

El régimen legal para el ejercicio de la actividad minera y su incidencia en el ejercicio de la participación ciudadana en el Perú

Carolina Terrones Mejía
Manuel Mendoza Velásquez
Comisión de Investigaciones
Asociación Civil Foro Académico*

SUMARIO: I. Introducción II. El Derecho fundamental a la participación ciudadana en el ordenamiento jurídico peruano. 1) Acerca del derecho a la participación ciudadana y su relación con otros derechos fundamentales en la Constitución y normas legales de desarrollo constitucional. 2) Otras normas relevantes en materia de participación ciudadana. III. Crecimiento de la industria minera y beneficios obtenidos por el Estado. 1) El canon minero. 2) La regalía minera. 3) Del Sistema Nacional de la Inversión Pública y sus repercusiones en la elaboración y ejecución de proyectos en los gobiernos regionales. IV. El ejercicio de la actividad minera en el Perú. 1) Actividades que forman parte de la industria minera. 1.1 Actividades que no requieren de una Concesión Minera: Cateo, Prospección y Comercialización. 1.2 Actividades que requieren obtener Concesión Minera: Exploración, Explotación, Labor General, Beneficio y Transporte Minero. 1.2.1 *La Concesión Minera*. 1.2.2 Exploración, Explotación, Labor General, Beneficio y Transporte Minero. 2) Del procedimiento para la obtención de la Concesión Minera. 2.2 Trámite de la concesión para la exploración y explotación de la minería: El denominado Procedimiento Ordinario. 2.3 La participación ciudadana en el procedimiento ordinario, de beneficio, labor general y transporte: La oposición y la revisión. 2.4 De la protección al medio ambiente en los procedimientos para el ejercicio de la actividad minera: Los PAMAs y los EIAs. 2.5 Participación ciudadana en los PAMA y EIA. V. Conclusiones

I. Introducción

En el Perú, la actividad minera es una de las principales fuentes de riqueza de la nación dado que genera grandes aportes en divisas por concepto de exportaciones y porque contribuye con ingresos fiscales; sin embargo, el desarrollo de esta industria ha generado una serie de problemas de carácter social y ambiental. Así, por ejemplo, muchos recordamos aún el caso del Grupo empresarial conformado por Buenaventura, Newmont y la Corporación Financiera Internacional (Minera Yanacocha), que, a decir de los pobladores residentes en la zona de influencia del yacimiento minero -y de acuerdo a lo informado por los medios de comunicación-, no contaba con adecuados mecanismos para el transporte de materiales químicos o tóxicos ni con planes de emergencia factibles de aplicar¹. Muy lamentable fue también el conflicto social que tuvo que enfrentar la Compañía Minera Antamina S.A por el proyecto minero en el Callejón de Conchudos (Ancash), básicamente por el aparente peligro que el referido

proyecto representaba para el adecuado desenvolvimiento de la actividad agrícola, el desarrollo urbano y el equilibrio ecológico de la región².

En relación a estos conflictos, denominados *conflictos socioambientales*, la Defensoría del Pueblo ha evidenciado en ellos el uso de mecanismos violentos por parte de los actores implicados (Estado, empresas privadas y comunidades locales), organización, movilización social, planteamiento de posiciones radicales y enfrentamientos que, incluso, han costado pérdidas de vidas humanas, lesiones a la integridad física, destrucción de la propiedad y paralización de proyectos de inversión³.

Para el ejercicio de la mayoría de actividades comprendidas en la industria minera se requiere la obtención previa de una concesión; para tales efectos el operador o empresario minero debe seguir un procedimiento administrativo ante el Ministerio de Energía y Minas (en adelante, MEM), el mismo que comprende la presentación y evaluación de documentación técnica que sustente la adecuación

* Los miembros de la Comisión de Investigaciones expresan su agradecimiento a los doctores Pierre Foy Valencia y Manuel Pulgar-Vidal Otárola por sus gentiles indicaciones y recomendaciones.

1 YUPARI ANIDA. «Informe elaborado para la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo-UNCTAD». En: <http://www.natural-resources.org/mineral/latam/docs.htm>.

2 PULGAR-VIDAL, Manuel (ed.) «Mejorando la Participación Ciudadana en el Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental en Minería». Ottawa: Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2003. pp. 167-184.

3 DEFENSORIA DEL PUEBLO. «Informe Extraordinario: Los conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú». Versión al 16 de abril del 2007, presentada al Congreso de la República en la misma fecha. En <http://www.obdusman.gob.pe>



del proyecto técnico al medio geográfico, social y ambiental sobre el que se pretende implementar, así como el cumplimiento de actuaciones que permiten el ejercicio de la participación de la ciudadana.

La participación ciudadana, reconocida como derecho fundamental en nuestra Constitución⁴, consiste en la facultad inherente que tenemos todos los peruanos de formar parte en la vida social, cultural, política y económica de nuestro país; se proyecta en los procedimientos administrativos como un mecanismo de control de la sociedad civil sobre las entidades públicas. En tal sentido, el Estado está obligado a respetar y garantizar este derecho, adoptando las disposiciones legislativas o administrativas que fueren pertinentes para tal fin.

En sede administrativa, el referido derecho ha merecido una extensa regulación general; lamentablemente, en el caso concreto de la minería, existe un marco legal insuficiente que limita la participación ciudadana. De ahí que el objetivo del presente artículo consiste en explicar cómo se desenvuelve este derecho en los procedimientos que habilitan el ejercicio de esta actividad económica en el Perú.

A efectos de estudiar el objeto del presente artículo, será muy importante conocer previamente la definición del derecho a la participación ciudadana en nuestra Constitución y la legislación pertinente, esto con el fin de comprender cuáles son los alcances de este derecho.

II. El Derecho fundamental a la participación ciudadana en el ordenamiento jurídico peruano

1) Acerca del derecho a la participación ciudadana y su relación con otros derechos fundamentales en la Constitución y normas legales

El Artículo 2º, numeral 17 de la Constitución señala que la participación ciudadana consiste en el derecho reconocido a todo ciudadano de «participar en la vida política, económica, social y cultural de su nación». Es un derecho fundamental inherente a todos los miembros de una sociedad, materializado en la facultad legítima de estos últimos en hacer valer sus propios intereses, y el de la nación en su conjunto, a través de la formulación de ideas, normas u opiniones en los asuntos relacionados con la vida política, económica, social y cultural de la nación, acortándose de esta forma la distancia entre gobernantes y gobernados o, en buena cuenta, entre detentadores y destinatarios del poder en un Estado de Derecho, y es que, como señala el profesor Luis Alberto Huerta Guerrero: «la participación es la facultad que tienen todos los seres humanos de intervenir en los más diversos aspectos de la vida en sociedad»⁵.

La relevancia del aludido derecho no sólo se proyecta en las altas esferas del poder estatal, por medio de la elección de autoridades, acceso a cargos públicos de elección popular, participación en organizaciones políticas, formulación de peticiones y participación en referéndum o plebiscitos, sino también tiene una configuración muy especial en el desenvolvimiento de la Administración Pública, dado que es en este nivel donde las necesidades y expectativas de la sociedad son más fáciles de evidenciar.

Manuel Pulgar Vidal define cuáles son las facultades que comprenden el derecho a la participación ciudadana en sede administrativa:

La participación implica, entre otros derechos: 1) Acceder al verdadero nivel donde se desarrolla el proceso de toma de decisiones; 2) Tener el derecho, como parte del mecanismo participativo, de rechazar un proyecto; 3) Participar de manera efectiva en los beneficios que el proyecto pueda generar; y 4) Exigir de parte de autoridades objetividad y representatividad en la decisión»⁶.

De lo expuesto hasta aquí, se tiene que el derecho a la participación ciudadana es un derecho fundamental y resulta trascendental para la democratización integral del Estado, no sólo en relación a los grandes asuntos gubernamentales, sino también para aquellas materias cuya atención ha sido asignada a las entidades públicas que se relacionan directamente con la ciudadanía; de ahí que cuando hagamos referencia a este derecho, se debe tomar en cuenta que comprende el acceso a la información, la libertad de expresión, el goce de beneficios y la exigencia de la objetividad correspondiente en las actuaciones de la Administración Pública.

La definición descrita en el párrafo anterior encuentra su reconocimiento en la Constitución, que plasma el contenido del derecho a la participación ciudadana en los siguientes artículos:

- Artículo 2º, numeral 4: Toda persona tiene derecho «a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley».
- Artículo 2º, numeral 5: Toda persona tiene derecho «a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido».
- Artículo 2º, numeral 17: Toda persona tiene derecho «a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación».

4 Artículo 2º, numeral 17 de la Constitución.

5 HUERTA GUERRERO, LUIS ALBERTO. «El Derecho Fundamental a la Participación Política». En: La Constitución de 1993, análisis y comentarios III. Lecturas sobre Temas de Derecho Constitucional N° 12. 1996. Pág. 59.

6 PULGAR-VIDAL. Op. Cit. pp. 21-22.

- Artículo 2º, numeral 20: Toda persona tiene derecho «a formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad».

La Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), que bien puede ser considerada una norma de desarrollo constitucional en esta materia, define en el artículo IV, numeral 1.12 de su Título Preliminar al principio de la participación, como una manifestación del derecho inherente a todo ciudadano a acceder a la información pública; y por otro lado, en su capítulo VII, Título II, regula el régimen general para la audiencia pública como mecanismo de participación ciudadana. La audiencia constituye una instancia del proceso de toma de decisiones que consiste en la habilitación de períodos para consultas populares ante potenciales actos administrativos que afectarán derechos de los ciudadanos en conjunto, a personas indeterminadas. El objetivo de este mecanismo consiste habilitar la participación de las personas con el fin de que la resolución de la Administración tome en consideración las sugerencias u observaciones formuladas por la sociedad, con el objetivo de dotarla de legitimidad y transparencia. Un aspecto importante que debemos mencionar, en relación a las audiencias públicas es que, conforme al artículo 183º de la LPAG, su convocatoria debe efectuarse a través de la publicación en el diario oficial El Peruano con una anticipación no menor a tres días de su realización y que, el artículo 182º, numeral 182.3 prescribe que «la omisión de realización de la audiencia pública acarrea la nulidad del acto administrativo que al final se dicte».

En la misma línea que la LPAG, la Ley General del Ambiente⁷ (en adelante, LGA) desarrolla el derecho de acceso a la información y participación en la gestión ambiental en su Título Preliminar, conforme se detalla a continuación:

Artículo II.- Del derecho de acceso a la información

Toda persona tiene el derecho a acceder adecuada y oportunamente a la información pública sobre las políticas, normas, medidas, obras y actividades que pudieran afectar, directa o indirectamente el ambiente, sin necesidad de invocar justificación o interés que motive tal requerimiento. Toda persona está obligada a proporcionar adecuada y oportunamente a las autoridades la información que éstas requieran para una efectiva gestión ambiental, conforme a Ley.

Artículo III.- Del derecho a la participación en la gestión ambiental

Toda persona tiene el derecho a participar responsablemente en los procesos de toma de decisiones, así como en la definición y aplicación de

las políticas y medidas relativas al ambiente y sus componentes, que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno. El Estado concerta con la sociedad civil las decisiones y acciones de la gestión ambiental.

Un aspecto importante de mencionar en la LGA es que ha dedicado la integridad de su capítulo 4 a la regulación de la participación ciudadana. La definición que sobre el particular hace la aludida ley es la siguiente:

Artículo 46º.- De la participación ciudadana

Toda persona natural o jurídica, en forma individual o colectiva, puede presentar opiniones, posiciones, puntos de vista, observaciones u aportes, en los procesos de toma de decisiones de la gestión ambiental y en las políticas y acciones que incidan sobre ella, así como en su posterior ejecución, seguimiento y control. El derecho a la participación ciudadana se ejerce en forma responsable.

Asimismo, la LGA prescribe una serie de criterios a ser tomados en cuenta para el adecuado desenvolvimiento del derecho a la participación ciudadana:

Artículo 51º.- De los criterios a seguir en los procedimientos de participación ciudadana.

Sin perjuicio de las normas nacionales, sectoriales, regionales o locales que se establezca, en todo proceso de participación ciudadana se deben seguir los siguientes criterios:

- a. La autoridad competente pone a disposición del público interesado, principalmente en los lugares de mayor afectación por las decisiones a tomarse, la información y documentos pertinentes, con una anticipación razonable, en formato sencillo y claro; y en medios adecuados. En el caso de las autoridades de nivel nacional, la información es colocada a disposición del público en la sede de las direcciones regionales y en la municipalidad provincial más próxima al lugar indicado en el literal precedente. Igualmente, la información debe ser accesible mediante Internet.
- b. La autoridad competente convoca públicamente a los procesos de participación ciudadana, a través de medios que faciliten el conocimiento de dicha convocatoria, principalmente a la población probablemente interesada.
- c. Cuando la decisión a adoptarse se sustente en la revisión o aprobación de documentos o estudios de cualquier tipo y si su complejidad lo justifica, la autoridad competente debe facilitar, por cuenta del promotor de la decisión o proyecto, versiones simplificadas a los interesados.
- d. La autoridad competente debe promover la participación de todos los sectores sociales probablemente interesados en las materias objeto del proceso de participación ciudadana, así como la participación de los servidores



- públicos con funciones (...) relacionadas con dichas materias.
- e. Cuando en las zonas involucradas con las materias objeto de la consulta habitan poblaciones que practican mayoritariamente idiomas distintos al castellano, la autoridad competente garantiza que se provean los medios que faciliten su comprensión y participación.
 - f. Las audiencias públicas se realizan, al menos, en la zona donde se desarrollará el proyecto de inversión, el plan, programa o en donde se ejecutarán las medidas materia de la participación ciudadana, procurando que el lugar elegido sea aquel que permita la mayor participación de los potenciales afectados.
 - g. Los procesos de participación ciudadana son debidamente documentados y registrados, siendo de conocimiento público toda información generada o entregada como parte de dichos procesos (...).
 - h. Cuando las observaciones o recomendaciones que sean formuladas como consecuencia de los mecanismos de participación ciudadana no sean tomados en cuenta, se debe informar y fundamentar la razón de ello, por escrito, a quienes las hayan formulado.

La LGA desarrolla de forma acertada el derecho a la participación ciudadana, complementando los alcances de la LPAG. En primer lugar, amplía los alcances de la participación a la presentación en forma individual o colectiva, de opiniones, posiciones, puntos de vista, observaciones u aportes, en los procesos de toma de decisiones de la gestión ambiental.

En segundo lugar, la LGA define los caracteres de los procedimientos administrativos a través de los cuales debe canalizarse este derecho en materia ambiental, precisando que la información debe encontrarse principalmente a disposición del público y representantes de la sociedad civil residentes en los lugares de mayor afectación, en formato sencillo y con un tiempo razonable a efectos de que éstos puedan evaluarla. De ahí que la difusión de la referida información debe ajustarse a los modos de vida, costumbres y lengua de las localidades donde deba conocerse. La norma prevé la obligación que tienen los funcionarios públicos consistente en atender a las observaciones o recomendaciones formuladas por el público, por escrito.

Atendiendo a su reconocimiento constitucional, y de acuerdo a la regulación que ha recibido en la LGA y la LPAG, se tiene que en el ordenamiento jurídico peruano la participación ciudadana - que comprende las facultades de *acceder al verdadero nivel donde se desarrolla el proceso de toma de decisiones; el derecho*

de rechazar un proyecto, a participar de manera efectiva en los beneficios que el proyecto pueda generar; y exigir de parte de autoridades objetividad y representatividad en la decisión - se encuentra muy relacionada con el derecho a la libertad de expresión y acceso a la información pública. Por ello resultará pertinente definir brevemente ambos derechos, los mismos que se encuentran reconocidos en los ya citados artículos 2º, numerales 4º y 5º de la Constitución, respectivamente.

En cuanto al derecho a la libertad de expresión la Constitución señala que toda persona tiene derecho «a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley». De ahí que para la Defensoría del Pueblo⁸ el aludido derecho comprende las siguientes facultades: a) no ser molestado a causa de las opiniones formuladas. b) a investigar o buscar informaciones c) a recibir informaciones y opiniones, y d) a difundir informaciones u opiniones.

Por otro lado, el derecho de acceso a la información pública consiste en el derecho de toda persona «a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido».

A nivel infraconstitucional, mediante Decreto Supremo N° 27806º, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, cuyo artículo 3º consagra el principio de publicidad de la información pública, de la siguiente manera:

Artículo 3.-Principio de Publicidad.

Todas las actividades y disposiciones de las entidades comprendidas en la presente Ley están sometidas al principio de publicidad.

Los funcionarios responsables de brindar la información corresponde al área de su competencia deberán proveer una adecuada infraestructura, así como la organización, sistematización y publicación de la información a la que se refiere esta ley.

Nuestro Tribunal Constitucional ha definido cuál es el contenido del derecho a acceder a la información pública en la sentencia recaída en el Expediente N° 197-2002-HD/TC:

(..) el derecho de acceso a la información pública tiene una doble dimensión. Por un lado, se trata de un derecho individual, en el sentido de que garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o

7 Ley N° 28611 (14.10.2005)

8 DEFENSORIA DEL PUEBLO. «Libertad de Expresión: Cuestiones básicas. En: Situación de la Libertad de Expresión en el Perú: setiembre 1996-setiembre 2000». p. 19

9 Decreto Supremo N° 043-2003-PCM (24.04.03)



elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas.

De lo anterior indicado, los derechos a la participación ciudadana, libertad de expresión, acceso a la información pública son fundamentales, inherentes a todos los miembros de una sociedad y se materializan en la facultad legítima de estos últimos en informarse adecuadamente de los asuntos públicos para hacer valer sus propios intereses por medio de la formulación de ideas, normas u opiniones en los asuntos relacionados a la vida política, económica y social de la nación.

En el caso de la actividad minera, existen algunos derechos muy importantes que se pueden hacer valer a través de la participación ciudadana y que, a diferencia de los derechos a la libertad de expresión o acceso a la información pública, no forman parte de su contenido; de todos ellos, el más importante es el derecho a vivir en un ambiente saludable y equilibrado para el desarrollo de la vida. Este derecho se encuentra reconocido en la Constitución en los siguientes términos:

Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:
(...)

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida».

El contenido de este derecho ha merecido una interpretación del Tribunal Constitucional¹⁰, que al respecto ha señalado lo siguiente:

(...) no se limita a señalar que es un atributo subjetivo del ser humano el vivir en un medio ambiente (...), sino que ese ambiente debe ser «equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida». Lo que supone que, desde una perspectiva constitucional, se tenga que considerar el medio ambiente, bajo las características anotadas, como un componente esencial para el pleno disfrute de otros derechos igualmente fundamentales (...) A partir de la referencia a un medio ambiente «equilibrado», (...) es posible inferir que dentro de su contenido protegido se encuentra el conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, lo que comprende, a su vez, sus componentes bióticos, como la flora y la fauna; los componentes abióticos, como el agua, el aire o el subsuelo, los ecosistemas e, incluso, la ecósfera, esto es, la suma de todos los ecosistemas, que son las comunidades de

especies que forman una red de interacciones de orden biológico, físico y químico. A todo ello, habría que sumar los elementos sociales y culturales (...).

La LGA recogió la interpretación del TC al reconocer y describir en el artículo I de su Título Preliminar el contenido del derecho a vivir en un ambiente saludable:

Artículo I.- Del derecho y deber fundamental

Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida; y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país.

Nosotros somos de la opinión consistente que el derecho a vivir en un ambiente saludable y equilibrado tiene carácter de irrenunciable y, en tal sentido, como quiera que la materia sobre la que se plasma se encuentra a cargo de la Administración Pública – pues corresponde a ésta decidir a través de actos administrativos qué tipo de actividades son o no lesivas al aludido derecho fundamental - es que concluimos que el Estado debe habilitar adecuados mecanismos de participación ciudadana, que desarrollen en materia ambiental la posibilidad de acceder a la información pública y el ejercicio de la libertad de expresión, siguiendo los lineamientos generales dispuestos en la LPAG y la LGA.

A modo de epílogo de esta sección, en las líneas que vienen a continuación se detallará el marco legal complementario en materia de participación ciudadana, con el objeto de complementar lo hasta ahora revisado.

2) Otras normas relevantes en materia de participación ciudadana

Es a partir de la década del noventa que se observa la presencia, cada vez más sólida, de una preocupación por «positivizar», en normas especiales, el cuidado del medio ambiente y su estrecha relación con la participación ciudadana. Así, en el año 1990, fue publicado el Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales¹¹, el cual, en el artículo VI de su Título Preliminar, comprende a la participación ciudadana en tres ejes: a) derecho de participar en la definición de la política y en la adopción de las medidas de carácter nacional, regional y local relativas al

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0018-2001-AI/TC del 6 de noviembre de 2002.

¹¹ Decreto Legislativo N° 613 (08.09.1990).

medio ambiente y a los recursos naturales (participación ciudadana en sí); b) derecho a ser informado de las medidas o actividades que puedan afectar directa o indirectamente la salud de las personas o de la integridad del ambiente y los recursos naturales (acceso a la información); y c) obligación de todos a proporcionar a las autoridades las informaciones que éstas requieran en el ejercicio de sus atribuciones para el control y vigilancia del medio ambiente. Este Código fue derogado por la LGA.

A esta norma le siguió, en 1992, el desarrollo de la regulación sobre el medio ambiente que hace el Título Décimo Quinto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (en adelante, TUO de la LGM): se trata del Reglamento para la Protección Ambiental. Los artículos de dicho Título –salvo uno– han sido derogados por la LGA, no obstante lo cual el Reglamento aún está vigente. Este Reglamento es importante porque es el que establece la obligatoriedad de contar con Estudios de Impacto Ambiental (EIA) y Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA), los cuales explicaremos más adelante.

En 1997, se publicó la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales; su artículo 5° sobre participación ciudadana dice que los ciudadanos tienen derecho: 1) a ser informados, 2) a participar en la definición y adopción de políticas relacionadas con la conservación y uso sostenible de los recursos naturales, 3) a formular peticiones y 4) a promover iniciativas de carácter individual o colectivo ante las autoridades competentes, de conformidad con la ley de la materia.

Hasta el momento, la norma más técnica en cuanto a la regulación del derecho que nos ocupa es el Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas¹² (en adelante, Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana), dada en el año 2002. El objeto de este reglamento es precisamente normar la participación de las personas naturales, organizaciones sociales, titulares de proyectos mineros o energéticos y autoridades, en diversos tipos de procedimientos llevados a cabo por el MEM: procedimientos que desarrollan actividades de información y diálogo con la población involucrada en proyectos mineros o energéticos; procedimientos de evaluación de los PAMA –para pequeños mineros y mineros artesanales–, EIA, Estudios de Impacto Ambiental Semidetallado (EIASd), Estudios de Impacto Ambiental Preliminar (EIAP); y procedimientos de Evaluaciones Ambientales (EA) que se requieran para la autorización de las actividades

que regula y supervisa dicho Ministerio.

Luego, en el año 2004, se da la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental¹³ (en adelante, Ley de Gestión Ambiental). Dado que se trata de una norma con disposiciones de carácter bastante amplio, los derechos de participación ciudadana y de acceso a la información figuran como principios de la gestión ambiental: «artículo 5°.- La gestión ambiental en el país se rige por los siguientes principios:(...) f. Garantía al derecho de información ambiental; g. Participación y concertación, a fin de promover la integración de las organizaciones representativas del sector privado y la sociedad civil en la toma de decisiones ambientales». Por otro lado, en el artículo siguiente se contempla como uno de los instrumentos de gestión y planificación ambiental al desarrollo de mecanismos de participación ciudadana.

La norma más reciente, dada en el año 2005, es la LGA, cuya parte pertinente ya consignamos en líneas anteriores.

Por lo expuesto en esta sección, será necesario que las normas especiales que desarrollen el marco normativo hasta aquí revisado en el sector minero cumplan con las siguientes recomendaciones:

- a) Respeto irrestricto del principio de legalidad y supremacía constitucional. Ninguna norma puede desnaturalizar el régimen que en materia de participación ciudadana ha sido de forma genérica desarrollado en la Constitución, la LPAG y la LGA.
- b) Optimizar los mecanismos de participación y consulta ciudadana, mediante el desarrollo de mecanismos para el acceso a la información ambiental, la implementación de mecanismos que aborden y resuelvan las limitaciones que enfrenta la población para comprender y evaluar los estudios de impacto ambiental, propiciando la participación de la ciudadanía en el monitoreo ambiental conducido por la autoridad, a efectos de impedir una trasgresión a los derechos constitucionales desarrollados en esta sección¹⁴.

A efectos de estudiar el régimen legal minero, será muy importante conocer previamente el estado actual de la industria minera en nuestro país y los principales ingresos económicos que son distribuidos por el gobierno central a los diferentes gobiernos locales, esto con el fin de tener una visión integral de la realidad geopolítica de nuestra nación en lo que refiere al desarrollo de esta actividad económica.

¹² Resolución Ministerial N° 596-2002-EM/DM (21.12.2002)

¹³ Ley N° 28245 (08.06.2004)

¹⁴ Defensoría del Pueblo. Op. Cit. p 2.

III. Crecimiento de la industria minera y beneficios obtenidos por el Estado

La minería es una de las actividades económicas que más desarrollo ha experimentado en los últimos años. Para ilustrar lo anterior, a continuación detallamos información que sobre el particular elaboraron el Banco Mundial (en adelante, BM) y el Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, MEF):

- En el 2003, según el BM¹⁵, la minería aportó «el 57% del total de las exportaciones peruanas y el 6,6% del Producto Nacional Bruto».
- En el primer semestre del año 2006, el MEF¹⁶ informó lo siguiente:

El sector minería e hidrocarburos continuó su tendencia al alza al crecer 6,6% (...) En un contexto de altas cotizaciones de los metales en el mercado internacional, el subsector minería metálica creció 7,2% impulsado por la mayor extracción de oro, hierro, plata y cobre que aumentaron 17,5%, 9,5%, 6,6% y 5,7%, respectivamente. La mayor extracción de oro se debió principalmente a Barrick Misquichilca que incrementó su producción en 112% debido al efecto del proyecto Alto Chicama, que inició operaciones a mediados del año 2005, en tanto que la mayor producción de hierro es resultado de Shougang (9,5%), de plata de Ares (9,4%) y Argentum (24%) y cobre de Southern (7,4%).

De lo expuesto se tiene que la industria minera ha venido desarrollándose de forma óptima, y es por ello que el Estado, mediante la exigencia del pago de las regalías y el canon, ha implementado dos importantes mecanismos a través de los cuales distribuye la riqueza generada por la actividad minera en todas las circunscripciones territoriales del país, lo que permite que los ciudadanos residentes en los diversos municipios del Perú puedan participar de la riqueza generada por la minería. Nos explicamos, el canon y la regalía constituyen ingresos municipales que no sirven para la financiación de gastos logísticos y administrativos de los gobiernos locales, sino que –como veremos a continuación– tienen por objetivo la construcción de obras y la financiación de proyectos que tiendan a mejorar la infraestructura, el desarrollo urbano y eliminación de los altos niveles de pobreza registrados en nuestro país. De ahí que los ciudadanos tienen un interés general

trascendente en relación a lo que cada gobierno local haga con estas sumas que forman parte de su presupuesto, y es que a través de las obras y proyectos financiados por el canon y las regalías mineras, los ciudadanos están participando de forma efectiva en la vida política, económica y social de la nación, a través del desarrollo de sus circunscripciones territoriales.

En las líneas que vienen a continuación, revisaremos brevemente en qué consisten estos dos importantes mecanismos; para tales efectos, revisaremos lo dispuesto en la Ley del Canon, Ley N° 27506¹⁷, y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 05-2002-EF¹⁸; así como la Ley de Regalía Minera, Ley N° 28258¹⁹, y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 157-2004-EF²⁰; y, finalmente, la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-PI/TC²¹ (en adelante, Sentencia del TC).

1) El canon minero

De acuerdo al artículo 66° de la Constitución, el Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales. Una manifestación de la referida soberanía es el otorgamiento de concesiones que el Estado hace sobre dichos recursos; esto le sirve para obtener ingresos económicos que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 77° de la Constitución, deben ser distribuidos adecuadamente entre los respectivos gobiernos regionales y locales en cuyas circunscripciones territoriales se desarrolla la explotación de dichos recursos.

El artículo 1° de la Ley del Canon define a éste como la **participación efectiva y adecuada** de la que gozan los gobiernos regionales y locales **del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado gracias a la explotación económica de sus recursos naturales**. La finalidad del canon consiste en que los gobiernos regionales y locales destinen los montos percibidos por este concepto al financiamiento o cofinanciamiento de proyectos u obras de infraestructura de impacto regional y local²².

Si bien el sistema del canon ha permitido mejorar la distribución de la riqueza en todas las circunscripciones territoriales del país, es necesario señalar que contra el mencionado sistema se han comenzado a esgrimir una serie de críticas relacionadas con la desnaturalización del sistema original dispuesto por la Ley del Canon; desnaturalización que se habría hecho a través de normas reglamentarias. Nos Explicamos: el artículo

15 BANCO MUNDIAL. «Riqueza y Sostenibilidad: Dimensiones Sociales y Ambientales de la Minería en el Perú (Resumen Ejecutivo)». 11 de Abril de 2005.

16 MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. «Informe de Seguimiento del Marco Macroeconómico Multianual 2006-2008». Revisado al 30 de junio de 2006.

17 Ley N° 27506 (10.07.2001)

18 Decreto Supremo N° 005-2002-EF (07.01.2002); modificado por Decreto Supremo N° 029-2004-EF (17.02.2004) y por el Decreto Supremo N° 187-2004-EF (22.12.2004)

19 Ley N° 28258 (24.06.2004); modificada por Ley N° 28323 (10.08.2004)

20 Decreto Supremo N° 157-2004-EF (15.11.2004); modificado por Decreto Supremo N° 018-2005-EF (29.01.2005)

21 Emitida con fecha 01 de abril de 2005.

22 Artículo 6° de la Ley del Canon.

9º de dicha Ley prescribe que el canon esta compuesto por el **50% del total de ingresos y rentas obtenidos por el Estado en materia minera**, en tanto que el artículo 2º de su Reglamento, contraviniendo la disposición de la Ley, **ha dispuesto que el canon minero solo toma como base de referencia el 50% del impuesto a la renta que pagan los titulares de la actividad minera.**

Sobre el particular, Ciudadanos al Día (en adelante, CAD) ha formulado el siguiente comentario:

*El gobierno transfiere por concepto de canon menos recursos de lo previsto en la Constitución y en la Ley de Canon. La razón es que, mientras éstas amparan una base amplia para el cálculo del canon (ingresos y rentas obtenidos por el Estado), ciertas normas reglamentarias apuntan en dirección contraria: El Reglamento de la Ley (...) determinó que el canon minero **equivaldría solo al 50% del Impuesto a la Renta** que pagasen los titulares de las concesiones mineras (...)²³. (El resaltado es nuestro)*

Consideramos que las observaciones formuladas por CAD son acertadas, toda vez que resulta evidente la existencia de una trasgresión a las prescripciones de la Ley del Canon por parte de su propio Reglamento. En tal sentido, la vigencia del mencionado artículo 2º constituye una vulneración al principio de legalidad plasmado en el artículo 118º de la Constitución, el cual prescribe que la reglamentación de las leyes no debe implicar su trasgresión o desnaturalización.

A fin de reforzar la idea anterior, en la Sentencia del TC se detalla cuál es la naturaleza del cánón:

*(...) no se trata de un pago, sino de una **compensación del Estado a los Gobiernos Regionales y Locales respecto a la distribución de ingresos ya recaudados**. (...) la compensación será la distribución de los ingresos recaudados a las zonas donde se explotan los recursos minerales, **garantizándose la participación directa de la población local en el beneficio del reparto**. Medida que se justifica porque dicha población será la que recibirá el mayor impacto cuando estos recursos se agoten²⁴. (El resaltado es nuestro)*

En efecto, la Sentencia del TC hace referencia a los **ingresos ya recaudados**, cayendo dentro de esta categoría general los conceptos a los que hace referencia CAD.

En consecuencia, con la finalidad de subsanar esta ilegalidad manifiesta, somos de la opinión consistente que el Poder Ejecutivo debería adecuar los términos del artículo 2º del Reglamento a las prescripciones señaladas en la Ley del Canon, ya

que la situación actual implica una disminución en los ingresos que se distribuyen a los gobiernos locales, generando un perjuicio a la ciudadanía que por mandato constitucional y legal tienen derecho a participar en la riqueza que la minería genera.

Otro de los cuestionamientos referidos al canon es el concerniente al procedimiento administrativo para su cálculo y distribución, el mismo que se detalla en los artículos 6º y 7º del Reglamento de la Ley del Canon. El problema básicamente consiste en que -como lo señala la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía (en adelante, SNMPE)- se ha evidenciado que dicho procedimiento genera retraso en los pagos por concepto de canon:

*(...) el canon generado en un año determinado se distribuye desde junio del año siguiente a su recaudación, hasta mayo del año subsiguiente. Es decir, **la distribución se hace con 18 meses de retraso**. (...) el canon que se generó en determinado ejercicio fiscal (año) jamás podrá coincidir con el canon distribuido a los beneficiarios en ese mismo año, lo que resulta constante fuente de malentendidos²⁵.*

Consideramos que el excesivo retraso para los pagos del canon constituye una trasgresión al artículo 5º de la Ley Marco de la Modernización de la Gestión del Estado, Ley N° 27658²⁶, que establece como principal acción del Estado la priorización del desarrollo social en beneficio de los sectores menos favorecidos y la descentralización a través del fortalecimiento de los gobiernos locales y regionales. En consecuencia, atendiendo a que el canon minero sirve para la financiación de obras que tienen como objetivo elevar los niveles de vida en las diversas regiones del país, creemos que para dar término al retraso en los pagos del canon minero, el MEF debería implementar medidas que permitieran simplificar el procedimiento administrativo diseñado para el efecto, así como disponer la regularización de estos pagos a la brevedad posible, a través de la suscripción de convenios interinstitucionales con los gobiernos regionales y locales. Proseguir con la actual situación sólo origina un daño evidente al derecho de todos los ciudadanos residentes en las distintas localidades del país a elevar su nivel de vida, a través de la recepción por parte de su correspondiente gobierno local de los ingresos por concepto de canon minero, lo que correlativamente genera la sensación social de que los recursos naturales explotados por las empresas mineras no revierten en obras y mejora social.

Revisados los principales temas concernientes al canon, a continuación estudiaremos el concepto y principales aristas de la regalía minera en el Perú.

23 CIUDADANOS AL DÍA. «Boletín CAD». Noviembre 2005.

24 Fundamento 52 de la Sentencia del TC.

25 SOCIEDAD NACIONAL DE MINERÍA, PETRÓLEO Y ENERGÍA «¿Qué es el canon?». En: <http://www.snmpe.org.pe/cannon.htm>

26 Ley N° 27658 (31.01.2002)

2) La regalía minera

De acuerdo a lo establecido en la Ley de Regalía Minera (en adelante, Ley de Regalía), ésta es una **contraprestación económica**²⁷ que los titulares de todas las concesiones mineras pagan en efectivo al Estado por la explotación de los recursos minerales. El año de su establecimiento (2004) se generó una controversia en torno a su naturaleza dado que la SNMPE consideraba que se trataba de un tributo y que vulneraba una serie de derechos (libertades patrimoniales, económicas; propiedad; etc.); es decir, cuestionaba su constitucionalidad. Sobre el particular, el TC se pronunció declarando la constitucionalidad de la regalía.

La sentencia del TC trata de diferenciar la naturaleza de la regalía, del canon y del derecho de vigencia²⁸:

(la regalía) es la **contraprestación del titular de la concesión minera a los gobiernos regionales y locales por la explotación de recursos naturales no renovables**, justificada en la necesidad de la Nación de recibir beneficios de sus propios recursos antes de que se agoten. En tanto que el **canon es la participación de la renta económica ya recaudada dispuesta por el Estado** a favor de los gobiernos regionales y locales de las zonas de explotación de recursos²⁹.

(...) estamos frente a dos tipos diferentes de retribución económica. La **regalía minera** (...) es una **retribución económica contraprestativa o compensatoria por el usufructo de lo que se extrae**. En tanto que el **derecho de vigencia** es una **retribución económica por el mantenimiento de la concesión**, y cuyo incumplimiento priva de efecto a la concesión misma, constituyéndose en causal de caducidad de la concesión³⁰.

Es importante señalar que el 95%³¹ de la regalía minera obtenida se distribuye entre los gobiernos locales afectados por la explotación de los recursos naturales ubicados en sus respectivas circunscripciones con el objeto de que estos recursos municipales sean utilizados exclusivamente para el financiamiento o cofinanciamiento de proyectos de inversión productiva para asegurar el desarrollo sostenible de las áreas urbanas y rurales; de ahí que los ciudadanos tienen un interés general de participar en el destino que su gobierno local da a estas sumas.

3) Del Sistema Nacional de la Inversión Pública y sus repercusiones en la elaboración y ejecución de proyectos en los gobiernos regionales.

El Sistema Nacional de Inversión Pública - SNIP, creado por Ley N° 27293³², es uno de los sistemas administrativos del Estado que tiene como finalidad optimizar el uso de los recursos públicos destinados a la inversión, a través del establecimiento de principios, normas técnicas, métodos y procesos relacionados con las diversas fases de los proyectos de inversión.

Existe un problema en torno a las competencias del MEF (entidad rectora y calificadora) para aprobar los proyectos de inversión pública de los gobiernos subnacionales. En relación a este tema existen dos posiciones muy claras. La primera de ellas señala que sería más óptimo el traslado a los gobiernos regionales de la competencia para declarar la viabilidad de los proyectos, esta posición se sustenta en el argumento consistente en que el MEF podría generar demoras en la aprobación de los proyectos regionales. Para el MEF, las leyes que crearon y regulan el SNIP, permiten fiscalizar la calidad e idoneidad de los proyectos de inversión en los gobiernos subnacionales y que existen mecanismos de delegación de competencias que permiten descentralizar el procedimiento para la aprobación de los proyectos de inversión pública que sirven para evitar retrasos administrativos.

Nosotros somos de la opinión consistente en que el Poder Ejecutivo tiene la importante labor de fiscalizar los proyectos de inversión que vienen ejecutando los demás gobiernos subnacionales; sin embargo, consideramos que la aprobación de los referidos proyectos por parte de estas instancia requerirá de una evaluación previa que podría generar retraso en la gestión de los municipios y gobiernos regionales; en tal sentido, consideramos que deberían habilitarse mecanismos de aprobación ficta a los proyectos de inversión pública que, a modo de silencios positivos, impidan el retraso en la ejecución de los proyectos formulados por los gobiernos locales. Con la recomendación indicada, creemos que se permite al ejecutivo y a los gobiernos regionales fiscalizar los niveles de gestión en las municipalidades y, a la vez se permite a éstas ejecutar sus proyectos para el desarrollo de sus circunscripciones; optimizando el derecho de los ciudadanos a participar en el desarrollo social y económico de sus respectivas localidades.

27 Artículo 2° de la Ley de Regalía Minera.

28 Artículo 39° del TUO de la Ley General de Minería: «A partir del año en que se hubiere formulado el petitorio, el concesionario minera estará obligado al pago del Derecho de Vigencia (...)».

29 Fundamento 53 de la Sentencia del TC.

30 Fundamento 55 de la Sentencia del TC.

31 Artículo 8° de la Ley N° 28258.

32 Ley N° 27293 (28.06.00)

De lo expuesto, se tiene que tanto el canon como la regalía minera son instrumentos jurídicos muy importantes para la equitativa distribución de la riqueza generada por la industria minera en el Perú; lo que correlativamente implica un beneficio a favor de los ciudadanos al optimizar su participación en la vida política, económica y social de la nación; razón por la cual creemos que deviene en objetivamente justificado subsanar las observaciones formuladas en líneas previas.

Para tales efectos nos permitimos efectuar las siguientes recomendaciones:

- a) Interpretar que los conceptos de canon y regalía no constituyen ingresos municipales para el financiamiento de gastos logísticos, sino que tienen como objetivo permitir la participación de los ciudadanos a gozar de los beneficios que genera la actividad minera en el Perú.
- b) Adecuar el contenido del artículo 2º del Decreto Supremo N° 05-2002-EF a las prescripciones de la Ley N° 27506, esto con el objetivo de permitir el cálculo correcto del canon minero.
- c) El SNIP debería incluir mecanismos de aprobación ficta a los proyectos elaborados por los gobiernos subnacionales a efectos de no generar retrasos en su ejecución y la correlativo disfrute por parte de la sociedad como parte de su derecho a participar en la vida social y económica de la nación.

En las líneas que vienen a continuación, pasaremos a revisar cuáles son las condiciones que permiten el ejercicio de esta actividad, prestando énfasis al procedimiento para la obtención de la concesión y los mecanismos de participación ciudadana que el referido procedimiento contempla.

IV. El ejercicio de la actividad minera en el Perú

Conforme a lo señalado en líneas precedentes, la minería tiene un rol trascendental en el crecimiento económico del país. En tal sentido, el objetivo de la presente sección es permitir al lector conocer cuáles son las principales actividades que forman parte de la industria minera, así como hacer una breve explicación del procedimiento administrativo a seguir para el ejercicio de esta actividad en el Perú a través del sistema de concesiones, tomando como hilo conductor a la participación ciudadana.

1) Actividades que forman parte de la Industria Minera

La industria minera comprende las siguientes actividades: el cateo, la prospección, la exploración, explotación, labor general, el beneficio, la

comercialización y el transporte minero. El ejercicio de las referidas actividades, excepto la de cateo, prospección y comercialización, se realizan exclusivamente bajo el sistema de concesiones, al que se accede bajo procedimientos que son establecidos por una gran diversidad de normas.

1.1 Actividades que no requieren de una Concesión Minera: Cateo, Prospección y Comercialización.

Las actividades de *cateo y prospección* consisten en la búsqueda de zonas geológicas susceptibles de explotación minera, es decir lugares sobre los que el operador minero presume la existencia de algún yacimiento que tuviera potencialidad de ser explotado. García Montúfar y Franciskovic Ingunza definen de forma clara las diferencias entre estas dos actividades:

La actividad minera que tiene por objeto tantear, descubrir, buscar un yacimiento mediante el empleo de métodos empíricos, rudimentarios, exagerando, el pico y la lampa tradicionales (...). Definimos la prospección como aquella actividad minera que tiene por objeto descubrir un yacimiento, pero a diferencia del cateo, el prospector recurre al apoyo masivo de la ciencia y la técnica³³.

Esta definición también ha sido recogida por el artículo 1º del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (en adelante, TUO de la LGM), que sobre el particular prescribe lo siguiente:

Artículo 1º.- El cateo es la acción conducente a poner en evidencia indicios de mineralización por medio de labores mineras elementales.

La prospección es la investigación conducente a determinar áreas de posible mineralización, por medio de indicaciones químicas y físicas, medidas con instrumentos y técnicas de precisión.

Tanto el cateo como la prospección son actividades libres en el territorio nacional, salvo las excepciones prescritas por la ley. Al respecto, el artículo 2º del TUO de la LGM, a la letra señala:

El cateo y la prospección son libres en todo el territorio nacional. **Estas actividades no podrán efectuarse por terceros en áreas donde existan concesiones mineras, áreas de no admisión de denuncios y terrenos cercados o cultivados, salvo previo permiso escrito de su titular o propietario, según sea el caso.**

Es prohibido el cateo y la prospección en zonas urbanas o de expansión urbana, en zonas reservadas para la defensa nacional, en zonas arqueológicas y sobre bienes de uso público; salvo autorización previa de la entidad competente. (El resaltado es nuestro)

33 GARCÍA MONTÚFAR, Guillermo y FRANCISKOVIC INGUNZA, Militza. «Derecho Minero: Doctrina, Jurisprudencia y Legislación Actualizada». Lima: Gráfica Horizonte, 2001. p. 21.



La finalidad de la norma reseñada consiste en evitar la superposición de concesiones mineras en las mismas zonas; proteger las tierras dedicadas a la agricultura; optimizar el crecimiento de las ciudades de acuerdo a los parámetros urbanísticos y planes de desarrollo urbano aprobados por la Municipalidad correspondiente; evitar cualquier perturbación a las políticas en el sector defensa; y, asimismo, garantizar la existencia del patrimonio cultural de la nación. Sin embargo, en este extremo dejamos constancia que la norma no hace mención alguna a las áreas naturales protegidas, a pesar de que éstas constituyen zonas muy importantes para el cuidado de la vida y el medio ambiente en el país, afirmación que sostiene la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental en los siguientes términos:

Las Áreas Naturales Protegidas son espacios delimitados por el Estado para la conservación de los ecosistemas, diversidad biológica y bellezas paisajísticas. Hacen posible la conservación de la diversidad biológica (ecosistemas, especies y genes) y cultural de un país para beneficio de las actuales y futuras generaciones. Permiten conservar hábitats, así como especies raras y amenazadas, paisajes valiosos y formaciones geológicas notables. Al mismo tiempo brindan oportunidades para la educación, la investigación científica, la recreación y el turismo³⁴.

Las áreas naturales se subdividen en dos tipos:

a) Áreas de uso indirecto. Son aquellas que permiten la investigación científica no manipulativa, la recreación y el turismo, en zonas apropiadamente designadas y manejadas para ello. En estas áreas no se permite la extracción de recursos naturales, así como modificaciones y transformaciones del ambiente natural. Son áreas de uso indirecto los Parques Nacionales, Santuarios Nacionales y los Santuarios Históricos. **b) Áreas de uso directo.** Son aquellas que permiten el aprovechamiento o extracción de recursos, prioritariamente por las poblaciones locales, en aquellas zonas y lugares y para aquellos recursos, definidos por el plan de manejo del área. Otros usos y actividades que se desarrollen deberán ser compatibles con los objetivos del área. Son áreas de uso directo las Reservas Nacionales, Reservas Paisajísticas, Refugios de Vida Silvestre, Reservas Comunes, Bosques de Protección, Cotos de Caza y Áreas de Conservación Regionales³⁵.

Tomando en cuenta lo anterior, en relación a las áreas naturales protegidas, hubiera sido recomendable que en el artículo 2º del TUO de la LGM se incluyera en la prohibición de efectuar actividades de cateo y prospección a las Áreas Naturales Protegidas de uso indirecto y, restringidamente, a las de uso directo, conforme a

lo dispuesto en la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Ley N° 26834³⁶; esto con el objetivo de sistematizar de una forma ordenada las normas que regulan el ejercicio de las actividades mineras y las que protegen las áreas naturales, las mismas que una vez interpretadas de forma acertada, generarán mejores niveles de participación ciudadana, y es que el Estado no está solo obligado a permitir el acceso a la información, sino que debe cautelar que ésta sea factible de interiorizar o comprender por parte del público.

Por otro lado, la actividad de *comercialización* consiste en el tráfico de los productos minerales y no requiere del otorgamiento de una concesión para su ejercicio: «La comercialización de productos minerales es libre, interna y externamente y para su ejercicio no se requiere el otorgamiento de una concesión»³⁷. A diferencia del tratamiento que han recibido el cateo y la prospección, el TUO de la LGM no define con precisión qué se debe entender estrictamente por comercialización, por lo que consideramos pertinente subsanar esta omisión a través de la emisión de un Decreto Supremo, a fin de evitar interpretaciones peculiares e ilegales sobre esta materia.

A las observaciones señaladas para estas actividades mineras, se debe agregar que la LGM no contempla procedimiento alguno que obligue a los empresarios mineros a informar al público de las operaciones de cateo y prospección que vienen efectuando, es decir no existe en la LGM mecanismo alguno que permita la difusión de estas actividades y la correlativa participación de la ciudadanía. Creemos pertinente señalar que si bien estas actividades son libres en todo el territorio nacional, ello no quiere decir que sobre ellas la sociedad civil no pueda efectuar un rol fiscalizador que permita su adecuado ejercicio. Nos explicamos: Cuando un operador minero inicia las actividades correspondientes al cateo y prospección, el MEM debería exigir a los operadores mineros la publicación de su interés en los medios de comunicación existentes en la localidad donde vayan a iniciarse las actividades mineras; de tal forma que permita a la ciudadanía conocer que tipo de actividades se van a desarrollar y, además, la interposición de los medios de oposición sustentada durante todo el tiempo que dure el desarrollo del cateo o prospección; esto con el objetivo que brindar transparencia a los niveles de gestión estatal en esta materia, así como permitir la participación de la ciudadanía en estos temas económicos y sociales que afectan a su localidad.

En las líneas que vienen a continuación revisaremos cuáles son las actividades mineras que requieren obtener una concesión por parte del

34 SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL. «Manual de la Ley N° 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas». p. 3. En: www.spda.org.pe

35 Ibid. p. 7.

36 Ley N° 26834 (04.07.1997)

37 Artículo 3º del TUO de la LGM.

Estado, esto con la finalidad de conocer la totalidad de formas bajo las cuales es factible realizar actividades mineras.

1.2 Actividades que requieren obtener Concesión Minera: Exploración, Explotación, Labor General, Beneficio y Transporte Minero

1.2.1 La Concesión Minera

La necesidad de la concesión para las actividades de exploración, explotación, labor general, beneficio y transporte minero ha sido establecida por el artículo 7º del TUO de la LGM. En tal sentido, culminadas las actividades de cateo y prospección, los operadores mineros efectúan un análisis de sus hallazgos para calcular la cantidad de mineral posible de extraer y, para ello, evalúan los proyectos de factibilidad pertinentes. Si los resultados de la evaluación a los proyectos son óptimos para el operador, éste debe solicitar necesariamente ante el MEM una concesión minera, acto administrativo que confiere a su titular el derecho de exploración y explotación de los recursos mineros concedidos. Al respecto, el artículo 9º del TUO de la LGM señala lo siguiente:

La concesión minera **otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación** de los recursos minerales concedidos, que se **encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida**, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, (...).

La **concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio** donde se encuentre ubicada.

Las **partes integrantes y accesorias de la concesión minera siguen su condición de inmueble aunque se ubiquen fuera de su perímetro**, salvo que por contrato se pacte la diferenciación de las accesorias.

Son partes integrantes de la concesión minera, las labores ejecutadas tendentes al aprovechamiento de tales sustancias. Son partes accesorias, todos los bienes de propiedad del concesionario que estén aplicados de modo permanente al fin económico de la concesión. (El resaltado es nuestro)

De la norma citada se tiene que la concesión habilita las actividades de exploración, que a grandes rasgos consisten en tareas de verificación y cálculo de las dimensiones, ubicación, reservas y valores de los yacimientos; así como los trabajos de explotación, que consisten básicamente en la extracción de los recursos minerales.

Con relación a la ubicación de las concesiones mineras, se debe señalar que el ordenamiento territorial de cada jurisdicción o municipio se

clasifica mediante los planes de desarrollo urbano y los usos específicos del suelo a través de instrumentos técnicos como los índices de usos y los planos de zonificación.

El artículo 14º del TUO de la LGM establece como previsión la prohibición de otorgar títulos de concesión en zonas urbanas o de expansión urbana, salvo autorización expresa de la Municipalidad correspondiente. La norma no señala qué se debe entender por «*autorización municipal*». Al respecto, mediante Ley N° 27015³⁸, Ley Especial que Regula el Otorgamiento de Concesiones Mineras en Áreas Urbanas y de Expansión Urbana, se reguló el otorgamiento de concesiones mineras en áreas urbanas y de expansión urbana. Esta ley, que entró en vigencia posteriormente a la LGM (publicada en el año 1992), establece que en áreas urbanas no se otorgarán títulos de concesiones mineras ni se admitirán petitorios mineros, salvo mandato expreso de una ley. Asimismo, dispone que el otorgamiento de título de concesiones mineras en áreas de expansión urbana, calificadas por Ordenanza Municipal vigente en la fecha de formulación del petitorio, deberá ser autorizada mediante Resolución Suprema del Ministerio de Energía y Minas, previo acuerdo favorable de la Municipalidad Provincial correspondiente en un plazo de sesenta días (de no emitirse esta opinión, se tendrá por denegado el pedido).

Bajo una óptica formal, los cambios introducidos por la ley especial que regula el otorgamiento de concesiones mineras en áreas urbanas y de expansión urbana son legítimos en la medida que, al tener rango legal, podían modificar o precisar los alcances de la LGM; sin embargo, en este punto conviene señalar que la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972³⁹, en su artículo 79º, dispone que es competencia de los gobiernos locales la organización del espacio físico y usos del suelo en sus respectivas jurisdicciones:

Artículo 79º.– Organización del espacio físico y uso del suelo.

Las Municipalidades, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo, ejercen las siguientes funciones:

1.1 Aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial de nivel provincial, que identifique las áreas urbanas y de expansión urbana, así como las áreas de protección o seguridad por riesgos naturales, las áreas agrícolas y las áreas de conservación ambiental.

La pregunta que nos formulamos es la siguiente: ¿Por qué se sigue aplicando la ley especial que regula el otorgamiento de concesiones mineras en áreas urbanas y de expansión urbana que establece, para los casos de concesión minera en zonas de expansión urbana, el solo requerimiento de una opinión de la Municipalidad a efectos de que sea el

38 Ley N° 27015 (18.12.98), modificada por la Ley N° 27560 (24.11.01)

39 Ley N° 27972 (27.05.2003)

MEM la entidad que decida los petitorios de concesión minera?

Nosotros consideramos que para los casos de concesiones mineras en zonas de expansión urbana, la autorización municipal u opinión técnica a la que hacen referencia el artículo 14º del TUO de la LGM y la ley especial que regula el otorgamiento de concesiones mineras en áreas urbanas y de expansión urbana no debería ser entendida como un dictamen producido exclusivamente al interior de la Municipalidad Distrital y Provincial, ya que a nuestro criterio aquella debería ser el resultado del procedimiento administrativo para la aprobación y modificación del Plan de Acondicionamiento Territorial al que hace referencia el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano, aprobado mediante Decreto Supremo N° 027-2003-VIVIENDA y modificado por el Decreto Supremo N° 012-2004-VIVIENDA⁴⁰. Este Reglamento, que desarrolla las competencias municipales en materia de organización del espacio físico y usos del suelo, constituye el marco normativo nacional general para los procedimientos que deben seguir las municipalidades en materia de planeamiento, gestión de acondicionamiento territorial y desarrollo urbano. Asimismo, contempla un procedimiento que permite el cambio de los planos de acondicionamiento territorial ante la posibilidad de desarrollar proyectos de interés nacional o regional no previstos en los planes de acondicionamiento originales; esto con el objetivo de optimizar el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, la distribución equilibrada de la población y el desarrollo de las inversiones. El desenvolvimiento del trámite está a cargo de la Municipalidad Provincial y comprende la exhibición del proyecto del plan en las Municipalidades Distritales de su jurisdicción, así como a través de su página web durante treinta días, a efectos de que la sociedad tenga acceso a ella. En ese mismo plazo el proyecto de plan debe ser remitido en consulta al Gobierno Regional y al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, para que éstos formulen sus observaciones y recomendaciones. Siempre dentro de los precitados 30 días, la Municipalidad Provincial debe organizar audiencias públicas a las que invita a representantes de la sociedad civil de su jurisdicción con el objetivo de que éstas también tengan la oportunidad de formular sus observaciones o sugerencias debidamente sustentadas. Culminada esta etapa, el personal técnico de la Municipalidad Provincial evalúa el expediente incluyendo las sugerencias u observaciones alcanzadas o desestimándolas emitiendo el pronunciamiento pertinente. Finalmente, la Municipalidad Provincial emite y

publica la Ordenanza que aprueba el nuevo Plan de Acondicionamiento Territorial. **Como se podrá apreciar, el trámite descrito demanda la participación de la sociedad civil y diversas entidades del Estado, materializándose en una Ordenanza Municipal, lo que promueve el derecho de todas las personas a involucrarse en el devenir político, social y económico de sus localidades.**

El procedimiento descrito en el párrafo anterior permite que sean los gobiernos locales quienes puedan aprobar y modificar sus planes de acondicionamiento territorial para efectos del trámite de concesión minera ante el MEM, optimizando la participación de la ciudadanía en la gestión urbana, materia que conforme a lo señalado por Hildebrando Castro Pozo Díaz debe ser regida en el aspecto funcional de la siguiente forma:

Los criterios que deberían explorarse para reordenar la asignación de las competencias urbanísticas deberían tener en cuenta las siguientes reglas y principios:

- a.1. Todo aquello que se pueda gestionar desde un nivel bajo, sin que aumente el costo significativamente, no debe gestionarse desde un nivel superior.
- a.2. Conviene transferir a un área territorial aquellas competencias o funciones que se refieren a problemáticas que se generan en su ámbito o que dan lugar a actuaciones de interés exclusivo o preferentemente de su población.
- a.3 ***Deben descentralizarse las competencias y funciones en cuyo ejercicio se quiere potenciar la participación, cooperación y la integración de los ciudadanos***⁴¹. (El subrayado es nuestro).

Tomando en consideración lo indicado en el párrafo anterior, concluimos que la frase «*autorización municipal*» u «*acuerdo*», consignada en el artículo 14º del TUO de la LGM y en la ley especial que regula el otorgamiento de concesiones mineras en áreas urbanas y de expansión urbana deben ser retiradas. En consecuencia, concluimos que con el fin de obtener una concesión minera en zonas de expansión urbana, el empresario minero debería previamente seguir el procedimiento de modificación del Plan de Acondicionamiento Territorial ante la Municipalidad correspondiente, el mismo que contempla la publicación del proyecto y la convocatoria a audiencias públicas con participación de la sociedad, como acto previo al trámite para la obtención de una concesión minera en el MEM. Una interpretación contraria, implicaría limitar el ejercicio del derecho de participación en los procesos de decisión estatal, que en el presente

40 Decreto Supremo N° 027-2003-VIVIENDA (06.10.2003); modificado por Decreto Supremo N° 012-2004-VIVIENDA (18.07.2004)

41 CASTRO-POZO DÍAZ, Hildebrando. «Régimen Legal Urbano. Doctrina y Legislación». Lima: Gaceta Jurídica, 2000. p. 73.

caso implicaría la imposibilidad de decidir que tipo de ambiente y desarrollo urbano desea cada ciudadano en su localidad.

2) Del procedimiento para la obtención de la Concesión Minera

El Capítulo II del Título Décimo Segundo del TUO de la LGM y el Reglamento de Procedimientos Mineros⁴² regulan lo concerniente al trámite ordinario para la obtención de una concesión para la exploración y explotación de un yacimiento minero. Las concesiones para beneficio, labor general y transporte minero tienen un procedimiento particular regulado casi de forma exclusiva en el referido Reglamento.

En las líneas que vienen a continuación describiremos cuáles son las características más importantes de estos procedimientos y para ello dividiremos esta parte de la exposición en dos secciones: en la primera de ellas trataremos los aspectos relevantes del procedimiento ordinario (que es el que corresponde para la concesión de exploración y explotación) y en la segunda veremos lo correspondiente al procedimiento para la obtención de la concesión de beneficio, labor general y transporte.

2.1 Trámite de la concesión para la exploración y explotación de la minería: El denominado Procedimiento Ordinario

El Reglamento de Procedimientos Mineros, en su artículo 17⁴³, detalla la documentación que deben presentar los solicitantes o peticionarios de concesiones mineras de exploración y explotación en el procedimiento ordinario, que incluye además de los detallados en líneas previas, compromisos jurados referentes a la coordinación que deben tener con los Gobiernos Locales o Regionales, así como con las poblaciones ubicadas en las zonas de influencia de la actividad minera, conforme se cita a continuación:

El petitorio deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Los nombres, apellidos, nacionalidad, estado civil, domicilio, número de Libreta Electoral o de Carnet de Extranjería del peticionario, así como los nombres, apellidos y nacionalidad del cónyuge, de ser el caso. Si el petitorio fuere formulado por dos (02) o más personas, se indicará, (...) apoderado común (...). nombre del petitorio.
- b) Distrito, provincia o región donde se encuentra ubicado el petitorio.

- c) Clase de concesión, según se trate de sustancias metálicas o no metálicas.
- d) Identificación de la cuadrícula o de la poligonal cerrada del conjunto de cuadrículas solicitadas, con coordenadas UTM, indicando el nombre de la carta y zona en que se ubica el petitorio.
- e) Extensión superficial del área solicitada, expresada en hectáreas.
- f) Identificación de la cuadrícula o conjunto de cuadrículas colindantes (...), respetando derechos preexistentes.
- g) Nombres, apellidos y domicilio del propietario del terreno superficial donde se ubique la concesión minera solicitada, en caso fuere conocido.
- h) Compromiso Previo en forma de Declaración Jurada del peticionario, mediante el cual se compromete a:
 - a. Realizar sus actividades productivas en el marco de una política que busca la excelencia ambiental.
 - b. Actuar con respeto frente a las instituciones, autoridades, cultura y costumbres locales, manteniendo una relación propicia con la población del área de influencia de la operación minera.
 - c. Mantener un diálogo continuo y oportuno con las autoridades regionales y locales, la población del área de influencia (...) alcanzándoles información sobre sus actividades mineras.
 - d. Lograr con las poblaciones del área de influencia de la operación minera una institucionalidad para el desarrollo local en caso se inicie la explotación del recurso, elaborando al efecto estudios y colaborando en la creación de oportunidades de desarrollo más allá de la vida de la actividad minera.
 - e. Fomentar preferentemente el empleo local (...)
 - f. Adquirir preferentemente los bienes y servicios locales para el desarrollo de las actividades minera y la atención del personal (...)

Un aspecto importante del procedimiento es el mecanismo para la difusión de las solicitudes o petitorios presentados ante el MEM, el mismo que consiste en la publicación única de la información básica y resumida del trámite en el Diario Oficial El Peruano y en otro diario de la capital de la provincia⁴⁴. Transcurridos sesenta días luego de la última publicación, de no mediar oposición, los actuados son nuevamente evaluados en la parte técnica y legal; de contar con opinión favorable se procede a la emisión del título de la concesión⁴⁵.

42 Decreto Supremo N° 018-92-EM (07.09.1992)

43 Artículo modificado por Decreto Supremo N° 016-96-EM (25.03.1996) y por Decreto Supremo N° 042-2003-EM (13.12.2003)

44 Artículo 122° del TUO de la LGM.

45 Artículo 123 del TUO de la LGM.

Como parte final del trámite, se debe señalar que consentida la Resolución que declara el derecho del concesionario y a solicitud de este procede su inscripción.

Ahora bien, culminada esta breve revisión al régimen legal de la concesión minera, a continuación revisaremos cuál es la regulación que a la fecha viene aplicándose para la protección del medio ambiente, para lo cual revisaremos brevemente qué son los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA), así como de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA)

2.2 La participación ciudadana en el procedimiento ordinario: La oposición y la revisión

Una vez que el operador minero ha formulado su solicitud o petitorio de concesión minera cualquier persona natural o jurídica tiene la posibilidad de impugnar la validez de ésta ante el Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero (INACC)⁴⁶ si se consideran afectados en sus derechos; éste es el procedimiento conocido como **oposición**. Para la procedencia de la oposición es necesaria la presentación de pruebas y, además, el que su interposición se efectúe antes de la emisión del título que otorga la concesión minera⁴⁷.

Formulada la oposición, a fin de que la otra parte efectúe sus descargos, el INACC deberá correr traslado de la misma por el término de siete días⁴⁸, transcurridos los cuales se procede a la evaluación de las pruebas ofrecidas en un plazo que no deberá exceder los treinta días hábiles. Luego, una vez emitidos los dictámenes legales y técnicos pertinentes, el INACC tiene un plazo máximo de treinta días para emitir la Resolución que concluya el trámite; una vez emitida, contra la Resolución cabe la interposición del recurso de revisión⁴⁹.

La **revisión** es el medio impugnatorio factible de interponerse ante la Resolución mencionada en el párrafo anterior, es decir, cuando se haya emitido el acto administrativo que reconozca la concesión minera. Para tales efectos, los interesados cuentan con un plazo máximo de quince días luego de notificada o inscrita la Resolución que reconozca la concesión minera⁵⁰.

De acuerdo a lo revisado en la sección concerniente al proceso ordinario (trámite de la concesión para la exploración y explotación minera), conviene señalar que, tanto el TULO de la LGM como el Reglamento de Procedimientos Mineros establecen que las solicitudes presentadas por los peticionarios deben publicarse en el diario oficial El Peruano y en otro periódico de la capital de la provincia; en este extremo, deseamos poner

en evidencia dos aspectos muy importantes. En primer lugar, los resúmenes de las solicitudes que se publican en los diarios son escuetos y poco explicativos acerca de las implicancias de los proyectos mineros, en tal razón conviene hacer recordar que el derecho de acceder a la información se proyecta no sólo sobre la cantidad de información ofrecida a la ciudadanía, sino también respecto de la calidad e interiorización de ésta en los ciudadanos, es decir, más que «acceso» a la información se debe garantizar la comprensión de aquella. En segundo lugar, no se ha diseñado paralelamente mecanismo alguno por el que la información publicada en los diarios pueda ser de conocimiento general, máxime si se toma en cuenta que las poblaciones ubicadas en las zonas de influencia del yacimiento no siempre tienen acceso inmediato a los diarios, por lo que será necesario superar estas observaciones a través de una mayor difusión de las solicitudes ingresadas al MEM, de acuerdo a las condiciones, lengua y costumbres en las zonas aledañas a los yacimientos donde se pretende desarrollar la actividad minera.

En lo concerniente a las concesiones de labor general y transporte minero, el problema consiste en que para estos casos se prevé que la Junta de Concesionarios (presidida por el Director General de Minería), o concesionarios servidos, son los únicos encargados de decidir sobre la factibilidad del proyecto; en tal sentido, no existe mecanismo alguno por el que otras personas naturales o jurídicas puedan oponerse a la concesión, situación que a nuestro criterio constituye un gran vacío legal que afecta el campo material sobre el que se proyecta el derecho a la participación ciudadana en el sector minero. Es por esto que somos de la opinión consistente en que para subsanar la omisión evidenciada, se deberá optar por modificar el artículo 41º y 42º del Reglamento de Procedimientos Mineros a fin de incluir el *nomen iuris* de la oposición, como mecanismo de participación ciudadana para estos procedimientos.

2.3 De la protección al medio ambiente en los procedimientos para el ejercicio de la actividad minera: Los PAMAs y los EIAs

La norma que regula la materia es básicamente el Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica (en adelante, Reglamento para la Protección Ambiental) (Decreto Supremo N° 016-93-EM⁵¹), y la autoridad competente para los temas ambientales en el sector minero es la Dirección General de Asuntos Ambientales del MEM (en adelante, DGAAM).

46 Por Decreto Supremo N° 008-2007 (22.02.2007) se dispuso la fusión del INGEMMET (Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico) con el INACC mediante la modalidad de fusión por absorción, siendo el primero la institución absorbente.

47 Artículos 144º al 147º del TULO de la LGM.

48 Artículo 146º del TULO de la LGM.

49 Artículo 147º del TULO de la LGM.

50 Artículo 125º del TULO de la LGM.

51 Decreto Supremo N° 016-93-EM (24.04.1993). Es el Reglamento del Título Décimo Quinto del TULO de la LGM, sobre el medio ambiente.

Existen dos tipos de mecanismos que tienen como objetivo garantizar la calidad del medio ambiente y el desarrollo ordenado de la actividad minera. El primer mecanismo es aplicable a todos los **titulares de actividades mineras que ya se encuentren operando** y tiene como finalidad la aprobación de un **PAMA**, el mismo que, conforme a lo señalado en el artículo 2º del referido Reglamento, se define como:

Programa que contiene las acciones e inversiones necesarias para incorporar a las operaciones minero - metalúrgicas los adelantos tecnológicos y/o medidas alternativas que tengan como propósito reducir o eliminar las emisiones y/o vertimientos para poder cumplir con los niveles máximos permisibles establecidos por la Autoridad Competente.

El proceso para la aprobación de los PAMAs es complejo; sin embargo consideramos que Belaúnde Moreyra efectúa una excelente síntesis sobre el particular, la misma que a continuación citamos:

El PAMA es el resultado de una secuencia de pasos: a) Los titulares que recién inicien operaciones deben presentar un Estudio de Impacto Ambiental. b) Los titulares que ya estén en funcionamiento deben llevar a cabo un Programa de Monitoreo durante 12 meses y luego presentar una Evaluación Ambiental Preliminar (EVAP); c) Aprobado el EVAP y dentro de los 12 meses siguientes los titulares deben presentar un PAMA, que sea compatible con el EVAP; d) Finalmente, los titulares en operación pueden suscribir un contrato con el Ministerio de Energía y Minas para el cumplimiento del PAMA. Estos contratos son de adhesión y se celebran de conformidad a un modelo que ha sido aprobado mediante Resolución Ministerial N° 292-97-EM/VMM del 7 de Julio de 1997 (...) ⁵².

El segundo mecanismo que tiene como objetivo garantizar la calidad del medio ambiente y el desarrollo ordenado de la actividad minera es aplicable a todos los **solicitantes o peticionarios de una concesión minera y/o de beneficio así como a los que realicen ampliaciones de producción en sus operaciones o de tamaño de planta** de beneficio superiores al 50% ⁵³ y consiste en la aprobación de los **EIA** que, conforme a lo dispuesto en el mismo artículo 2º, son conceptualizados de la siguiente forma:

Estudios que deben efectuarse en proyectos para la realización de actividades en concesiones mineras, de beneficio, de labor general y de transporte minero, que deben evaluar y describir los aspectos físico-naturales, biológicos, socio-económicos y culturales en el área de influencia del proyecto, con la finalidad de determinar las condiciones existentes y capacidades del medio, analizar la naturaleza, magnitud y prever los efectos y consecuencias de la realización del

proyecto, indicando medidas de previsión y control a aplicar para lograr un desarrollo armónico entre las operaciones de la industria minera y el medio ambiente.

Los EIA son evaluados por la DGAAM en un plazo que no deberá exceder los cuarenta y cinco días hábiles luego de su presentación; la omisión de respuesta por parte de la Administración genera la aplicación automática del silencio administrativo positivo.

Las modificaciones introducidas al nuevo Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, aprobadas mediante Decreto Supremo N° 014-2007-EM ⁵⁴, siguen la misma línea argumentativa que el Reglamento para la Protección Ambiental al prescribir que para las actividades de exploración complejas, las mismas que requieren de la aprobación de una evaluación ambiental, es de aplicación el silencio positivo tan pronto como el plazo del trámite (57 días) haya vencido.

Al respecto, consideramos que, en general, se reconoce la aplicación del silencio positivo ante la falta de atención o cumplimiento de los plazos por parte de la Administración Pública; sin embargo, la LPAG dispone en su artículo 34º, numeral 34.1.1, que existen procedimientos de evaluación previa que por el interés público que se decide (salud, medio ambiente, recursos naturales, patrimonio cultural de la nación) ameritan solo la configuración del silencio administrativo negativo, conforme se señala a continuación:

34.1 Los procedimientos de evaluación previa están sujetos al silencio negativo cuando se trate de alguno de los siguientes supuestos:

34.1.1 Cuando la solicitud verse sobre asuntos de interés público, incidiendo en la **salud, medio ambiente, recursos naturales**, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa nacional y el **patrimonio histórico de la nación** (...)

34.2 *Las autoridades quedan facultadas para calificar de modo distinto en su TUPA, los procedimientos comprendidos en los numerales 34.1.1 y 34.1.4 cuando aprecien que sus efectos reconozcan el interés del solicitante, sin exponer significativamente el interés general.* (El resaltado es nuestro).

Debemos señalar que si bien la LPAG es una norma general y de aplicación supletoria en aquellos procedimientos regulados por leyes especiales, se debe considerar que las autoridades administrativas, al reglamentar los procedimientos especiales, deben cumplir con seguir los lineamientos básicos ya contemplados en la ley general; en tal sentido, si esta ley señala taxativamente en su numeral 34.1.1 que los

52 BELAUNDE MOREYRA, Martín. «Derecho Minero y Concesión». Lima: Editorial San Marcos, 1998. p. 144.

53 Artículo 20º del Reglamento para la Protección Ambiental.

54 Decreto Supremo N° 014-2007-EM (10.03.07)



procedimientos de evaluación previa que regulan asuntos ambientales se rigen por el silencio negativo, el Reglamento para la Protección Ambiental, debió seguir ese criterio a fin de sistematizar la normativa que sobre el particular se encuentra vigente. En este punto, dejamos constancia que la regulación contemplada en el dicho Reglamento ni siquiera encaja en el supuesto de hecho contemplado en el numeral 34.2 del artículo 34° de la LPAG, norma esta última que abre la posibilidad de direccionar algunos procedimientos de evaluación previa con silencio positivo al silencio negativo, esto en razón de que para que este supuesto sea factible, la Administración no debe exponer significativamente el interés general.

El otro gran problema que genera la aplicación del silencio positivo para los casos indicados en esta sección es que limitan la participación ciudadana dentro del trámite administrativo para la aprobación de los EIA o EA, ya que la sola desidia de la Administración en el cumplimiento de los plazos bastaría para que la petición de los operadores mineros quede consentida, sin importar la existencia de oposiciones o consultas formuladas por los ciudadanos o terceros legitimados.

2.5 Participación ciudadana en los PAMA y EIA

Del Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana (al cual ya nos referimos en el punto 2 de la sección II del presente artículo) se desprende que son básicamente dos las modalidades que tratan de implementar el derecho a la participación ciudadana y al acceso a la información: las **consultas previas** y las **audiencias públicas**.

La **consulta previa** consiste en la realización de talleres⁵⁵, los cuales se llevan a cabo dependiendo de la magnitud e importancia del proyecto. El Reglamento ha previsto su desarrollo en tres fases:

- 1) *Antes de iniciar los EIA*: Se realizarán reuniones informativas en las que los ciudadanos de las zonas de influencia del proyecto serán informados sobre sus derechos y deberes, sobre la legislación ambiental y sobre las tecnologías que se usarán en el proyecto. Está a cargo el Estado.
- 2) *Durante la elaboración de los EIA*: Se difundirá información sobre el proyecto y los avances en la elaboración del EIA con el fin de recoger los aportes e interrogantes de la ciudadanía. Está a cargo del Titular del proyecto.
- 3) *Presentado el EIA al MEM*: Se explicará a las autoridades sectoriales, regionales y a la ciudadanía, los componentes del EIA. Se deberá dar especial atención a los posibles

impactos sociales, culturales y ambientales, así como a los planes de manejo ambiental y social para el control de tales impactos. Se recogerán los aportes e interrogantes de las partes. Está a cargo del Titular del proyecto.

Por su parte, la **audiencia pública**⁵⁶ es el acto público en el que se presenta a la ciudadanía el EIA que está siendo evaluado por la DGAAM y en el que se recogen las observaciones que aquellos formulen. Su realización está a cargo de la misma DGAAM pero también es posible que se le delegue a la Dirección Regional de Energía y Minas (DREM). Para la realización de la audiencia pública se deben dar los siguientes pasos:

- 1) *Establecimiento del lugar, día y hora para la realización de la audiencia, a cargo de la DGAAM o la DREM (si le delegó esta facultad)*. De preferencia, se debe haber verificado la realización de un mínimo de talleres previos. En cuanto al lugar, se establece que se debe tomar en cuenta el centro poblado más cercano al proyecto; y en cuanto al día y la hora, deben establecerse en los que garanticen una mayor asistencia de la población. De acuerdo a la complejidad del proyecto, se prevé que la DGAAM programe otras audiencias en la localidad o localidades más cercanas⁵⁷.
- 2) *Difusión del lugar, día y hora para la realización de la audiencia, a cargo de la DGAAM en coordinación con el Titular del proyecto*. Se hace a través de dos medios de comunicación: diarios y estaciones radiales. Sobre los primeros, deben publicarse los avisos en el diario oficial El Peruano y en el diario de mayor circulación en la localidad o localidades, con un mínimo de cuarenta días anteriores a la realización de la audiencia. Respecto a las segundas, el anuncio debe divulgarse cuatro veces por día durante los cinco días posteriores a la publicación en los diarios y durante los diez días anteriores a la realización de audiencia; se deberá indicar que el EIA y su Resumen Ejecutivo se encuentran a disposición de los interesados⁵⁸. Sobre el acceso al EIA, la norma nos hace las siguientes precisiones:

- El Titular presentará dos copias (digitalizadas e impresas) del EIA y de su Resumen Ejecutivo a la DGAAM, a la DREM, y a la Municipalidad Distrital de la localidad donde se realizará la audiencia; estas entidades, a su vez, serán las encargadas de poner a disposición de los ciudadanos dichos documentos a través

55 Artículo 3°, numeral 3.1, del Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana.

56 Artículo 3°, numeral 3.2, del Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana.

57 Artículo 4° del Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana.

58 Artículo 5° del Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana.

de la entrega de copias que éstos hallan solicitado. El pago que el ciudadano realice por este concepto deberá equivaler al costo de reproducción del documento⁵⁹.

En cuanto al Resumen Ejecutivo, el «requisito de forma» consiste en que debe estar redactado en un lenguaje sencillo y en que debe figurar el marco legal que lo sustenta. El objetivo es que los ciudadanos tengan una idea clara del proyecto en lo relativo a ubicación, al recurso que se pretende explotar y a su cantidad; el tiempo de ejecución, los impactos que se generarán y las medidas para mitigar o eliminar dichos impactos⁶⁰.

- 3) *Durante el proceso de evaluación del EIA se contempla que la DGAA formule observaciones a éste, las cuales deben ser absueltas por el Titular del proyecto. Asimismo, se ha dispuesto que la absolución de las observaciones debe ser puesta a disposición de la ciudadanía para lo cual el titular deberá entregar dos copias del proyecto a la DGAAM, a la DREM y a la Municipalidad Distrital del lugar en donde se llevará a cabo la audiencia*⁶¹.
- 4) Finalmente, *el día de la audiencia:* a) deberá contarse con un local adecuado en cuanto a capacidad, infraestructura y seguridad; b) deberá estar presidida por una mesa directiva (conformada por un representante de la DGAAM por otro de la DREM); c) se deberá contar con intérpretes en caso de no ser el español el idioma predominante entre los asistentes. La audiencia comenzará con la sustentación del EIA por parte del Titular del proyecto y la entidad que lo elaboró; luego vendrá una primera rueda de preguntas con sus correlativas respuestas y también habrá una segunda rueda (la formulación de las preguntas no debe durar más de cinco minutos; la norma no estipula un tiempo máximo para formular respuestas). Después de esto, se dará a la autoridad regional, municipal y otras autoridades un lapso de cinco minutos para formular sus comentarios finales; también se prevé que la mesa directiva reciba los documentos que los participantes deseen presentar. Una vez finalizada la Audiencia, se procederá con la transcripción de las preguntas y respuestas formuladas para que sean incluidas en el expediente del

EIA; igualmente, dentro de los treinta días siguientes a la audiencia, los ciudadanos podrán presentar documentos con observaciones, propuestas o sugerencias sustentadas, las cuales también deben ser incluidos en el expediente del EIA⁶².

Ahora bien, llegado a este punto, es preciso señalar que el artículo 11° del Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana establece que los pequeños mineros y mineros artesanales no requieren la realización de la audiencia pública, ya que para estos casos bastará que se ponga el PAMA a disposición del público interesado. En otras palabras, para el caso de los PAMA, sólo habría cierta obligatoriedad para la realización de consultas previas y ninguna para la realización de audiencias⁶³. ¿Por qué las audiencias solo son aplicables con todo su rigor a los EIA y no así a los PAMA? Consideramos que la norma no debería hacer esta distinción entre EIA y PAMA puesto que, a pesar de que éstos últimos se hayan previsto para adecuar la actividad de empresas mineras que venían desarrollando esta actividad a los nuevos estándares ambientales, es imprescindible que los ciudadanos verifiquen el cumplimiento de los compromisos ambientales contenidos en el PAMA, para lo cual el espacio de discusión adecuado es la audiencia pública. Al parecer, la única excepción a esta disposición - la no obligatoriedad de realizar audiencias públicas- se da en los casos de solicitudes de prórroga excepcional de plazos para el cumplimiento de proyectos ambientales específicos contemplados en los PAMA, conforme lo prescribe el artículo 2° del Decreto Supremo N° 046-2004-EM:

Artículo 2°.- La solicitud de prórroga deberá estar sustentada en razones técnicas, económicas, financieras, ambientales y sociales (...) necesariamente deberá estar respaldado en un Estudio de Análisis de Riesgos de Salud de la población en el área de influencia (...) Estos estudios (...) serán presentados y sustentados en los Talleres y Audiencias Públicas y entregados previamente al Gobierno Regional y al Concejo Provincial (...). «A la solicitud deberá acompañarse: (...) f) **Acta de no menos de tres talleres de información en materias económico-financiera y de salud. (...) se realizarán a razón de uno por cada distrito afectado por las operaciones mineras pero en ningún caso en número inferior a tres. g) Acta de no menos de dos Audiencias Públicas, las que se realizarán una vez transcurridos 30 días de concluido el último taller informativo**»⁶⁴. (El resaltado es nuestro)

59 Artículo 8° del Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana.

60 Artículo 9° del Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana.

61 Artículo 10° del Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana.

62 Artículo 6° del Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana.

63 Algo similar sucede en «el caso de las Evaluaciones Ambientales aplicables a exploraciones, [donde] no se contempla ningún tipo de mecanismo de participación». En: ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. «Manual de Derecho Ambiental». Lima: Proterra, 2006. pp. 462.

64 Artículo 2° del Decreto Supremo N° 046-2004-EM (Establecen disposiciones para la prórroga excepcional de plazos para el cumplimiento de Proyectos Medioambientales Específicos contemplados en Programas de Adecuación y Manejo Ambiental



No se entiende pues por qué sí es obligatoria la realización de audiencias públicas en el caso de prórrogas de plazo para el cumplimiento de sólo ciertos proyectos ambientales contenidos en el PAMA y no para la totalidad de casos en los que se requiere del PAMA.

En relación a este tema, Balvín Díaz señala:

(...) los PAMA han sido aprobados por el MEM sin tomar en cuenta la opinión de las comunidades locales en el proceso de determinación de los plazos (...) En algunos casos se ha firmado contratos de estabilidad administrativa ambiental que no son de conocimiento de las comunidades locales. En este terreno de participación en la formulación y modificación de los PAMA, hay mucho por hacer en términos de política del Estado. En las entrevistas realizadas se advierten opiniones divergentes respecto a cómo deberían entenderse los grados de participación ciudadana en el proceso de elaboración o modificación de los PAMA. Mientras que las comunidades consideran que son ellas las que deben colaborar en su elaboración, revisión y aprobación, las empresas –que son las que actualmente tienen mayor influencia en la formulación de las políticas- piensan que la participación ciudadana debe limitarse al derecho que tienen las comunidades a ser informadas sobre los acuerdos entre ellas y las autoridades competentes⁶⁵. (El resaltado es nuestro)


De ahí que Andaluz Westreicher afirmara lo siguiente:

(...) se advierte la reticencia tanto de los inversionistas como de la autoridad para implementar mecanismos que permitan una mayor inclusión de la participación ciudadana en la evaluación de impactos ambientales. Se aprecia una considerable distancia entre lo que desean ejecutar los inversionistas y las preocupaciones y dudas de los pobladores (...)⁶⁶. (El resaltado es nuestro)

De lo expuesto, se tiene que el procedimiento para la obtención de la concesión minera es complejo, sin embargo creemos pertinente que se deben atender a las siguientes recomendaciones:

- Interpretar que no es de aplicación el silencio positivo para los procedimientos de evaluación previa correspondientes a los EIA y EA, sino tan sólo el silencio administrativo negativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 34º, numerales 34.1.1 y 34.2, de la Ley del Procedimiento Administrativo General.
- Que el Poder Ejecutivo disponga la aplicación de mecanismos que permitan una mayor difusión de las solicitudes de concesiones mineras ingresadas, tomando en cuenta las costumbres y lengua dominante en la zona, a fin de que los ciudadanos puedan participar a través de la oposición y revisión.
- Asimismo, consideramos pertinente señalar la necesidad de ampliar los supuestos para los cuales es aplicable el régimen de la audiencia pública, esto con el objetivo de habilitar la participación ciudadana no sólo respecto de los proyectos de concesión minera, sino también sobre aquellas empresas que a la fecha ya vienen operando.

V. Conclusiones

En este breve documento hemos puesto en evidencia algunas observaciones al régimen legal de la actividad minera que inciden en el derecho a la participación ciudadana y de ellas podemos concluir que los niveles de participación ciudadana son limitados. En tal sentido, consideramos que es necesario comprender y tomar conciencia que los procesos de decisión en el sector minero no se encuentran reservados exclusivamente para el Estado y las empresas, sino que existe un derecho inherente de todos los ciudadanos que consiste en hacer valer nuestros intereses y de disfrutar legítimamente de todos los beneficios que genera la actividad minera. Pensamos que, de seguirse siempre esta lógica, se evitarían los brotes de conflictos socioambientales en el ejercicio de esta actividad la cual, recordemos, constituye una de las principales fuentes de riqueza de la nación. 



– PAMA) (24.12.2004). Por otro lado, en el siguiente artículo se dice que los talleres y audiencias públicas serán convocadas, a pedido de parte, por el MEM.

65 BALVÍN DÍAZ, Doris. «Medio ambiente, minería y sociedad: una mirada distinta». Lima: Asociación Civil Labor, 2002. p. 179.

66 ANDALUZ WESTREICHER. Ob. Cit. p. 459.