



Las áreas destinadas a la protección del Patrimonio Cultural en el Perú: En torno a la regulación de las excepciones a la intangibilidad en las Áreas Restringidas a la actividad minera

“La discrecionalidad de otorgar excepciones en esta materia, ante la falta de parámetros normativos de decisión, podría tornarse en arbitrariedad y así afectar la protección del Patrimonio Cultural como bien constitucionalmente protegido y, a su vez, afectar derechos fundamentales vinculados a su protección.”

Ángela Sharon Casafranca Álvarez*

Resumen: A través del presente artículo se analiza la regulación de las excepciones de las áreas restringidas a la minería. Así, la normativa sustenta la necesidad de no frenar la actividad administrativa de fomento de la actividad económica minera a través de una afectación proporcional del Patrimonio Cultural. Esta afectación proporcional se manifiesta a través del establecimiento de excepciones a la intangibilidad de Áreas Restringidas. De esta manera, se examina la falta de regulación procedimental de estas excepciones, y cómo podrían estas afectar la protección del Patrimonio Cultural.

Palabras Clave: patrimonio cultural; áreas restringidas; minería; intangibilidad.

Abstract: *This article analyzes the regulation of exceptions of restricted areas for mining. The regulation supports the need of not restraining the administrative activity that foment the mining as an economic activity through a proportional affectation of the Cultural Heritage. This proportional affectation is manifested through the establishment of exceptions to the intangibility of restricted areas. In this sense, the article examines the lack of procedural regulation of these exceptions, and how they could affect the protection of the Cultural Heritage.*

Key Words: *cultural heritage; restricted areas; mining; intangibility.*

* Bachiller en Derecho por la PUCP dedicada a la investigación de temas de Derecho Administrativo, Derecho Internacional y a la protección del Patrimonio Cultural. Actualmente, se encuentra realizando su tesis de licenciatura en temas de regulación minera y protección del Patrimonio Cultural Inmaterial. Ex Directora de la Comisión de Publicaciones de la Asociación Civil Foro Académico. Correo electrónico: angela.casafranca@pucp.pe.

Sumario: Introducción. 1. Alcances sobre las áreas restringidas a la actividad minera para la protección del Patrimonio Cultural en el Perú. 2. Excepciones de la legislación peruana a la restricción de la actividad minera en áreas destinadas a la protección del Patrimonio Cultural: sobre el artículo 30° de la Ley N° 28296. 3. Análisis crítico de la validez de excepciones a la restricción de la actividad minera. Conclusiones.

Introducción

La protección del Patrimonio Cultural es, sin duda alguna, una de las obligaciones principales del Estado peruano. Una de las medidas mediante las cuales este deber de protección se manifiesta es con la declaración de Áreas Restringidas a la minería en zonas sujetas a la existencia de bienes integrantes del Patrimonio Cultural. No obstante, a fin de no ver reducido considerablemente el otorgamiento de concesiones en minería, se observa que existen excepciones a la restricción de actividad minera. Sin embargo, ¿cuáles son estas excepciones? ¿La regulación al respecto es pertinente? Sobre el particular, consideramos que la falta de regulación adecuada sí representaría una afectación a la protección del Patrimonio Cultural, tesis que será sustentada en las líneas siguientes.

En el presente artículo se realizará una breve reflexión respecto a la regulación adecuada de las excepciones aplicadas a la regulación de áreas restringidas a la minería para la protección del Patrimonio Cultural en el Perú (en adelante, PC). Para dicho fin, se resaltarán la existencia de excepciones al establecimiento de áreas restringidas a la actividad minera. Asimismo, se enfatizará la ausencia de procedimientos coordinados de excepciones a la determinación de áreas restringidas en el ámbito minero. Finalmente, se realizará un análisis crítico sobre la existencia a las excepciones aplicadas a áreas restringidas a la minería en el Perú.

1. Alcances sobre las áreas restringidas a la actividad minera para la protección del Patrimonio Cultural en el Perú

Para entender los alcances conceptuales y jurídicos de las Áreas Restringidas a la actividad minera, es necesario hacer una breve introducción a la organización catastral de la cual forma parte. En primer lugar, se hace necesario entender que el Catastro Minero Nacional permite organizar de manera bastante esquemática la ubicación geográfica de los derechos mineros. En palabras de Franciskovic e Ipenza:

“(…) el registro ordenado y preciso de todos los derechos mineros bajo el sistema de coordenadas UTM (Universal Transversal Mercator) que permite la correcta ubicación geográfica de los mismo, lo que evita la superposición de áreas peticionadas. El país ha sido dividido en cuadrículas de 100 hectáreas (1km por lado) que fija la extensión, la forma, la orientación y la ubicación de todas las parcelas posibles a nivel nacional”.¹

De esta manera, el catastro minero representa a su vez el medio idóneo para identificar a todas las concesiones nuevas y antiguas, así como para los denuncios en trámite. Cualquier privado interesado en obtener una concesión minera puede acceder de manera libre al mapa del Catastro Minero. Como consecuencia de ello, es posible ubicar cualquier cuadrícula libre en el espacio territorial que pueda ser fruto de una concesión.

1 FRANCISKOVIC INGUNZA, Militz y Cesar IPENZA PERALTA. Derecho Minero y el Medio Ambiente. Doctrinas, procedimientos y legislación actualizada. Lima: Grijley, 2015, p. 147.

Las áreas destinadas a la protección del Patrimonio Cultural en el Perú: En torno a la regulación de las excepciones a la intangibilidad en las Áreas Restringidas a la actividad minera

Como contraparte del Catastro Minero, se encuentra el “Catastro No Minero”, el cual representa todas las áreas geográficas de nuestro territorio en las cuales no está permitida la actividad minera. En esa línea, el Catastro No Minero está conformado por las “Áreas Protegidas y/o Restringidas a la actividad minera”, concepto jurídico materia de análisis en el presente artículo. De acuerdo al Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero (INACC): “El objetivo de este catastro, es servir como un medio de información y de consulta de las Direcciones del INACC involucradas en la evaluación de expedientes y de los usuarios mineros en general, para el otorgamiento de derechos mineros”².

En base a lo detallado en líneas anteriores, el Catastro No Minero representa entonces un mecanismo de información pública fiable para cualquiera que tenga interés en conocer la ubicación de una determinada Área Restringida. Las Áreas Restringidas son declaradas como tales en la medida que ha sido probada la existencia

en ellas de algún impedimento razonable para la actividad minera. Este impedimento razonable se halla sustentado en la existencia de áreas naturales, restos arqueológicos, zonas urbanas, entre otras zonas que ameritan una protección especial. De existir minería en las mismas se mermaría de alguna manera la esencia de las mismas. En el caso específico del Patrimonio Cultural, el no respeto a la existencia de áreas restringidas representaría entonces una grave afectación a su integridad y sus

distintas manifestaciones, en tanto esta depende de su entorno físico para existir.

Por otra parte, es posible observar que el Catastro No Minero representa, además de un medio de información catastral, una herramienta clave para la protección del Patrimonio Cultural. Esto se concluye en vista que cualquier agente minero privado tiene la posibilidad de consultarlo y así abstenerse de solicitar derechos mineros sobre un área que se encuentre restringida a dicha actividad.

Por su parte, las Áreas Protegidas Restringidas a la actividad minera son una figura que representa

“[E]s sumamente urgente que el Estado, tanto en la figura del Ministerio de Cultura como en la del legislativo, tome las acciones necesarias para precisar de manera más adecuada los supuestos en los que procede y los alcances del procedimiento establecido en el artículo 30° de la Ley de Patrimonio Cultural.”

impedimento válido a la referida actividad económica. Su declaración genera una serie de obligaciones a los administrados y a la administración pública. Como lo mencionábamos en líneas anteriores, su consulta representa un deber para cualquier administrado que tenga la intención de solicitar una concesión minera.

Por su parte, el hecho de proteger estas áreas de actividades mineras, radica en el hecho de que en ellas yacen áreas naturales, proyectos especiales, puertos y aeropuertos, zonas arqueológicas, zonas urbanas y otras áreas restringidas no categorizadas anteriormente. De existir una superposición de derechos mineros sobre las mismas, estas podrían quedar afectadas, y por ende también los derechos de las personas situadas en las mismas, el entorno en el que se desarrollan, etcétera. En consecuencia,

2 INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES Y CATASTRO MINERO. Resolución Jefatural N° 1038-2002-INACC-J. Aprueban Directiva que regula conformación del Catastro No Minero y establece criterios para tratamiento de la información sobre Áreas Protegidas y/o Restringidas a la actividad. Publicado el 19 de junio del 2002.

su naturaleza quedaría mermada. Esta situación podría producir la generación de conflictos sociales y afectar el desarrollo económico de la mano del Desarrollo Sostenible.

Ahora bien, a continuación analizaremos cuál es el efecto de que un área sea considerada como “protegida o restringida” para efectos de la protección del Patrimonio Cultural. Sobre este punto, el artículo 3° del Reglamento de Investigaciones Arqueológicas señala que los Monumentos Arqueológicos Prehispánicos conforman parte del Patrimonio Cultural de la Nación y son, en consecuencia, “intangibles”. En la referida disposición normativa se esboza una definición del concepto “intangible”:

Artículo 3°.- Todos los sitios definidos como Monumentos Arqueológicos Prehispánicos son Patrimonio Cultural de la Nación, por lo tanto son intangibles y están protegidos por el Estado. **Entiéndase como Intangible el uso exclusivo del sitio para fines de proyectos o programas de investigación, evaluación y emergencia; asimismo por proyectos de conservación de sitios arqueológicos.** Sin embargo, el Instituto Nacional de Cultura podrá determinar áreas de uso restringido, en parte o alrededor de los monumentos, a solicitud de un arqueólogo cuando cuente con la aprobación de la Comisión Nacional Técnica de Arqueología³. (Resaltado nuestro)

La intangibilidad es entonces una característica plausible de las áreas restringidas para la protección del Patrimonio Cultural. Esta característica trae como consecuencia que el uso de un espacio considerado como parte integrante del Patrimonio Cultural sea de uso exclusivo para un determinado tipo de actividades académicas y de investigación, en las cuales queda

descartada cualquier otra que no se encuentre dentro de las mencionadas en el acápite normativo citado. Dentro de las actividades descartadas en estas zonas se encuentra, innegablemente, la actividad minera. De esta manera, la razón bajo la cual se halla sustentada la existencia de la intangibilidad yace en la necesidad de proteger las formas diversas de Patrimonio Cultural.

Por otro lado, la segunda parte del referido artículo señala la posibilidad de que existan áreas de uso restringido (que sean, por lo mismo, intangibles) en zonas geográficas distintas del lugar declarado Patrimonio Cultural como tal. En ese sentido, de lo interpretado en el artículo bajo análisis, la intangibilidad es también una característica de las áreas restringidas a la actividad minera, y no se limita a proteger un espacio que efectivamente contenga manifestaciones del Patrimonio Cultural, sino se extiende a todo un espacio amplio de protección.

Un ejemplo claro de esta situación se genera con el caso de la protección de la Festividad de Qoyllorit'i en el Departamento del Cusco. En este supuesto observamos que el área del santuario ocupa no más de 50 metros cuadrados. Por su parte, el área restringida a la minería abarca un espacio total de 3,641 hectáreas, tal como señala el expediente N° ZA-000357⁴ del Catastro de áreas restringidas. El sustento de esta disposición se encuentra en la necesidad de proteger el espacio natural y paisajístico dentro del cual se realiza la festividad, la cual contiene cinco días de peregrinaje por diferentes arterias de la zona intangible.

En conclusión, un área restringida es toda área considerada como parte del Catastro no Minero, el cual sirve como un medio de información y de consulta para la limitación al otorgamiento

3 INSTITUTO NACIONAL DE CULTURA. Resolución Suprema N° 004-2000-ED. Aprueban Reglamento de Investigaciones Arqueológicas. Lima, 24 de enero del 2000.

4 INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES Y CATASTRO MINERO. Expediente N° ZA-000357 de Área Restringida a la Actividad Minera: “Santuario de Qoyllorit'i y Festividad de Qoyllorit'i”, de fecha 26 de Marzo del 2007.

Las áreas destinadas a la protección del Patrimonio Cultural en el Perú: En torno a la regulación de las excepciones a la intangibilidad en las Áreas Restringidas a la actividad minera

de derechos mineros. Las áreas restringidas se caracterizan por ser “intangibles”, es decir, de uso exclusivo para diversos fines de conservación de zonas que guarezcan manifestaciones del Patrimonio Cultural. La intangibilidad de estas áreas se halla sustentada en la necesidad de proteger la integridad de diferentes espacios que no pueden ser afectados por la actividad minera. De afectarlos, se dañaría gravemente el Patrimonio Cultural de la Nación, el cual se encuentra protegido por nuestra Constitución y representa un medio idóneo para ejercer derechos fundamentales, tales como el derecho a la identidad, el derecho de acceso a la cultura, derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

2. Excepciones de la legislación peruana a la restricción de la actividad minera en áreas destinadas a la protección del Patrimonio Cultural: sobre el artículo 30° de la Ley N° 28296

Respecto a la protección del Patrimonio Cultural en el Perú mediante el empleo de áreas restringidas, se observa que existe una excepción plasmada en el artículo 30° de la Ley del Patrimonio Cultural de la Nación - Ley N° 28296. De acuerdo a este instrumento normativo, el legislador abre una puerta al otorgamiento de concesiones mineras y establece una condición para ello. Para esto debe suceder que, paralela a la intención del administrado de utilizar un espacio para concesión, exista una posible afectación a terrenos o áreas acuáticas en las que se encuentren bienes integrantes del Patrimonio Cultural en el Perú:

Artículo 30°.- Concesiones

Las concesiones a otorgarse que afecten terrenos o áreas acuáticas en las que existan bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, deberán contar con la autorización previa del Instituto Nacional de Cultura, sin perjuicio de las competencias propias de cada uno de los sectores involucrados. Las concesiones que se otorguen sin observar lo dispuesto en el presente artículo son nulas de pleno derecho⁵.

De acuerdo a este artículo, la condición referida anteriormente consiste en una autorización previa que debe ser otorgada por, en ese entonces, el Instituto Nacional de Cultura (en adelante, “INC”), cuyas competencias fueron absorbidas por el Ministerio de Cultura⁶. De esta manera, el mencionado artículo nos da a entender que la autorización que deba ser otorgada por el Ministerio de Cultura se debe realizar de manera autónoma a las competencias propias de cada uno de los sectores involucrados. Esto significa que si existe alguna autorización adicional que la empresa deba gestionar, esta se deberá trabajar en su respectivo sector.

Finalmente, hacemos énfasis en que el referido artículo hace un apunte sumamente importante respecto a la nulidad de la concesión por pleno derecho. De acuerdo a este punto, el artículo en referencia impone la máxima sanción para el otorgamiento de una concesión con el vicio de no presentar una autorización previa otorgada por el Ministerio de Cultura. La nulidad administrativa,

5 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 28296, Ley del Patrimonio Cultural de la Nación. Lima, 21 de julio del 2004.

6 Respecto a este punto, queremos realizar una precisión: En el año 2010 fue creado el Ministerio de Cultura mediante Ley N° 29565. El Ministerio de Cultura es el organismo rector en materia de cultura y ejerce competencia, exclusiva y excluyente, respecto de otros niveles de gobierno en todo el territorio nacional. Esta entidad tomó parte de todas las obligaciones y labores realizadas en su momento por el INC. En ese sentido, actualmente, el Ministerio de Cultura es la entidad estatal que se encuentra encargada de brindar una autorización previa para el otorgamiento de una concesión.

de acuerdo a lo señalado por Morales Corrales⁷, representa una manifestación de voluntad realizada por la administración pública, en la figura de una entidad estatal, de un funcionario o autoridad, que producen efectos de derecho respecto al Estado o a particulares.

Continuando con el análisis del artículo 30°, debemos cuestionarnos sobre cuáles serían las razones de esta disposición para establecer una excepción a la regulación de áreas restringidas. Sobre el particular, creemos que la protección del Patrimonio Cultural de la Nación debe ser jurídicamente proporcional a la limitación de los derechos económicos de las personas. Tal como lo menciona Fernández Farreres⁸, el Estado tiene como una de sus obligaciones principales la actividad administrativa de fomento en la economía. Esto se condice con lo establecido por el artículo 59° de nuestra Constitución Política, el cual dispone lo que se cita en las siguientes líneas:

Artículo 59°.- Rol Económico del Estado

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria.

El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades. (Resaltado nuestro)

La actividad de fomento representa el móvil necesario para que los ciudadanos puedan generar, de manera

libre, medios que permitan el desarrollo de actividades económicas y, de esta manera, mantengan vivo al mercado. Un Estado que no tenga como parte de sus objetivos el incentivar las actividades económicas en los privados, limitará a los mismos en sus libertades. Asimismo, la libertad de empresa es un derecho otorgado constitucionalmente y representa uno de los pilares del régimen de la “Economía Social de Mercado”, dispuesto por nuestra Constitución en su artículo 58°:

Artículo 58°.- Economía Social de Mercado

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Por otro lado, cabe indicar que el Patrimonio Cultural de la Nación también debe ser protegido, en primer lugar, por el Estado peruano. Este último deberá utilizar los medios correspondientes para evitar la afectación, deterioro o destrucción de cualquier objeto, inmueble o manifestación que forme parte de este género. ¿Por qué debe el Estado proteger el Patrimonio Cultural de la Nación? La respuesta se encuentra plasmada en el valor cultural que representa este Patrimonio. El valor cultural está relacionado al disfrute colectivo de los bienes culturales bajo la tutela jurídica de los poderes del Estado⁹.

7 MORALES CORRALES, Pedro G. “Nulidad del acto jurídico administrativo”. En: Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, N° 50, 1996, pp. 257-270.
8 FERNÁNDEZ FARRERES, Germán José. “La actividad de fomento”. En: CANO CAMPOS, Tomás (coordinador). Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo. Vol. 3, Tomo 2, 2009, pp. 147-184.
9 NIGLIO, Olimpia. “Reflexiones sobre el valor del Patrimonio Cultural”. En: AGUILAR BONILLA, Mónica (ed. lit.) y Olimpia NIGLIO (ed. lit.). La conservación del patrimonio cultural en Costa Rica. Roma: ARACNE 2015, p. 24.

Las áreas destinadas a la protección del Patrimonio Cultural en el Perú: En torno a la regulación de las excepciones a la intangibilidad en las Áreas Restringidas a la actividad minera

Así, el valor cultural de los bienes culturales se halla sustentado en el artículo 21° de nuestra Constitución, el cual señala que los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación están protegidos por el Estado, tal como citamos a continuación:

Artículo 21°.- Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública.
Están protegidos por el Estado. (Resaltado nuestro)

De esta manera, podemos evidenciar que tenemos dos valores que pueden entrar en conflicto entre sí: por un lado, se encuentra la actividad administrativa de fomento en la economía y la consiguiente protección de las libertades económicas que esta implica, la cual se realiza, entre otros, mediante el otorgamiento de Concesiones; por otro lado, tenemos al deber de protección, por parte del Estado, del Patrimonio Cultural. Así, al momento de solicitar concesiones mineras sobre áreas restringidas, existe la posibilidad que se dé una afectación al Patrimonio Cultural. Por ello, se hace necesario seguir un procedimiento previo para no afectar desproporcionalmente al PC, sin dejar de lado la actividad administrativa de fomento.

Así, para que la excepción en el artículo 30° no sea discrecional y siga los parámetros del principio de legalidad (la administración sólo podrá hacer lo que la ley le permite), es necesario que esta siga un procedimiento previo con el Ministerio de Cultura. Sobre el particular, para efectos de esta investigación, se ha realizado una revisión del Texto

Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del Ministerio de Cultura. Luego de la revisión de este cuadro normativo, se debe concluir que no existe un procedimiento general aplicable a autorización de concesiones en zonas terrestres o acuáticas en las cuales se encuentren bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación. Esto significaría que, a pesar de existir la disposición normativa de establecer un procedimiento de autorización por parte del Ministerio de Cultura, no están realmente establecidas las excepciones y/o las razones para dicha labor.

Para confirmar la información mencionada, se realizó una consulta a los especialistas legales del Ministerio de Cultura mediante una solicitud de acceso a la información pública. La consulta formulada fue el solicitar una interpretación y alcances del procedimiento aplicado para hacer efectivo lo mencionado por el artículo 30° de la Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.

La respuesta a la referida consulta se detalla a continuación:

[...] a través del Decreto Supremo N° 001-2016, publicado en el diario El Peruano el 7 de junio del 2016, se precisó que las autorizaciones a las intervenciones en bienes culturales inmuebles no comprendidas en la Ley N° 2990, Ley de regulación de habilitaciones urbanas y de edificaciones, tales como conservación, consolidación, mantenimiento, rehabilitación, restitución, reconstrucción e intervenciones en espacios públicos, el Ministerio de Cultura aprueba su ejecución, dentro de un plazo no mayor a veinte (20) días hábiles, comprendiendo además a los bienes culturales muebles integrantes y/o accesorios del bien cultural inmueble, así como sus componentes¹⁰.

10 DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO CULTURAL DEL MINISTERIO DE CULTURA. Oficio N° 000499-2016/DGPC/VMPCIC/MC. Oficio del 29 de Noviembre del 2016.

Para analizar detalladamente esta respuesta, creemos pertinente citar el artículo 28-A del Reglamento de la Ley General de Patrimonio Cultural de la Nación, el cual, tal como señala en el Oficio citado, fue modificado el año 2016 por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 001-2016-MC. El mencionado artículo, señala que:

Artículo 28 - A.- Otras intervenciones en bienes culturales inmuebles

Para el caso de las intervenciones en bienes culturales inmuebles no comprendidas en la Ley N° 29090, Ley de regulación de habilitaciones urbanas y de edificaciones, tales como conservación, consolidación, mantenimiento, rehabilitación, restitución, reconstrucción e intervenciones en espacios públicos, el Ministerio de Cultura aprueba su ejecución, dentro de un plazo no mayor de veinte (20) días hábiles. Lo señalado comprende a los bienes culturales muebles integrantes y/o accesorios del bien cultural inmueble, así como sus componentes. A solicitud de parte, el Ministerio de Cultura podrá aprobar la determinación de sectores de intervención en bienes culturales inmuebles para su ejecución¹¹.

En primer lugar, haremos referencia a las formas de intervención que toma en cuenta el artículo citado. Las intervenciones referidas se relacionan a las actividades no relacionadas a la ejecución de obras de carácter urbano. Ello se desprende de la lectura del artículo 28° del Reglamento modificado por el

Decreto Supremo N° 001-2016-MC, el cual trata únicamente la autorización de ejecución de obras en bienes culturales inmuebles¹². En ese sentido, las intervenciones sobre las cuales habla el artículo 28-A, incluyen la actividad minera, tema materia de análisis en el presente artículo.

En segundo lugar, de acuerdo a lo señalado por la disposición normativa, se habilita a que el Ministerio de Cultura apruebe la ejecución de las referidas intervenciones en un plazo no mayor a veinte (20) días hábiles. Este plazo indica que sí existe una condición temporal para la ejecución del procedimiento de excepción. Finalmente, el mencionado artículo otorga la facultad al Ministerio de Cultura de aprobar la determinación de sectores de intervención en bienes culturales inmuebles para su ejecución. Este otorgamiento de facultades delimitaría en cierta medida las acciones que puede realizar el Ministerio de Cultura respecto a este procedimiento de excepción a la intangibilidad de áreas restringidas.

Sin embargo, comprobamos con la información recibida del mismo Ministerio de Cultura, así como de lo verificado en diversa normativa vigente, que no existe criterio normativo alguno para que el Ministerio de Cultura pueda establecer excepciones a la declaración de intangibilidad de un área restringida. Esto significa que la aprobación de una solicitud de excepción a la intangibilidad de un área restringida dependerá de la total discrecionalidad de la Administración, al no existir parámetros legales que delimiten su margen de actuación. Por ello, para efectos de protección del Patrimonio Cultural

11 MINISTERIO DE CULTURA. Decreto Supremo N° 001-2016-MC. Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2006-ED. Lima, 6 de junio del 2016.

12 "Artículo 28º.- Autorización de ejecución de obra en bienes culturales inmuebles

La ejecución de toda obra pública o privada de edificación nueva, remodelación, restauración, ampliación, refacción, acondicionamiento, demolición, puesta en valor o cualquier otra que involucre un bien inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación, requiere de la autorización del Ministerio de Cultura. Ésta se emite a través de la opinión favorable del delegado ad hoc designado por el Ministerio de Cultura, para la emisión de la Resolución de Licencia de Edificación o de Habilitación Urbana, cuando corresponda, en el marco de lo dispuesto por la Ley N° 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones y su Reglamento".

Las áreas destinadas a la protección del Patrimonio Cultural en el Perú: En torno a la regulación de las excepciones a la intangibilidad en las Áreas Restringidas a la actividad minera

de la Nación, esto representa una situación de suma incertidumbre e inseguridad jurídica, situación que analizaremos en el siguiente acápite de esta investigación.

3. Análisis crítico de la validez de excepciones a la restricción de la actividad minera

Como se concluyó en el punto anterior, no existe un procedimiento adecuadamente delimitado que avale la excepción prevista en el artículo 30° para la declaración de intangibilidad de áreas destinadas a la protección del Patrimonio Cultural ni, tampoco, parámetros legales para que la Administración pueda decidir al respecto. El hecho de no existir un procedimiento claro al respecto nos muestra que, a su vez, no están determinados los límites de las excepciones de un área restringida. Al no existir condiciones, requisitos y/o supuestos para la aprobación y posterior otorgamiento de la autorización mencionada en el artículo 30°, no existen parámetros diferenciados que determinen normativamente la intangibilidad de un bien restringido. ¿Bajo qué condiciones el Ministerio de Cultura podrá otorgar una autorización a concesionarios y bajo qué condiciones no podrá? Es una pregunta que queda abierta y que deberá ser respondida por los operadores legales de la Administración Pública y, mejor aún, por el legislador, mediante la adecuada atención a este artículo.

Esta situación representa un preocupante caso que no brinda seguridad jurídica, tanto en la protección del Patrimonio Cultural de la Nación, como en la actividad minera. Por el lado del Patrimonio Cultural de la Nación, hablamos de un bien protegido constitucionalmente (artículo 20°). Es imperante que una de las labores del Estado sea salvaguardar las manifestaciones que formen parte de nuestra cultura y tradición como Estado, en tanto ello permite defender y proteger, a su vez derechos fundamentales, tales como el derecho a la identidad cultural, derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros. De

no cumplir a cabalidad el Estado con este deber de salvaguarda, no solo incumplirá con obligaciones internacionales dispuestas por diferentes Tratados sobre defensa del Patrimonio Cultural, sino también afectará los derechos fundamentales de los peruanos.

Lamentablemente, esta situación de incertidumbre producida por la inadecuada regulación de las excepciones del artículo 30° de la Ley N° 28296 hace que esta disposición constituya una deficiente técnica regulatoria en tanto genera inseguridad jurídica respecto a la regulación de la intangibilidad de zonas protegidas o restringidas a la actividad minera. La discrecionalidad de otorgar excepciones en esta materia, ante la falta de parámetros normativos de decisión, podría tornarse en arbitrariedad y así afectar la protección del Patrimonio Cultural como bien constitucionalmente protegido y, a su vez, afectar derechos fundamentales vinculados a su protección.

Asimismo, dicha situación podría generar conflictos de gran envergadura en nuestro país, en tanto no están aún establecidas razones que permitirían otorgar una autorización de esa naturaleza. Es necesario que se establezcan criterios normativos de rango legal que permitan definir cuáles serían las excepciones a la intangibilidad de áreas restringidas a la minería, a fin de prevenir posibles afectaciones, destrucción o daños irreversibles a nuestro Patrimonio Cultural.

Por otra parte, desde la perspectiva del otorgamiento de concesiones mineras, observamos que esta figura se verá condicionada, finalmente, a la existencia o no de un área restringida dedicada a la protección de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación. En caso de que un área tenga la posibilidad de ser objeto de excepción, el posible concesionario que se encuentre realizando el proceso de otorgamiento no tendrá la oportunidad de realizar un procedimiento adecuado y definido de excepción, establecido en el artículo 30° de la Ley de Patrimonio Cultural de la Nación.

Esta incertidumbre, de no ser resuelta pronto, puede generar conflictos al momento en que una empresa esté gestionando el otorgamiento de una concesión en una zona restringida, pues se vería sujeta al amplio margen de decisión de la Administración, sin ningún criterio de previsibilidad. De esta manera, la actividad de fomento en la minería se tornaría deficiente, en tanto las condiciones para que el administrado pueda acceder al mercado minero no estarían debidamente reguladas.

Para efectos de entender mejor la problemática, pondremos un ejemplo. Tenemos el supuesto de un concesionario que, al no poder iniciar un procedimiento de concesión, accede a una en una parte o en la totalidad de una zona restringida. Tal como lo hemos observado en líneas anteriores, las zonas restringidas en mención se ven amparadas por la disposición sancionadora del artículo 30° de la Ley N° 28296, que es “la nulidad absoluta de la concesión”. Es decir que, si un administrado obtiene una concesión en una zona protegida para la defensa del Patrimonio Cultural sin una autorización, esta devendrá en nula de pleno derecho.

Para aclarar mejor este punto, supongamos que un concesionario accede, en una parte o en su totalidad, a una concesión minera dentro de una zona restringida, mediante una autorización del Ministerio de Cultura que no contiene criterios determinados por ley para su otorgamiento, es decir, que depende de la discrecionalidad de la Administración. Al no tener las autorizaciones de excepción otorgadas por el Ministerio de Cultura un sustento normativo de rango legal, estas podrán ser fácilmente cuestionadas. En consecuencia, la concesión corre el peligro de caer en el supuesto del artículo 30° de nulidad absoluta.

En el supuesto que el concesionario recayera en esta forzosa situación, habrá perdido importante inversión de tiempo y dinero al solicitar una concesión que presenta un riesgo alto de resultar nula, por razones que pueden atender a la constitucionalidad y

legalidad de la misma. La falta de establecimiento de criterios por la vía legal, deja puerta abierta a una discrecionalidad -casi arbitrariedad- poco plausible de ser controlada, e, inclusive, aunque suene un tanto fatalista, a la posible corrupción de funcionarios públicos, que pueden llegar a otorgar autorizaciones a la intervención de áreas restringidas sin un sustento razonable.

De esta manera, se torna necesario, en primer lugar, que el legislador precise los alcances del artículo 30° de la Ley de Patrimonio Cultural y delimite el supuesto de excepción ahí planteado. Esto, en la medida que está en juego la defensa de un bien constitucionalmente protegido: el Patrimonio Cultural de la Nación. En segundo lugar, es imperativo que nuestra administración pública, en la figura del Ministerio de Cultura, tome medidas para precisar de manera más clara los alcances del procedimiento establecido en el artículo 30° antes referido, y, en defecto de una regulación legal, precise sus alcances y contornos vía reglamento. Esta situación otorgará mayores garantías, tanto a una adecuada protección del Patrimonio Cultural de la Nación, como a los administrados que buscan obtener concesiones mineras en el territorio peruano.

Conclusiones

A manera de conclusión, resaltamos que un área protegida o restringida a la actividad minera es toda área considerada como parte del Catastro no Minero. Estas áreas tienen como característica principal la intangibilidad, es decir, su uso es exclusivo para los diversos fines de conservación. Una de estas finalidades está relacionada a la protección de zonas dedicadas a la salvaguarda del Patrimonio Cultural de la Nación.

Como lo mencionamos, las áreas restringidas son empleadas, entre otros fines, para la protección del Patrimonio Cultural en el Perú, por lo que tienen la característica principal de ser “intangibles”, es

Las áreas destinadas a la protección del Patrimonio Cultural en el Perú: En torno a la regulación de las excepciones a la intangibilidad en las Áreas Restringidas a la actividad minera

decir, que no pueden ser utilizadas para otro fin que no sea su conservación. Sobre la intangibilidad, observamos que existe una excepción a la misma plasmada en el artículo 30° de la Ley General de Patrimonio Cultural – Ley N° 28296. De acuerdo a esta disposición normativa, se habilita la posibilidad de otorgar concesiones, a pesar de la existencia de una afectación a terrenos o áreas acuáticas en las que se encuentren bienes integrantes del Patrimonio Cultural en el Perú.

No existe un procedimiento que delimite adecuadamente el otorgamiento de la excepción prevista en el artículo 30°. Esto sucede en la medida que, a pesar de que se faculta a la entidad para ello (Ministerio de Cultura) y se otorga un plazo (veinte días hábiles), no se encuentran dispuestos los parámetros sobre los cuales la administración decidirá el otorgamiento de esta excepción. Esto significa que, en caso de solicitud de parte, el Ministerio de Cultura podrá decidir si otorga o no la excepción en base a criterios discrecionales muy amplios, exentos de control. En consecuencia, el hecho de no existir un procedimiento que incluya condiciones y supuestos regulados legalmente para su otorgamiento, nos muestra que, a su vez, no está determinado el límite de restricción existente en un área restringida: en cualquier momento podría verse mermada una zona declarada como intangible, y ello sin una justificación razonable y válida definida por la ley.

Seguidamente, cabe responder a la siguiente pregunta ¿es adecuada la regulación sobre las excepciones a la intangibilidad de territorios restringidos para la protección del Patrimonio Cultural? Luego de un análisis crítico hemos concluido que la falta de regulación en torno a los supuestos en los que es viable esta excepción, así como la deficiente regulación procedimental,

sí representa un grave riesgo de afectación al Patrimonio Cultural, lo cual torna la regulación deficiente y algo precaria, teniendo en cuenta que hablamos de un bien constitucionalmente protegido y vinculado a la defensa de derechos fundamentales. Ello se justifica en el hecho que, al no presentar condiciones reguladas por ley, se deja puerta a la discrecionalidad con pocos parámetros de control, arbitrariedad e, inclusive, corrupción.

Esta situación representa un preocupante caso de laguna normativa que deviene en inseguridad jurídica y que, además, puede generar conflictos sociales internos al momento de que un administrado esté gestionando el otorgamiento de una concesión en una zona restringida. De esta manera, se afecta también la actividad de fomento de la mano del Desarrollo Sostenible, tornándola poco eficiente, pues no otorga un espacio debidamente regulado para acceder al mercado.

Ante esta situación, es sumamente urgente que el Estado, tanto en la figura del Ministerio de Cultura como en la del legislativo, tome las acciones necesarias para precisar de manera más adecuada los supuestos en los que procede y los alcances del procedimiento establecido en el artículo 30° de la Ley de Patrimonio Cultural. Estas acciones permitirán otorgar mayores garantías, tanto a los futuros concesionarios de nuestra minería, como para hacer viable la necesaria labor de protección de nuestro Patrimonio Cultural.

Bibliografía

ARLEM

2012, *Bericht über der Erhaltung und Förderung des Kulturerbes im Mittelmeerraum*. Berlin: ARLEM. Bari, 30 de enero del 2012.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS

1948, *Resolución N° 217 A (III)*. Declaración Universal de Derechos Humanos. París, 10 de Diciembre de 1948.

BARCELONA LLOP, Javier

2000, "El Dominio Público Arqueológico". En: *Revista de administración pública*, N° 151, 2000, pp. 133-166.

CAMPS MIRABET, Núria

2000, *La Protección Internacional del Patrimonio Cultural*. Tesis presentada para aspirar al título de Doctor/a en Derecho. Lleida: Universitat de Lleida, Departament de Dret Públic. 05 de mayo de 2000.

CONSEJO REGIONAL DE CUSCO

2015, *Acuerdo de Consejo Regional N° 006-2016-CR/GRC.CUSCO*. Cusco: 04 de febrero de 2015.

DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO CULTURAL
- MINISTERIO DE CULTURA

2016, *Oficio N° 000499-2016/DGPC/VMPCIC/MC*. Oficio del 29 de noviembre de 2016.

FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza y Cesar IPENZA PERALTA

2015, *Derecho Minero y el Medio Ambiente. Doctrina, procedimientos y legislación actualizada*. Lima: Grijley, 2015.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán José

2009, "La actividad de fomento". En: CANO CAMPOS, Tomás (coordinador). *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*. Vol. 3, Tomo 2. pp. 147-184.

MORALES CORRALES, Pedro G.

1996, "Nulidad del acto jurídico administrativo". En: *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, N° 50, pp. 257-270.

NIGLIO, Olimpia

2015, "Reflexiones sobre el valor del Patrimonio Cultural". En: AGUILAR BONILLA, Mónica (ed. lit.) y Olimpia NIGLIO (ed. lit.). *La conservación del patrimonio cultural en Costa Rica*. Roma: ARACNE, 2015.

NOVAK, Fabián y SALMÓN, Elizabeth

2000, *Las Obligaciones Internacionales del Perú en Materia de Derechos Humanos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

PACHECO NIGHTINGALE, Cecilia

El disfrute del Patrimonio Cultural como un derecho humano. <<http://www.qhapaqnan.gob.pe/wordpress/wp-content/uploads/2013/04/133042743-EI-Patrimonio-Cultural-Como-Derecho-Humano.pdf>>. Consulta: 02 de marzo de 2015.

PÉREZ GALÁN, Beatriz

2011, "Los usos de la cultura en el discurso legislativo sobre patrimonio cultural inmaterial". En: *Revista de Antropología Experimental*. N° 11, 2011, pp. 11-30.

PI LLORENS, Monserrat

1999, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*. Barcelona: Editorial Ariel.

PIZZORUSSO, A.

1984, *Lecciones de Derecho constitucional*, traducción de J. Jiménez Campo. Madrid: CEC, 1984, vol. I. 