctica la mejora en la salud de la población y la preservación del medio ambiente y del entorno.

“Lo importante del Perú es que es un país polimetálico, y que se encuentra en los primeros puestos de producción a nivel mundial con respecto a metales muy valiosos (...)”

7. A nivel internacional, pueden considerarse como competidores directos del Perú, en el tema minero, a países como Chile o México. ¿Cómo se ha manejado el tema de concesiones en esos países? ¿La reglamentación normativa peruana en que medida difiere con la internacional? ¿Hay algún procedimiento o institución importante a nivel internacional que pueda ser aplicable en el Perú?

Yo creo que una primera respuesta a sus interrogantes reside en señalar que dependiendo del tipo de metal, existe una relación de competencia. Lo importante del Perú es que es un país polimetálico, y que se encuentra en los primeros puestos de producción a nivel mundial con respecto a metales muy valiosos como el oro, la plata, el cobre, estaño y zinc, a diferencia de Chile o México, que generalmente tienen abundancia de un solo recurso (Chile – cobre, México – plata). No podría decir que existe una “competencia directa” sin precisar lo anterior, sería una competencia con respecto al tipo de metal de que se trate, porque en realidad nuestra riqueza prospectiva y mineral es mucho mayor que dichos países.

Ahora bien, en lo que se refiere al tema del régimen jurídico de las concesiones mineras, Chile tiene un

sistema jurídico distinto al nuestro para el otorgamiento de los derechos mineros, puesto que mientras nosotros tenemos un sistema administrativo (donde el INGEMMET – entidad pública que absorbió al antiguo Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero / INACC – otorga las concesiones mineras), en dicho país, el Código de Minería y la Ley No 18.097 – Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, establecen que las concesiones se otorgan mediante un proceso judicial, que culmina en una sentencia (auto de amparo) que confiere el derecho, con carácter constitutivo. Asimismo, en Chile se diferencian dos trámites, el otorgamiento de concesiones de exploración (temporales por un breve plazo) y el otorgamiento de concesiones de explotación (con un plazo máximo determinado por ley). En nuestro país, se otorga una sola concesión minera, irrevocable y sin límite temporal alguno, la cual incluye los derechos de explorar y explotar el mineral (aunque para realizar dichas operaciones se requiere tramitar dos permisos independientes distintos del otorgamiento de la concesión). Además, si es que se quisiera comparar los regímenes de concesiones en razón a que en Chile la concesión se otorga por vía judicial y en Perú por vía administrativa, no hay que olvidar que en Perú, pese a que la concesión es un acto administrativo, este tiene la virtud de ser irrevocable, es decir, nadie por motivos de “oportunidad, mérito o conveniencia” puede desconocer una concesión minera otorgada en la vía administrativa, la cual, luego de ser inscrita en los Registros Públicos, pasa a gozar de la protección registral. Las concesiones mineras en el Perú no pueden ser revocadas a libre albedrío de la autoridad, ni tampoco “dejadas sin efecto”: la única causal de pérdida del derecho minero es la caducidad, declarada como “último recurso” ante la falta de cumplimiento de la “obligación de trabajo del derecho minero” contenida en el TUO de la Ley General de Minería.

Ahora bien, en Chile el otorgamiento de concesiones mineras es un proceso largo y que insume bastante tiempo, en la medida que tiene carácter judicial. Nosotros en cambio, tenemos la ventaja de tener un

sistema administrativo bastante confiable, que ostenta claras formas de predictibilidad y estabilidad en su interpretación, a la par que usamos un sistema único de determinación de los derechos mineros mediante un sistema de cuadrículas. Inclusive ha recibido varios premios (el antiguo INACC recibió un premio de buenas prácticas gubernamentales) y además constantemente es usado como modelo internacional. Creo que frente al sistema chileno, nuestro sistema de otorgamiento de derechos mineros es muy superior, y no tendríamos mayor innovación o cambio que hacer. Si ustedes se dan cuenta, más allá de ciertos cambios relativos a partes tributarias o sobre temas netamente sociales, el TUO de la Ley General de Minería es una norma estable, que no cambia al vaivén del tiempo, sino que básicamente es una legislación que genera una sensación de abierta seguridad normativa para el sector en la regulación minera.

Por otro lado, en comparación a México, observo que la Ley Minera federal de 1992, consagra también un régimen administrativo para el otorgamiento de concesiones, diferenciándose las concesiones de exploración y de explotación (al igual que Chile). Asimismo, se establece que las concesiones se pueden realizar por pedimento (“a pedido de parte”) o por concurso público celebrado por el Estado. Observo igualmente que las concesiones de exploración y de explotación tienen plazos determinados y máximos, a diferencia de lo que ocurre en el Perú. Me parece que la Ley minera mexicana tiene una impronta bastante intervencionista, que no la hace tan atractiva en estos tiempos globales.

En definitiva, más allá de algunos pequeños ajustes y “aggiornamentos” puntuales, pienso que nuestro marco legal no tiene mucho que mirar hacia Latinoamérica. Tal vez lo propio sería mirar a marcos más avanzados como la legislación de algunos estados de USA, de algunos estados de Canadá y varios países africanos, a fin de mejorar algunos aspectos puntuales de nuestra regulación administrativa básica de la actividad minera 