



Grupo de Trabajo sobre Concesiones Mineras y Ordenamiento Territorial



PROPUESTAS DE POLÍTICAS Y REFORMAS NORMATIVAS PARA EL OTORGAMIENTO DE CONCESIONES MINERAS EN EL PERÚ

ENERO 2015

PROPUESTAS DE POLÍTICAS Y REFORMAS NORMATIVAS PARA EL OTORGAMIENTO DE CONCESIONES MINERAS EN EL PERÚ

© RED MUQUI

Secretario Ejecutivo: Javier Jahncke

Av. República de Chile 641 – Jesús María, Lima 11

Telefono: 332 6525

www.muqui.org

Forman parte del Grupo de Trabajo sobre Concesiones Mineras y Ordenamiento Territorial de la Red Muqui:

Grupo Propuesta Ciudadana

Centro Andino de Educación y Promoción - José María Arguedas (CADEP) - Cusco

Cooperación , Acción Solidaria para el Desarrollo

Fundación Ecuménica para el Desarrollo y la Paz (FEDEPAZ)

Pastoral Social del Vicariato Apostólico San Francisco Javier - Jaén

Asociación Arariwa - Cusco

Huñuq Mayu-Apurímac



Las instituciones que conforman la Red Muqui son:

Asociación Arariwa - Cusco

Asociación Marianista de Acción Social - Trujillo

Asociación Para la Investigación y Desarrollo Sostenible Suma Marka - Puno

Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH)

Asociación Proyecto Amigo de Huamachuco

Centro Andino de Educación y Promoción - José María Arguedas (CADEP) -

Cusco

CEDAP-Ayacucho

Centro Pastoral de Diócesis de Chulucanas

Centro Peruano de Estudios Sociales (CEPES)

Comisión Episcopal de Acción Social (CEAS) – Invitado permanente

Cooperación , Acción Solidaria para el Desarrollo

Coordinadora Nacional de Derechos Humanos – Invitado permanente

Derechos Humanos Sin Fronteras (DHSF) - Cusco

Fe y Derechos Humanos - Puno

Fundación Ecuménica para el Desarrollo y la Paz (FEDEPAZ)

Grupo de Formación e Intervención para el Desarrollo Sostenible (GRUFIDES)

Grupo para la Promoción del Desarrollo de los Andes – GRUPO ANDES

Grupo Propuesta Ciudadana – Invitado permanente

Huñuq Mayu-Apurímac

Instituto Natura – Chimbote

Instituto de Estudios de las Culturas Andinas (IDECA) - Puno

Centro de Cultura Popular Labor - Pasco.

Derechos Humanos y Medio Ambiente - Puno

Pastoral de la Dignidad Humana (Pasdih) - Arzobispado de Huancayo

Pastoral Social del Vicariato Apostólico San Francisco Javier - Jaén

Programa Democracia y Transformación Global (PDTG)

Red Uniendo Manos contra la Pobreza

Red Regional Agua, Desarrollo y Democracia de Piura – Invitado permanente

Vicaría de la Pastoral Minera de Pasco - Suma Marka - Puno

Contenido

1. INTRODUCCIÓN.	3
2. LAS CONCESIONES MINERAS EN EL PERÚ: ESTADO DE SITUACION	7
2.1 El contexto económico y dinámica de las concesiones	7
2.2 Análisis del crecimiento acelerado de las concesiones	13
2.3 El funcionamiento del sistema de concesiones mineras en el Perú: procedimientos y regulaciones	16
3. LAS CONCESIONES MINERAS EN EL PERÚ: DETALLES DE LA REALIDAD.	21
3.1 Concesión Minera	21
3.1.1. Procedimiento para la obtención de una concesión minera	23
3.1.2. Restricciones al otorgamiento de concesiones mineras	27
3.1.3. Supuestos de pérdida de la concesión	30
3.2 Títulos habilitantes adicionales a la concesión para el desarrollo de actividades mineras	30
3.2.1. Terreno superficial	31
3.2.2. Certificación Ambiental	38
3.2.3. Participación Ciudadana	41
3.2.4. Consulta Previa	45
3.2.5. Restos arqueológicos	48
3.2.6. Pequeña minería y minería artesanal	49
4. PROPUESTAS DE POLITICA SOBRE CONCESIONES MINERAS.	53
5. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	59

Introducción

La RED MUQUI conformada el año 2003, con 12 años de vigencia en el Perú, está integrada por 30 instituciones a nivel nacional y tiene como finalidad la defensa y promoción de los derechos de las comunidades y poblaciones que habitan en zonas mineras. Para ello la RED MUQUI promueve reformas institucionales, en las políticas públicas en materia minera y socioambiental, en los marcos normativos, y en la defensa de los derechos de las poblaciones impactadas por las actividades mineras. Asimismo busca incidir en la opinión pública, en las empresas mineras y en el Estado para el pleno respeto de los derechos humanos y el cumplimiento de las normas y estándares sociales y ambientales.

Durante el año 2013 la Red Muqui promovió la realización de talleres de debate en Lima y diversas regiones del país, cuyos insumos permitieron la elaboración del documento “Propuestas de políticas públicas para una nueva minería en el Perú”, que incorpora el tema “La Minería y su impacto en los Recursos Naturales y en el Territorio”, donde se aborda ampliamente la problemática de las concesiones y se brindan propuestas de políticas públicas para “una nueva minería”.

En ese sentido el nuevo Proyecto Institucional de la Red Muqui ha priorizado desarrollar, entre sus propuestas de políticas públicas, las orientadas a reformar el régimen de concesiones mineras en el Perú, coordinando para ello la elaboración de un informe, el que se ha llevado a cabo de manera coordinada con el Grupo Temático de Concesiones Mineras y Ordenamiento Territorial de la Red, y con el aporte del Grupo Propuesta Ciudadana, miembro de la Red Muqui, que preparó un informe de consultoría a solicitud de la Red, sobre “Análisis del sistema de concesiones mineras en el Perú: evaluación y propuestas”, que ha sido un insumo para el presente documento.

El documento final comprende los siguientes puntos:

- Un estado de la problemática de las concesiones mineras que comprende: una descripción de la situación de las concesiones mineras y de los problemas que está generando; una descripción y evaluación de la normatividad sobre concesiones y de las limitaciones que contiene la regulación actual.
- Una evaluación comparativa de las políticas vigentes en el Perú y en otros países de la región sobre el tema de concesiones; una descripción y evaluación de la agenda pública y de los planteamientos que hay en los diversos actores sociales, políticos e institucionales.
- Planteamientos de propuestas de política para reformar y/o actualizar el actual régimen de concesiones mineras en el Perú e identificar los principales temas de una agenda para el cambio actual de régimen de concesiones.

La metodología para la elaboración del estudio ha considerado: revisión de los documentos existentes sobre el tema en la Red Muqui y sus aliados, reuniones con expertos y los integrantes del Grupo Temático de Concesiones Mineras y Ordenamiento Territorial de la Red. La secuencia seguida en el proceso de elaboración del estudio ha considerado tres actividades: a) aprobación del plan operativo y metodología de trabajo, instrumentos e informe parcial conteniendo el Estado de arte sobre las concesiones mineras, b) Presentación del documento preliminar conteniendo la propuesta de políticas, normativas y estrategias y, c) Seminario taller con especialistas para la validación del informe preliminar.

El estudio está organizado en tres partes. En la primera se presenta información y análisis sobre las concesiones mineras desde una mirada económica, institucional y el avance territorial de las mismas. La segunda parte está destinada a la descripción y análisis del marco normativo de las concesiones mineras. Finalmente, en la tercera parte se presentan las propuestas de política en medidas de corto/ mediano plazo y las de largo plazo.

Agradecemos a los miembros del Grupo de Concesiones Mineras y Ordenamiento Territorial de la Red Muqui por sus aportes al documento: CADEP – Cusco, COOPERACIÓN, FEDEPAZ, HUÑUC MAYU – Apurímac, VICARIATO APOSTÓLICO DE JAÉN, Asociación ARARIWA – Cusco y Grupo PROPUESTA CIUDADANA, y al equipo técnico de la Red Muqui Nacional por la sistematización de los mismos y la revisión final del texto.

2. LAS CONCESIONES MINERAS EN EL PERÚ: ESTADO DE SITUACION

2.1 El contexto económico y dinámica de las concesiones

La expansión minera e hidrocarburífera no ha tenido precedentes de su actual magnitud en la historia previa de la economía peruana. El alza en los precios de las materias primas, asociada al crecimiento de las economías asiáticas, en especial China e India, llevó a un fuerte ciclo de crecimiento en América Latina, donde hay abundancia de recursos naturales y nuestras economías tienen en la exportación de materia prima una base económica significativa.

En el caso peruano, el otro factor que alienta este significativo crecimiento de las actividades extractivas, principalmente de la minería, es el soporte político jurídico del que goza, promovido desde las leyes pro-mineras del fujimorismo de inicios de los años 90 y continuado por los distintos gobiernos posteriores que mantuvieron las políticas favorables al sector (una tributación baja y convenios de estabilidad tributaria y jurídica), reforzados con los capítulos de inversiones en los Tratados de Libre Comercio con Estados Unidos, China y la Unión Europea.

Las actividades del sector extractivo, principalmente de la minería e hidrocarburos, aportaron en la última década – en promedio– el 7% del PIB¹, llegando a representar cerca del 70% de las exportaciones totales, alcanzando el 25.6% del stock total de inversión extranjera directa entre 1980 y el 2010. La minería en particular, mostró entre el 2006 y el 2011 un crecimiento excepcional en un país que es el primer productor mundial de plata, el segundo de cobre, el tercero de estaño y el cuarto de plomo, siendo el quinto captador de inversión en exploración minera². Las inversio-

1. Este porcentaje se ha duplicado con la nueva estimación del PBI realizado por el INEI utilizando la Tabla Insumo Producto con base en 2007.

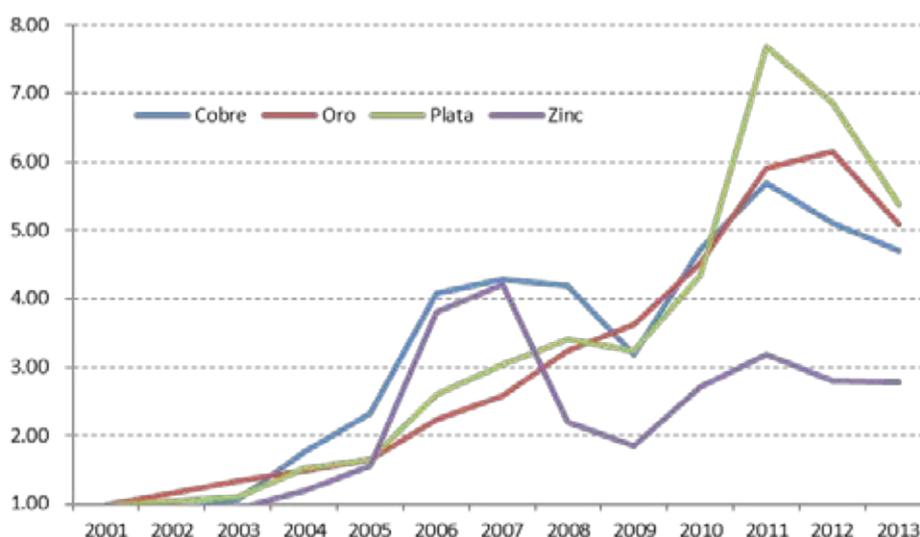
2. Cooperación; "Implementación en el Perú de la Iniciativa para la Transparencia en las Industrias Extractivas (EITI). Balance y Perspectivas, Lima, 2012. Documento de Trabajo.

nes en minería superaron los 11,000 millones de dólares entre el 2007 y el 2011. Por otra parte, sólo el año 2012, las inversiones mineras fueron US\$ 8,500 millones y en 2013 fue de US\$ 9,700 millones.

Entre el 2001 y el 2008, los volúmenes de producción del cobre, hierro, plomo, zinc y plata mostraron un crecimiento significativo, que se vio severamente afectado por la crisis internacional, al extremo que el valor de la producción minera cayó en cerca del 15% entre el 2007 y el 2009, para recuperarse posteriormente el 2011 donde alcanzó 22% más que el año anterior, como consecuencia del rebote de los precios internacionales³. Más recientemente, entre fines de 2012 y 2013 en el contexto de la agudización de la crisis internacional, la disminución de los precios, nuevamente afecta la rentabilidad de las empresas y por tanto los ingresos fiscales del país y los ingresos de las regiones. Todo ello, pone en el debate público las fallas del modelo económico basado en la extracción de materias primas. Ver gráfico 1.

Grafico 1

Índice de precios de principales minerales



Aunque el sector minero representa un porcentaje pequeño del PBI (7% según estimación anterior y 13% según cálculo actualizado del INEI) y apenas genera el 1% del empleo, su aporte tributario y a la generación de divisas es más significativo. El aporte tributario siendo importante es muy volátil, pues el año 2007 los tributos internos generados por el sector minero representaban el 25% del total, para luego disminuir al 15% en 2012 y finalmente a sólo 9% en 2013 (ver gráfico 2). El impuesto a la renta es el tributo más importante en términos de ingresos, entre el 2007-2012, alcanzó el 37% del impuesto a la renta total y fue una fuente especialmente significativa para transferir recursos a los gobiernos subnacionales por la vía del canon en el marco de la descentralización.

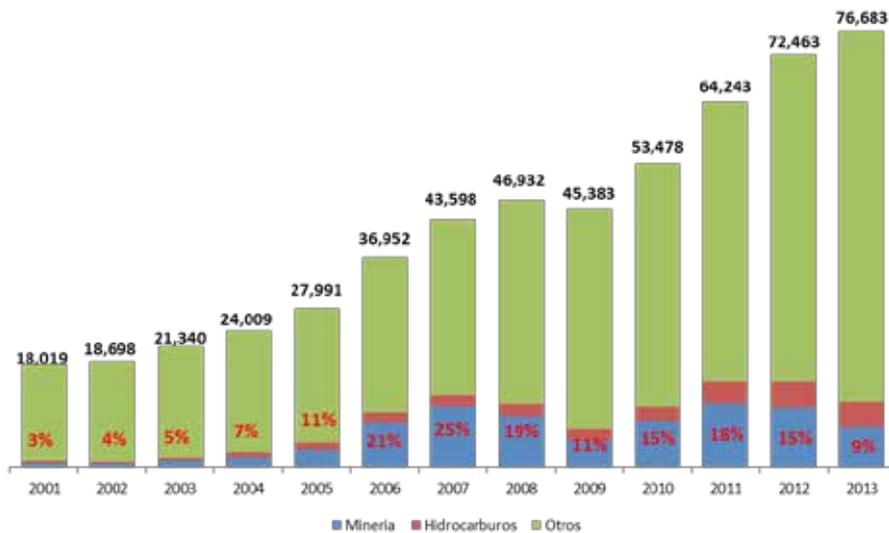
En varios gobiernos regionales y en numerosas municipalidades los recursos del canon financian una parte significativa del presupuesto de inversiones; en regiones como Cusco, Ancash, Moquegua, Tarma y Cajamarca la importancia del canon para financiar las inversiones descentralizadas es grande (ver gráfico 3). En general las municipalidades son más dependientes de los recursos del canon. En cuanto a las exportaciones, el sector minero representa actualmente alrededor del 60% del valor total de las exportaciones, con lo cual se convierte en el principal proveedor de divisas para la economía.

3. Reporte Nacional 17, Vigilancia de las Industrias Extractivas. Pg. 13. Grupo Propuesta Ciudadana, junio 2013.

Las políticas neoliberales mantenidas sin variaciones sustanciales desde los años 90 permitieron, en consecuencia, un crecimiento sostenido de la minería en el Perú, basada en la atracción de grandes capitales transnacionales y el impulso de grandes proyectos mineros. El crecimiento de los conflictos socioambientales ha sido parte de este proceso que crecientemente adquiere un carácter más agresivo porque se pretende implantar proyectos mineros incluso en territorios en los cuales la población ha expresado un abierto rechazo. Actualmente el gobierno de Ollanta Humala, maneja una cartera de inversiones ascendente a US\$ 57,000 millones de dólares, para los próximos cinco años.

Grafico 2

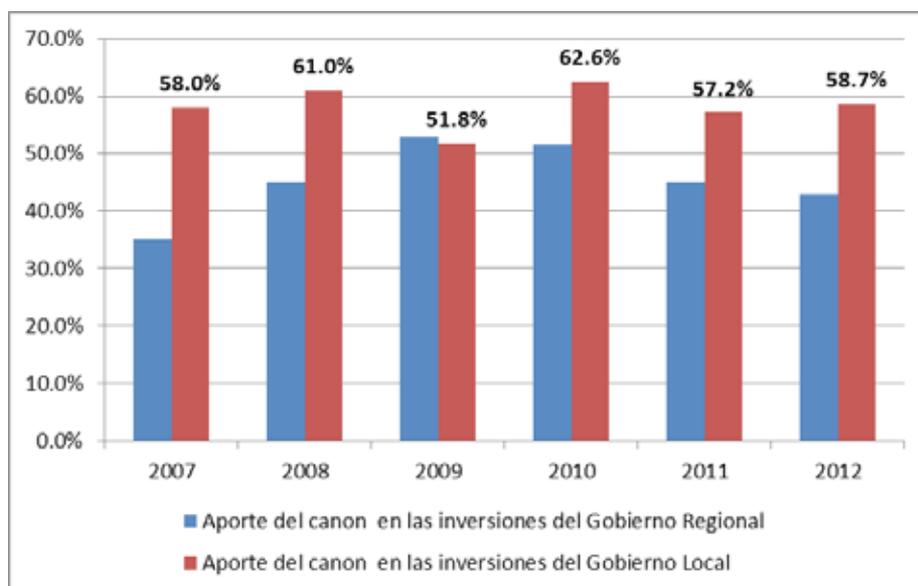
Aporte del sector minero a los tributos internos 2001-2013



Fuente: MEF-BCR; elaboración: propia

Grafico 3

Aporte del canon al presupuesto de inversiones en gobiernos regionales y locales



Fuente: MEF-BCR; elaboración: propia

Con el grado de dependencia de nuestra economía de los recursos mineros, a partir del 2006 se inició un amplio debate sobre las ganancias extraordinarias que se produjeron por el fuerte aumento en los precios de los minerales, lo que planteó la posibilidad de aplicar un impuesto extraordinario. Sin embargo, el gobierno de García, negoció con las empresas el llamado Aporte Voluntario Minero o Programa Minero de Solidaridad con el Pueblo, que consistió en un aporte para el quinquenio 2007-2011 de 2,500 millones de soles, de los que se desembolsaron efectivamente 2,258 millones, de los cuales el 1% fue entregado para las reparaciones de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación⁴. Tales recursos se añadieron a los provenientes del canon y las regalías y, como es obvio, estas transferencias evolucionaron en relación directa con el precio internacional de los minerales, concentrándose fuertemente en 6 departamentos que reúnen cerca del 72% del total de los recursos.

Con la llegada de Ollanta Humala al gobierno, se retomó la propuesta de aplicar un impuesto a las sobreganancias ya que los ingresos generados por el Aporte Voluntario fueron muy reducidos comparados con la magnitud de las utilidades de las empresas. Así, en setiembre de 2011 se aprueban tres leyes: una para la creación del Impuesto especial a la minería (aplicada a las empresas sin contratos de estabilidad), otra para el Gravamen especial a la minería (para empresas con contratos de estabilidad), y finalmente una para modificar la base de cálculo de las regalías mineras. Para el año 2012, el impuesto especial y el gravamen minero generaron ingresos por S/. 1,300 millones de soles, cifra que si bien triplica el monto anual del Aporte Voluntario, tiene efectos negativos sobre los ingresos de canon minero para las regiones porque en la negociación se aceptó considerar dichos pagos como gastos para el cálculo de la renta imponible.

Las concesiones mineras han crecido de manera acelerada en los últimos 10 años, pasando de 7.4 millones de hectáreas en 2002 a 27.7 millones en 2013 (ver gráfico 4). Territorialmente, las concesiones se concentran fuertemente en la sierra donde encontramos regiones con la mayoría de su territorio concesionado: Moquegua (73.3%), Tacna (56.8%), Apurímac (56.5%), Arequipa (49.4%) y Cajamarca (48.5%)⁵. Como resulta obvio en un contexto de altos precios de los minerales, este proceso representa, entre otras cosas, una importante oportunidad para la minería informal y para las mafias que se han generado alrededor de ella⁶.

Aunque la tendencia en el número de concesiones otorgadas y la superficie correspondiente es creciente, son los años 2011 y 2012 los que registran el mayor crecimiento, tal como se ve en los gráficos 4 y 5 adjuntos. El año 2011 se entregaron 4,016 concesiones mineras con un total de 2.7 millones de hectáreas, mientras que el 2012 se dieron 4,500 concesiones con un total de 2.6 millones de hectáreas. Sin embargo, el crecimiento de las concesiones no es lineal, las coyunturas de crisis con caídas de precios producen el abandono de concesiones por parte de los titulares; por ejemplo, se da cuenta que de enero a noviembre de 2013 producto de la caída de los precios habrían sido abandonadas 3,700 concesiones, y esta cifra podría llegar a 5,000 concesiones para todo el año, producto de la crisis que sufren las empresas junior dedicadas a la exploración minera⁷, las cuales son luego puestas nuevamente en oferta por INGEMMET.

4. Grupo Propuesta Ciudadana: Cartilla Informativa: Lo que debemos saber acerca del canon y la regalía minera, Lima, 2011.

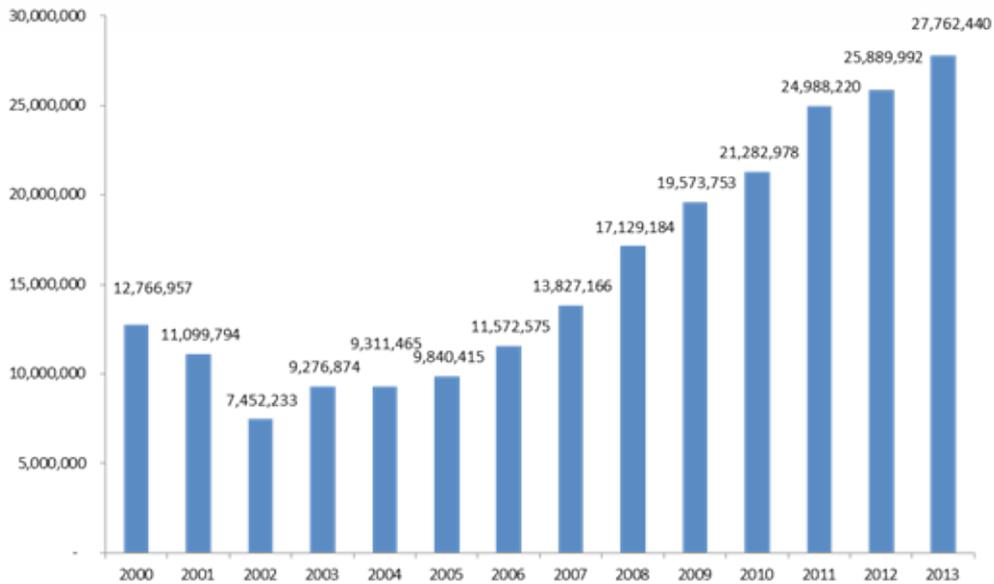
5. INGEMMET, Lima, 2012.

6. Sobre el particular ver Cuadros, Julia: *Políticas para la pequeña minería, minería artesanal e ilegal*, en http://www.cooperaccion.org.pe/Descargas-Eventos/13-099PPM_PMA_Dialogos_Muqui_JCuadros. De la misma autora ver también, *La minería informal en el Perú*, Cooperacción, Lima, 2012.

7. Navarro, Moisés (2014); "Cuando pase el temblor". En Revista PODER, de enero 2014, pg. 62.

Grafico 4

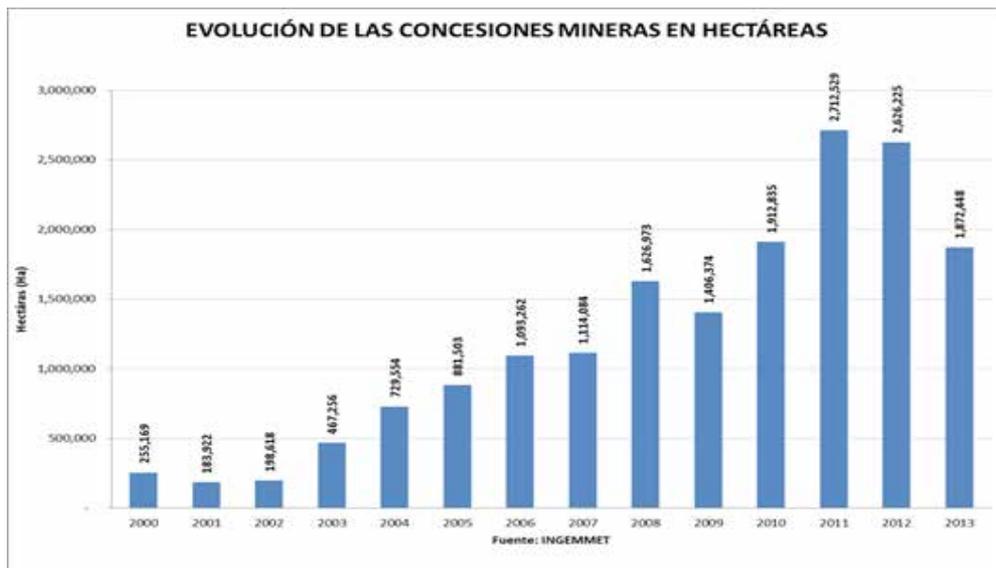
Evolución del total de concesiones mineras en el Perú (En hectáreas)



Fuente: INGEMMET; elaboración: GPC

Grafico 5

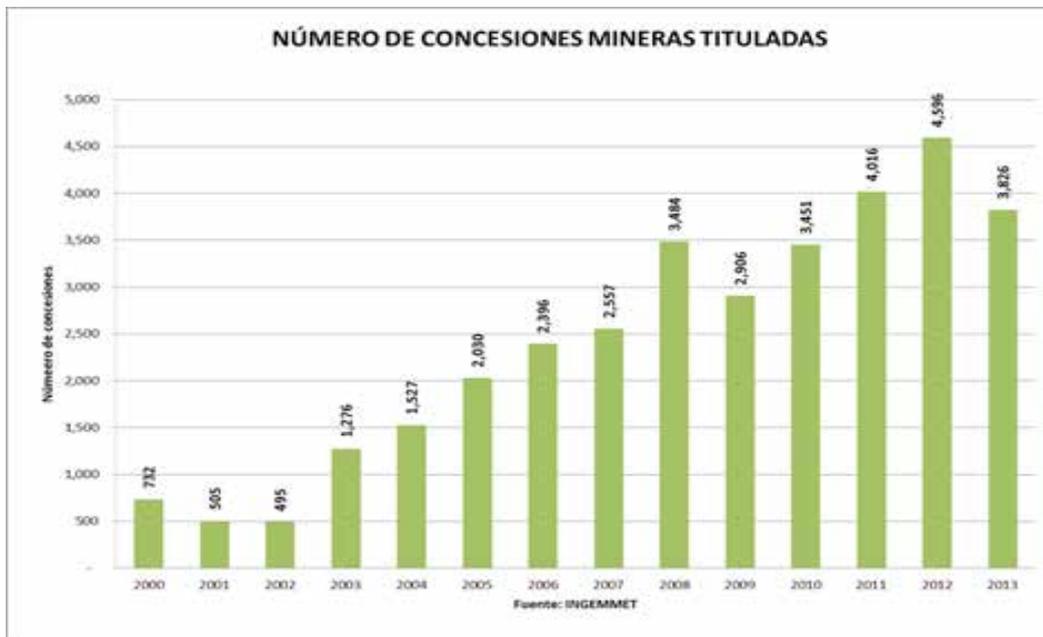
Evolución de las concesiones mineras tituladas anualmente en el Perú



Fuente: INGEMMET; elaboración: GPC

Grafico 6

Numero de concesiones mineras tituladas entregadas anualmente



Fuente: INGEMMET; elaboración: GPC

El crecimiento acelerado de las actividades extractivas también se convirtieron en los últimos tiempos en el centro de la conflictividad social. Constituidas en locomotoras de la economía nacional, el gobierno puso de manifiesto su voluntad de imponerle al país la necesidad de priorizar las concesiones e incluso la venta de tierras de comunidades campesinas y pueblos amazónicos donde se encontraban los recursos naturales. Entre el 2006 y el 2011 se aceptaron 48,904 petitorios mineros en gran parte de las regiones del país y se concesionaron 261,564 hectáreas de lotes petroleros para la ejecución de proyectos de exploración efectiva.

A pesar de que las grandes cifras y el discurso tanto oficial como de las empresas mostraban que los proyectos mineros y petroleros eran "exitosos" para el país, la resistencia a la presencia de estas inversiones fue creciendo y generando conflictos mayores que evidenciaron las grandes arbitrariedades del Estado y las empresas extractivas en los procesos de concesiones, operación y ampliación de éstas. Como recogen De Echave y Diez, los conflictos no sólo han aumentado en número sino también en intensidad. Los cuestionamientos a las reglas de juego muestran que el marco legal no parece más el apropiado para procesos de desarrollo que, al mismo tiempo que generar renta y recursos al Estado, permitan el desarrollo sostenido de las áreas locales y regionales. Una mirada y un diagnóstico limitado de los conflictos, que se reduce exclusivamente a cuestiones de oposición política, es claramente insuficiente⁸.

Tal como lo registra una publicación reciente⁹, la acelerada expansión de la minería en nuestro país, más allá del impulso a los megaproyectos mineros y la liberalización comercial, ha supuesto la redefinición de los territorios¹⁰, la frecuente introducción de tecnologías con impacto ambiental a importante escala, la multiplicación de prácticas financieras al margen de la capacidad fiscalizadora del

8 De Echave, José y Alex Diez: Más allá de Conga. RedGE, Cooperación. Lima 2013; pp 131.

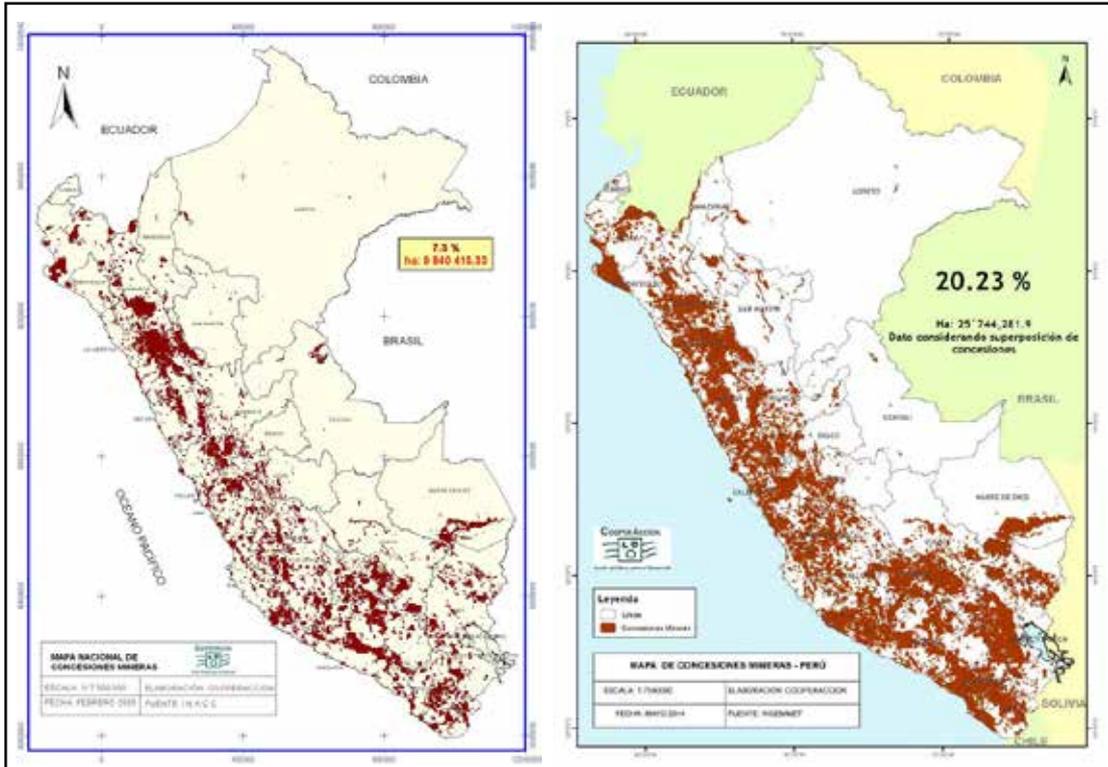
9 Rodríguez-Carmona, Antonio; Castro, Miguel y Pablo Sánchez: Imaginarios a cielo abierto. Una mirada alternativa a los conflictos mineros. ACSUR LAS SEGOVIAS, Madrid, 2013.

10 Porto-Goncalves, Carlos Walter: Territorialidades y luchas por el territorio en América Latina, Unión Geográfica Internacional-

Estado, el desbalance de poder en los territorios de su intervención, la significativa presencia de sus intereses en la institucionalidad pública y en los medios de comunicación, el aliento al paralelismo en las organizaciones sociales que los interpelaban y hasta el intento de cooptación de líderes sociales y autoridades subnacionales.

Mapa 1

Avance de las concesiones en el territorio: comparación de mapas 2005 y 2014



2.2 Análisis del crecimiento acelerado de las concesiones¹¹

i. Geografía y geología

Evidentemente, una razón por la que en el Perú hay una importante presencia de la minería, es la presencia histórica de procesos geomorfológicos que han modelado el relieve, esto ha sucedido por millones de años en la orogénesis que modeló Los Andes. La formación del relieve ha sido acompañada por procesos geológicos los cuales han originado los diversos yacimientos de minerales a través de todas las elevaciones de los Andes, de sus valles fluviales, en los depósitos sedimentarios de las desembocaduras de los ríos y en las terrazas aluviales a lo largo del territorio peruano.

Otra razón es que, junto a esos depósitos existen lagunas y cursos de agua que permiten los flujos necesarios para muchas técnicas de explotación minera, además de que la verticalidad de los Andes genera caídas de agua que permiten la generación de hidroenergía a precios bajos. El hecho de que tales depósitos estén ubicados en zonas que pueden ser distantes de la costa, pero que pueden transportarse sin costos demasiado elevados, contribuye en esta perspectiva.

¹¹ Esta parte del texto ha sido tomado del documento "Concesiones mineras: una evaluación global" elaborado por Pedro Francke, para Grupo Propuesta Ciudadana (2013).

Es claro, sin embargo, que siendo estas condiciones necesarias, no explican la expansión reciente de las concesiones mineras, dado que ellas mismas estaban presentes 10 o 20 años atrás y no ha habido cambios significativos en las tecnologías de manejo del agua, generación hidroeléctrica y transportes como para modificar esa geografía en su sentido socioeconómico.

Los mismos procesos geológicos y geomorfológicos, han generado la existencia de la Amazonia y dentro de ella la selva baja, en donde conjuntamente con los procesos mencionados y la ayuda de elementos biológicos se han formado yacimientos de hidrocarburos, la importancia a la explotación minera es menor.

ii. Economía: precios de metales y rentabilidad de proyectos mineros.

El alza de los precios internacionales de los metales, en especial el oro y el cobre, aparece como la principal variable explicativa del incremento en el área concesionada. Es claro que el aumento del precio del oro -multiplicándose por más de 4 la onza troy en algunos momentos (de US\$ 300 a US\$ 1,800)- y del cobre (de US\$ 1,00 a US\$ 3,80 la libra), han tenido un enorme impacto en la rentabilidad de los proyectos mineros (ver gráficos 7 y 8). Como se puede constatar de la información alcanzada, hay una clara correspondencia entre la evolución de los precios de los metales principales para el Perú, con el crecimiento de las áreas concesionadas en los últimos diez años.

Gráfico No.7

Evolución del precio del cobre



Gráfico No.8
Evolución del precio del oro



Si bien es cierto que al mismo tiempo ha habido un cierto aumento de sus costos, por factores como el aumento del precio internacional del petróleo y otras presiones de costos, los reportes internacionales muestran un salto fuerte en la rentabilidad de los proyectos mineros. Ante mayores expectativas de ganancia, es de esperarse que las inversiones mineras aumenten; las concesiones son la primera fase que debe pasar todo intento de exploración.

iii. Economía: costos de concesiones, especulación y condiciones de financiamiento

Un tercer factor importante es el costo de las concesiones y las condiciones internacionales de financiamiento. Decimos esto, porque una concesión puede o no derivar, de manera inmediata o luego de un determinado plazo, en exploración y eventualmente en inversión para su explotación. La inversión en exploración minera es una inversión de riesgo. Solicitar y mantener una concesión puede entonces justificarse, ya sea porque se quiere proceder a la exploración en un plazo corto o porque se piensa que puede mantenerse como un activo, que se rentabilizará en el mediano plazo. En ese sentido, la demanda por concesiones tiene también un componente especulativo.

El costo de obtener y mantener una concesión minera en el Perú es bastante bajo (3 dólares por hectárea por año para la mediana y gran minería y 1 dólar para la pequeña minería, no necesiéndose muchas veces más de 100 hectáreas). Dado que unas diez hectáreas de territorio pueden dar lugar a una mina que demande inversiones de 2 a 4 mil millones de dólares, con una rentabilidad del 20% o más, ese monto es ínfimo.

Por otro lado, la crisis financiera internacional del 2008 y las subsecuentes respuestas de los gobiernos de los países desarrollados y sus bancos centrales, han dado lugar a una caída fuerte de las tasas de interés de activos seguros (como los bonos del tesoro norteamericano), promoviendo que los flujos de capital se dirijan hacia los países emergentes y aumentado las compras de activos especulativos (incluyendo los commodities y su futuro). Esta misma lógica financiera puede aplicarse a las concesiones, considerándolas como un activo de alto riesgo, pero que se vuelve comparativamente más atractivo dado el bajo retorno de activos más seguros y un entorno internacional volátil donde el conjunto de inversionistas debe aceptar mayores riesgos, si quiere buscar retorno para sus portafolios.

iv. Regulación y procedimientos para las concesiones

El hecho que las concesiones mineras se otorguen, y prorroguen, bajo un sistema sumamente simple, también ha favorecido al crecimiento de las concesiones. Como veremos más adelante, los requisitos para su otorgamiento son bastante sencillos.

v. Regulaciones de las inversiones mineras y contexto político

Un último factor es el contexto político y las regulaciones mineras, que impactan sobre los costos y las probabilidades de explotación de los yacimientos mineros. En esta última década, se han dado algunas medidas gubernamentales para capturar una mayor parte de la renta minera para el Estado, pero esos cambios tributarios, no han reducido significativamente la rentabilidad de las explotaciones mineras. Primero fueron las regalías mineras (2004), luego el óbolo minero o “Contribución Solidaria” (2006) y finalmente el gravamen minero (2011).

En los aspectos regulatorios en relación al ambiente, los derechos de los pueblos indígenas y otros, si bien se han anunciado e incluso aprobado medidas importantes como la ley de consulta previa, éstas no se han aplicado. La institucionalidad ambiental, por su parte, con la creación del MINAM, si bien se ha visto reforzada, aún no implica cambios sustantivos para el sector minero.

Todo ello contribuye a generar un ambiente político y regulatorio bastante favorable a las inversiones mineras, como puede verse en diversos reportes internacionales como los del Instituto Fraser.

2.3 El funcionamiento del sistema de concesiones mineras en el Perú: procedimientos y regulaciones

La entrega de concesiones se realiza de manera prácticamente automática. La solicitud requiere sólo de datos básicos de ubicación geográfica del denunciante y de la persona natural o jurídica que lo solicita, así como de una declaración jurada de las actividades que se piensa desarrollar.

Análisis del sistema de concesiones mineras

El asunto a analizar es lo que esto significa dentro del sistema de regulación de la minería, dado que el tener un título de concesión otorga un derecho que es el primer paso de un proceso con varias etapas a seguir antes de iniciar con el aprovechamiento del recurso. Así, las actividades de exploración requieren de una licencia ambiental, también de fácil obtención, mientras que las inversiones para la explotación exigen tener un EIA aprobado, así como licencias para el uso de aguas. Asimismo, se supone que los inversionistas también debieran tener la propiedad o el usufructo de las tierras adonde llevarán a cabo sus operaciones, aunque como ha recordado recientemente la Defensoría del Pueblo, no se está cumpliendo con esta exigencia en los trámites administrativos formales.

En ese sentido, dado que la titularidad de concesiones no es un permiso para realizar las actividades extractivas, una forma de entender el proceso de regulación minera es que recién cuando ya se vaya a iniciar la inversión para la explotación minera, es que desde el Estado se deben exigir los trámites formales previos que aseguren que dichas actividades cumplan con adecuarse a los estándares ambientales, sociales y democráticos exigidos. Analicemos esta situación con mayor detenimiento.

Economía, competencia e información

Un primer elemento a considerar es el tema de la distribución de la renta minera. Como se sabe, esta renta puede ser muy desigual entre uno y otro yacimiento, debido a las diferencias de la ley natural del yacimiento y de los costos para la extracción de mineral y su procesamiento (concentración, separación de metales y elementos químicos que desvalorizan el producto, quizás refinación).

En ese sentido, existe un problema en la determinación de un “impuesto óptimo” homogéneo para todas las explotaciones mineras; una determinada tasa puede ser reducida en términos de la posibilidad de recaudación para un yacimiento, mientras que puede resultar prohibitiva e impedir la explotación de otros yacimientos. Por otro lado, sin embargo, la determinación de niveles ad hoc, específicos y no pre-determinados de impuestos para cada yacimiento, lleva a una gran incertidumbre para los inversionistas. Es por eso que diversos economistas han planteado, como alternativa, la licitación de los yacimientos como procesos competitivos en los que los inversionistas puján mediante la oferta de mayores tasas contributivas¹².

El uso de un mecanismo competitivo para las licencias puede haber sido considerado inadecuado en un contexto como el de 1992, cuando se establecieron las bases del nuevo régimen legal general y de concesiones para la minería. Dado que era un contexto de muy baja inversión minera, por los problemas de crisis económica general (bajos precios y seguridad interna), la demanda por concesiones en relación al territorio disponible para las mismas, era muy baja. Ante el exceso de oferta, podría presumirse que el precio de equilibrio en ese mercado era cero y el sistema de concesiones sólo apuntaba a ordenar y asegurar los derechos de los titulares de las concesiones otorgadas, en esencia de manera gratuita. Atrás de esta idea, estaba también el hecho de que los inversionistas debían realizar inversiones de alto riesgo en exploración.

Sin embargo, hay que recordar que el Estado peruano, también en la década de los 90, actuó de manera diferente en relación a las concesiones de las que era titular, vía Centromin Perú o Minero Perú, como Las Bambas, Antamina o Bayóvar, donde había más información y si fueron materia de un proceso de privatización con competencia entre postores, donde un elemento clave fue la tasa de regalías ofrecidas, caso Las Bambas. Del mismo modo, el Estado peruano establece procesos competitivos para el otorgamiento de lotes petroleros.

¿Se podría hacer así en el caso de la minería, en la situación actual, con 26 millones de hectáreas concesionadas? Un proceso de ese tipo partiría por establecer una cantidad de hectáreas a licitar anual o trianualmente, lo que permitiría poner un tope máximo, que sería producto de un proceso de planificación. A su vez, las áreas a licitar, tras un proceso de ordenamiento territorial, podrían ser las resultantes como aptas para la minería. Finalmente, la licitación aproximaría de mejor manera a un esquema de impuestos óptimos, donde las condiciones naturales permiten obtener mayores tasas, allá donde la ley natural del mineral es mayor y los costos son menores, pero a su vez establecer tasas menores y así no impedir la explotación donde la ley natural es menor.

Otro tema a discutir en una política como ésta es el de la información, en especial de las variables críticas a la rentabilidad y dimensión de los proyectos, como la ley del mineral y el volumen de reservas probables. Debido a que la información previa es limitada, a diferencia de los casos de Las Bambas y quizá de los hidrocarburos, pero también porque en la minería hay tecnologías y empresas diferenciadas según el tipo de mineral, el funcionamiento de un mercado competitivo para concesiones podría ser demasiado imperfecto y con muy pocas empresas. Simultáneamente, habría que discutir si un requisito básico de las concesiones no debiera ser, en caso de no continuarse con la explotación, el compartir todos los resultados de estudios y pruebas con el Estado peruano (de manera similar a como funciona un registro de patentes, que exige divulgar los conocimientos para favorecer la generación adicional de conocimientos), de tal manera que la acumulación de conocimientos sea óptima y no se desperdicie por cuestiones de secreto entre empresas.

Regulaciones e información

El segundo gran tema a considerar es la aplicación de procedimientos establecidos en las normas vigentes antes del otorgamiento de concesiones, que debieran establecerse como requisitos, como el ordenamiento territorial y la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios.

¹² Stiglitz 2008, en Sachs, McHumphreys y Stiglitz 2008.

El Estado es el responsable de la aplicación de estos requisitos según lo establecido en la normatividad vigente, a través de las instancias competentes de los diferentes niveles de gobierno nacional, regional o local, que tienen responsabilidad en ello.

En el caso de la consulta previa, ya existe un marco normativo, con la Ley 29785 y el Convenio 169, vigente en el Perú desde el año 1995, pero que hasta la fecha no se ha aplicado en minería, y de aplicarse no se ha previsto sea antes del otorgamiento de una concesión.

Respecto del Ordenamiento Territorial, si bien hay políticas públicas establecidas, aún no existe un Ley Marco que establezca su debida aplicación.

Conflictos sociales, propiedad y concesiones

Un tercer elemento a considerar es el impacto de las concesiones sobre la propiedad de las tierras y los impactos acumulativos en los territorios. Hoy, a partir de las concesiones y del inicio de actividades de prospección y a veces de exploración, se suceden impactos sobre las sociedades rurales a partir de procesos de compra de tierras, marcados por una extrema asimetría de poder e información entre las empresas mineras y los campesinos y comunidades. Para Propuesta Ciudadana, miembro de Muqui, una opción frente al actual sistema de otorgamiento de concesiones, es la licitación pública de éstas. Plantean que ello permitiría conocer de antemano en que zonas podría haber impactos de éste tipo y actuar preventivamente para evitar abusos y conflictos.

En un contexto en el cual las políticas de promoción de la inversión minera tienen carácter de prioridad de gobierno y, además, han venido adquiriendo un carácter cada vez más agresivo para su implementación, el derecho de los titulares de concesiones mineras, en los hechos, adquiere un estatus superior en comparación con el derecho de propiedad de las comunidades sobre sus territorios, desnaturalizando la lógica de dicho derecho, pues adquiere mayores atributos que la propiedad, debidamente saneada e inscrita en registros públicos. Si bien el título de propiedad en principio es una garantía frente a terceros, frente a una concesión minera, deja de serlo, inclusive para ello teniendo el amparo de la normativa minera y de las fuerzas del orden.

Cuando los recursos minerales existentes bajo tierra tienen una dimensión que la haga económicamente rentable, la normatividad vigente lleva a que, en la práctica, el propietario del terreno superficial no tenga otra salida sino la de vender o alquilar sus tierras a la empresa minera, pues de no hacerlo se podría aplicar la servidumbre, que en la práctica no se ha venido aplicando con asiduidad, pues en el caso minero es una expropiación encubierta, ya que es imposible que las tierras superficiales retornen al propietario en las mismas condiciones y para realizar las mismas actividades para las que estaba destinado, por los impactos de la actividad realizada.

En el caso de las comunidades campesinas y nativas, las empresas utilizan estrategias para cooptar algunos dirigentes y acordar con ellos los permisos de uso superficial de tierras para acceder a las tierras comunales, sin cumplir con el requisito de acuerdo de Asamblea Comunal, por lo menos con 2/3 de los comuneros hábiles, según lo establece la Ley 26505, y en otros casos las comunidades, sin asesoramiento técnico y por lo tanto como producto de negociaciones asimétricas, acepta acuerdos en principio, de los que luego, al informarse de los impactos que sufrirá por la actividad, se retracta, generándose las situaciones conflictivas.

Normas como la Ley 30230 que establece procedimientos especiales de saneamiento físico legal de tierras en zonas donde se pretende implementar proyectos de inversión de "gran envergadura", o el D.S. N° 001-2015-EM que incluye a las Juntas Directivas de una Comunidad Campesina en la decisión sobre la disposición de tierras, la que corresponde en exclusiva a la Asamblea General de la Comunidad, buscan eliminar garantías a las tierras de las Comunidades, facilitando el acceso especialmente a los proyectos mineros

Así, el derecho de los titulares de concesiones mineras tiene más poder que el de las comunidades porque tiene a las leyes y al Estado promotor de la inversión minera de su lado lo que puede incluir el uso de las fuerzas del orden en contra de los propietarios que defienden sus derechos.

Otro tema respecto de las concesiones, es su uso especulativo. Hay empresas, personas naturales y jurídicas y estudio de abogados que solicitan petitorios para obtener concesiones a fin de especular con los precios de los metales (manteniéndolas en el tiempo) y realizando estudios técnicos previos que garantizan la presencia de minerales, para puestos en valor, transferir su titularidad a un monto mucho mayor al invertido.

De otro lado, al otorgar las concesiones mineras en gran parte de un territorio provincial o distrital, el INGEMMET es el que en la práctica termina estableciendo la ocupación de territorio con fines de explotación minera sin ningún tipo de consulta. Es decir, en ausencia de ordenamiento del territorio, el uso del suelo lo define tácitamente el sector privado mediante sus solicitudes de petitorios y el Estado lo convalida entregando el título de concesión. Por las consecuencias jurídicas que tienen las concesiones mineras – como veremos en el capítulo siguiente – una vez otorgadas difícilmente pueden ser revertidas al Estado¹³.

¿Qué significado tiene para aquellas poblaciones y comunidades de provincias y distritos de la sierra el hecho que más del 80 o hasta el 100% de su territorio haya sido concesionado para la actividad minera?, ¿Pueden las autoridades locales y la población local planificar su desarrollo sobre la base de las actividades económicas no mineras que ellos consideran prioritarios? Son interrogantes que se plantean desde zonas donde las concesiones abarcan buena parte del territorio. Aun cuando sólo una parte de las concesiones otorgadas terminen plasmados en proyectos económicamente viables, el otorgamiento de concesiones sin la información suficiente ni consulta ni mecanismo de participación de la población y, peor aún, cuando las concesiones abarcan gran parte del territorio, introduce un factor de incertidumbre que altera la vida de la población generando temor y desconfianza¹⁴ que después se convierten en conflictos.

13 Leyva, A y Del Castillo L (2013); “La minería y su impacto en los recursos naturales y el territorio”. Documento de trabajo. Red Muqui.

14 SER (2013); “Los límites de la expansión minera en el Perú”, pg. 45-48.

3. LAS CONCESIONES MINERAS EN EL PERÚ: DETALLES DE LA REALIDAD

3.1. Concesión Minera

La concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, por un tiempo indefinido si es que cumple con las principales obligaciones establecidas en la legislación para mantener su vigencia, las cuales son: (i) el pago del derecho de vigencia y (ii) el trabajo de la concesión o la producción mínima.

En el caso del derecho de vigencia la obligación corre desde el momento en el que se formula el petitorio, momento en que se paga. Luego se continúa pagando entre el 1° de enero y el 30 de junio.

El monto a pagar varía según el tipo de actividad minera realizada. Si se trata de un productor minero artesanal, si estuviera acreditado como PPM (Pequeño Productor Minero), es US\$ 1.00 (Un dólar) o su equivalente en moneda nacional, por hectárea solicitada u otorgada y por año. Si estuviese acreditado como PMA (Productor Minero Artesanal) el pago es de US\$ 0.50. Si no se cuenta con dicha constancia o la actividad pertenece a la Mediana o Gran Minería, el pago es de US\$ 3.00 por hectárea por año¹⁵.

La falta de pago por dos años del derecho de vigencia, deriva en la caducidad del derecho minero.

En el caso de la producción mínima, de tratarse de un PPM acreditado, ésta es de no menos de US\$ 50.00 (o su equivalente en moneda nacional) por hectárea otorgada. Si se trata de un PMA acreditado ésta es de US\$ 25.00 (o su equivalente). En ese sentido quienes cuentan con la acreditación tienen una ventaja, pues de lo contrario el monto sería mucho mayor (en el caso de minería metálica de US\$ 100.00 y en minería no metálica (US\$ 50.00).

15 Página Web del Ministerio de Energía y Minas – MINEM
http://www.minem.gob.pe/_detalle.php?idSector=1&idTitular=339&idMenu=sub157&idCateg=261

Si el titular no cumple con acreditar la producción mínima, tendrá que pagar una penalidad la que debe ser cancelada en el primer semestre del séptimo año, computado desde que obtuvo su título de concesión minera. En el caso de ser PPM y PMA el pago es de US\$ 1.00 por hectárea, y si el titular fuera PMA con constancia, el pago es de US\$ 0.50 por hectárea y por año, en ambos casos hasta el año en que cumpla con la producción mínima anual. Si no estuviera acreditado o su actividad fuera de Mediana o Gran Minería, el pago de la penalidad es de US\$ 6.00 por hectárea y por año, hasta que se cumpla con la producción mínima anual.

Las penalidades aumentan si después del séptimo año, se mantiene el incumplimiento.

Si no se paga la penalidad de 1 año, el INGEMMET da la posibilidad de que se regularice dicho pago durante el año en curso. Si el titular no cumple con pagar la penalidad durante 2 años consecutivos, esto generará la caducidad del petitorio o concesión minera.

Respecto de la producción mínima, ésta debe alcanzarse antes del primer semestre del año 11, y no podrá ser menor al equivalente a una UIT por año y por hectárea, en el caso de metales y del equivalente al 10% de la UIT por año y por hectárea tratándose de sustancias no metálicas, además de un trato especial para el caso de la pequeña minería. Si llegado el 10° año no se ha cumplido con la producción, el titular de la concesión deberá pagar una penalidad equivalente al 10% de la producción mínima anual exigible por año y por hectárea hasta el año 15, periodo en el que debe cumplirse indefectiblemente con la producción mínima anual. Si llegado este año aún no se alcanzara la producción mínima indicada, se declarará la caducidad¹⁶.

Extraordinariamente podrá eximirse de la caducidad el año 15, pagando la penalidad y acreditando además, inversiones equivalentes a no menos diez veces el monto de la penalidad que le corresponda pagar, sólo si el incumplimiento de la producción mínima se debe a caso fortuito o fuerza mayor o por algún hecho no imputable al titular de actividad minera debidamente sustentado y aprobado por la autoridad competente.

Durante cualquier año en que se esté pagando penalidad, el titular de la concesión puede sustituir su pago, si acredita haber realizado inversiones en dicho año por el equivalente a cuando menos 10 veces el monto de la penalidad que le hubiera tocado pagar.

La falta de Producción Mínima durante dos años, o la falta de pago de la "penalidad" durante dos años (si no ha sido acreditada inversión sustitutoria de esta última), acarrea la caducidad de la concesión. En todo caso la concesión caducará indefectiblemente el año 20 luego de haber sido otorgada si es que no se acredita la producción mínima.

Sin embargo, existen excepciones por las cuales aun cuando no se cumpla con la producción mínima, se puede evitar la caducidad de la concesión. Así por ejemplo, la legislación establece como parte de estos supuestos en los cuales el concesionario no incurre en causal de caducidad por la falta de trabajo de la concesión, si el incumplimiento de la producción mínima, luego del décimo quinto año y hasta por un plazo máximo de cinco años no prorrogables, se debe a situaciones de caso fortuito, fuerza mayor o a hechos no imputables al concesionario, el mismo que deberá estar debidamente sustentado y aprobado por la autoridad competente.

Por otro lado, es necesario aclarar que la concesión minera se constituye como un derecho distinto al que existe sobre el terreno superficial, lo cual significa que para que el titular minero pueda llevar a cabo sus actividades, deberá contar de manera complementaria con dos derechos diferentes: (i) la concesión minera, que permite el aprovechamiento exclusivo de los minerales que se encuentran debajo del predio; y, (ii) el derecho para el uso del terreno superficial, que puede ser un derecho de propiedad, servidumbre o arrendamiento otorgado por la comunidad o persona propietaria.

16 Modificaciones a la caducidad y vigencia de Concesiones Mineras en la Legislación Vigente – Miriam Alegría Zevallos. http://www.teleley.com/articulos/art_170708-1.pdf

Consideramos que es importante respetar los derechos de propietario de las tierras superficiales para lo cual las instancias competentes deben exigir se presente, en el caso de las comunidades, el acuerdo de asamblea con la aprobación de los dos tercios de los comuneros activos (artículo 7 de la Ley 26505) cuando acuerden la enajenación de sus tierras para alquiler o venta. Más adelante analizaremos los alcances del D.S. N° 001-2015-EM, que modificó los requisitos para las concesiones de beneficio en éste punto.

De acuerdo con los alcances de la legislación minera vigente, las concesiones mineras se clasifican en metálicas y no metálicas, según la clase de sustancia que se pretende explotar, pudiendo ser transformada a sustancia distinta de la que fue originalmente otorgada, mediante una declaración del titular. Aquellas se otorgan en extensiones de 100 a 1000 hectáreas, en cuadrículas o conjunto de cuadrículas colindantes al menos por un lado, salvo en el mar, donde podrán otorgarse en cuadrículas de 100 a 10000 hectáreas.

Cabe señalar que a partir del año 1991, con la publicación del Decreto Legislativo N° 708, se oficializa como método de medida de las concesiones mineras el sistema de cuadrículas, a través del cual se dividió el territorio nacional en unidades de superficie de un kilómetro de lado; es sobre esta división que se conceden los derechos mineros. Ello, de la mano del sistema de coordenadas Universal Transversal Mercator – UTM, el mismo que, complementado con la aplicación del Sistema de Posicionamiento Global (GPS, por sus siglas en inglés), permite determinar la ubicación de los derechos mineros con precisión, a diferencia de las deficiencias que presentaba el sistema anterior, donde la ubicación geográfica de las concesiones era determinada por la referencia del punto de partida a accidentes topográficos, visuales, puntos de referencia, etc., lo cual podía ocasionar una serie de superposiciones de las mismas concesiones mineras.

A nivel de gran y mediana minería¹⁷, la instancia encargada de otorgar las concesiones mineras es el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (INGEMMET), mientras que para los derechos mineros correspondientes a pequeños productores mineros y mineros artesanales, desde hace poco el ente encargado son las Direcciones Regionales de Energía y Minas de los Gobiernos Regionales de la región donde se ubica el derecho minero. Cabe indicar que los Gobiernos Locales no participan en el proceso de otorgamiento de derechos mineros, ni mantienen competencias para regular y/o supervisar estas actividades tanto a nivel regulatorio minero como en materia ambiental.

3.1.1. Procedimiento para la obtención de una concesión minera

El procedimiento para la obtención de una concesión minera se inicia con una solicitud, denominada petitorio minero, la cual se tramita ante cualquiera de las mesas de partes del INGGEMMET. Una vez presentada la solicitud, la Dirección de Concesiones Mineras, órgano de línea del INGGEMMET es la encargada de tramitar y resolver los petitorios mineros y evaluar que el petitorio cumpla con los siguientes requisitos:

- La identificación del peticionario (nombre, apellidos, RUC, entre otros);
- Nombre de petitorio;
- Ubicación del petitorio;
- Clase de concesión (metálica o no metálica¹⁸);

¹⁷ Según la normativa vigente, se entiende que una actividad es de gran minería cuando su capacidad productiva es mayor de 5000 toneladas métricas al día; y es mediana, para los cuando la capacidad productiva es de 350 a 5000 toneladas.

¹⁸ Las concesiones se clasifican en metálicas y no metálicas “según la sustancia”. Al respecto, mientras la minería metálica implica la extracción de minerales para su transformación en metales, la minería no metálica es aquella a través de la cual se explotan minerales no metálicos y se transforman, tales como carbonato de calcio y calizas, para su posterior incorporación en la industria del cemento.

- Identificación de la cuadrícula o la poligonal cerrada del conjunto de cuadrículas solicitadas, con coordenadas UTM, indicando la ubicación del petitorio y el nombre de la carta;
- Extensión superficial del área solicitada, expresada en hectáreas;
- Identificación de la cuadrícula o conjunto de cuadrículas colindantes, sobre las que se solicita la concesión, respetando los derechos preexistentes; y,
- Nombres y domicilio del propietario del terreno superficial donde se ubica la concesión minera, en caso fuere conocido.

En esta etapa, dicha Dirección evalúa que las coordenadas estén correctamente formuladas, evalúa las superposiciones a derechos mineros prioritarios, así como a áreas naturales protegidas, restos arqueológicos, entre otros; advierte si éstas se superponen a lagunas, carreteras, ríos y posibles áreas urbanas; finalmente, determina la ubicación política del petitorio, es decir define su ubicación geográfica. La no participación de los gobiernos regionales o locales en el proceso de evaluación de la admisibilidad de las concesiones para la mediana y gran minería, es una falla del sistema que debería ser superada, porque al excluir a un actor relevante del territorio opera con un esquema anterior a la reforma descentralista, desaprovechando su aporte a mejorar las decisiones por el mejor conocimiento del territorio que tienen y así mejorar las decisiones y disminuir errores que generan conflictos.

Adicionalmente, a los requisitos anteriormente indicados, a partir del año 2003, se incorporó como parte del procedimiento un compromiso previo en forma de declaración jurada, mediante el cual, el petionario se compromete a diversas acciones con el fin de alcanzar el desarrollo sostenible. Éstas son:

- Contribuir al desarrollo sostenible de la población ubicada en el área de influencia de la actividad minera, procurando de manera conjunta con ella, el desarrollo y el fortalecimiento de la institucionalidad local, principalmente, y la articulación con los proyectos de desarrollo productivo, que conlleven a la diversificación económica y la sostenibilidad local, más allá de la vida útil de las actividades mineras;
- Realizar las actividades mineras en el marco de la política ambiental del Estado, en su interdependencia con el entorno social, buscando la gestión social y ambiental con excelencia y el uso y manejo responsable de los recursos naturales para impulsar el desarrollo sostenible;
- Cumplir con los compromisos sociales asumidos en convenios, actas, contratos y Estudios Ambientales;
- Respetar a las personas e instituciones, autoridades, cultura y costumbres locales. Promover acciones que fortalezcan la confianza entre los actores involucrados con la actividad minera, a través del establecimiento y vigencia de procesos participativos y favoreciéndose la prevención y gestión de conflictos y la utilización de mecanismos alternativos de solución de conflictos;
- Fomentar preferentemente la contratación de personal local, para realizar labores de la actividad minera o relacionadas con la misma según los requerimientos del titular en las diversas etapas del ciclo minero y de forma consensuada con la población del área de influencia, pudiendo brindar para el efecto las oportunidades de capacitación requeridas;
- Contribuir al desarrollo económico local y/o regional a través de la adquisición preferente de bienes y servicios locales y/o regionales en condiciones razonables de calidad, oportunidad y precio para ambas partes y la promoción de iniciativas empresariales, que busquen la diversificación de las actividades económicas de la zona; y,
- Mantener un diálogo continuo y oportuno con las autoridades regionales y locales, la población del área de influencia de la actividad minera y sus organismos representativos, bajo un enfo-

que intercultural, proporcionándoles información transparente, oportuna y accesible sobre sus actividades mineras mediante el lenguaje y los medios de comunicación adecuados, de modo que permita el intercambio de opiniones, de sugerencias y participación de todos los actores involucrados, de conformidad con las normas de participación ciudadana aplicables.

De acuerdo con la legislación vigente, estos compromisos que pueden resultar meramente declarativos deben ser materializados por los titulares mineros como parte de los compromisos sociales recogidos en sus Estudios Ambientales; y es en esa medida, que a la fecha el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA viene supervisando como parte de sus actividades, el cumplimiento de los compromisos sociales recogidos en los Estudios Ambientales de cada uno de los titulares mineros de la gran y mediana minería. Si bien la supervisión de muchos de los compromisos sociales puede resultar compleja por la amplitud y generalidad de los mismos, es un avance inicial que el Estado haya iniciado el seguimiento del cumplimiento de los mismos; sin embargo, a pesar de ello este control aún no llega a ser un mecanismo eficiente y está limitado únicamente a las actividades de gran y mediana minería.

Lamentablemente la publicación de la Ley 30230 ha dejado la función fiscalizadora y el poder sancionador de la OEFA aún más debilitado. Durante tres años sólo realizará acciones de prevención y corrección de la conducta infractora, pero el proceso sancionador será sólo excepcional, es decir sólo si se es reincidente o se cometen infracciones muy graves para la vida y la salud humana (lo que hay que probar) se aplicará la multa, y en éstos casos sólo hasta un 50% del monto establecido. Con ello se resta el carácter disuasivo de las multas e incentiva conductas irresponsables, lo que resta posibilidades a una adecuada supervisión de los citados compromisos sociales y la promoción de medidas que premien las buenas prácticas.

Además, como parte del proceso de tramitación del petitorio minero, se exige al peticionario la publicación del petitorio en el Diario Oficial “El Peruano”, así como en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales de la capital del departamento en donde se encuentre ubicada el área solicitada, con el fin de dar publicidad al hecho. De no mediar oposición y con los dictámenes técnicos y legales favorables de INGEMMET, no antes de los treinta (30) días calendario de efectuada la última publicación en los respectivos diarios, el Presidente del Consejo Directivo del INGEMMET expedirá el título de la concesión minera.

Al respecto de los mecanismos de difusión del procedimiento de obtención de la concesión, podemos indicar que éstos presentan un limitación en su alcance, dado que la publicación en diarios de la capital del departamento, no asegura que las poblaciones donde se va a llevar a cabo la actividad que son las comunidades campesinas y los propios gobiernos locales conozcan del procedimiento que se está llevando a cabo.¹⁹ Téngase en cuenta que gran parte de las concesiones mineras otorgadas se encuentra en territorios de las comunidades campesinas y nativas, al respecto se estima que el 49.6% del territorio de las comunidades campesinas tienen concesiones mineras²⁰.

Por otro lado, debemos indicar que una vez obtenida la concesión minera, ésta va a otorgar a su titular un derecho concedido por el Estado, a través del cual se le faculta a realizar actividades de exploración y explotación minera sobre un área determinada, a fin de aprovechar los minerales que se encuentran en el subsuelo de dicha área. Sin embargo, como ya se ha indicado previamente, la concesión minera no concede a su titular ningún derecho sobre el terreno superficial sobre el cual se encuentran los minerales. Para ello, el titular minero deberá obtener derechos para el uso del terreno superficial, que puede ser un derecho de propiedad, la servidumbre o el arrendamiento de las tierras de parte de su propietario.

19 Una ilustración clara de este problema para el caso de Puno se encuentra en: “Los límites de la expansión minera en el Perú” (2013), pgs. 30- 33. publicado por el SER.

20 Leyva A y Del Castillo L (2014); “La minería y su impacto en los recursos naturales y el territorio”, en Propuesta de políticas para una nueva minería en el Perú. Red Muqui.

Resulta primordial tener presente que el título de la concesión minera no autoriza por sí mismo al titular a realizar las actividades mineras de exploración ni explotación, tal como lo indican el artículo 23 del Reglamento de Procedimientos Mineros y el mismo título minero obtenido por el titular, sino que previamente el concesionario deberá:

- a) Gestionar la aprobación por parte del Ministerio de Cultura de las declaraciones, autorizaciones o certificados que son necesarios para el ejercicio de las actividades mineras.
- b) Contar con la certificación ambiental emitida por la autoridad ambiental competente, con sujeción a las normas de participación ciudadana.
- c) Obtener el permiso para la utilización de tierras mediante acuerdo previo con el propietario del terreno superficial o la culminación del procedimiento de servidumbre administrativa, conforme a la reglamentación sobre la materia.
- d) Obtener las demás licencias, permisos y autorizaciones que son requeridos en la legislación vigente, de acuerdo con la naturaleza y localización de las actividades que va a desarrollar²¹.

Tomando en cuenta lo antes indicado, si bien la concesión resulta un título habilitante fundamental para el desarrollo de las actividades mineras de exploración y explotación, no es el único; la misma legislación establece la necesidad de que el titular cuente con otros títulos o derechos adicionales para hacer viable legalmente su proyecto.

En suma, las fallas observadas en el procedimiento vigente para el otorgamiento de concesiones son:

-La declaración de compromiso previo que presentan los peticionarios en relación al desarrollo sostenible es meramente formal, letra muerta, en ausencia de mecanismos de seguimiento al cumplimiento de lo que allí se expresa. Los impactos ambientales graves que produce la minería informal en muchos departamentos del país (Madre de Dios, Puno) son la muestra más clara de ello.

-La publicación del petitorio minero en el diario El Peruano y en algún diario regional es un procedimiento meramente formal que no prevé que la información llegue a los principales interesados (y afectados) que son los líderes de las comunidades campesinas e indígenas, lo que reduce la posibilidad de que éstos hagan saber su opinión sobre los dictámenes técnicos y legales que maneja el INGEMMET.

- La exclusión de los gobiernos regionales y locales del proceso administrativo de otorgamiento de concesiones para mediana y gran minería, es otra falla del sistema. Recientemente se les ha entregado competencias para las concesiones en pequeña minería y minería artesanal pero sin los medios ni las capacidades para ejercer tal función.

- Falta de una asesoría técnica independiente, sugerida desde la población y comunidades afectadas y apoyada desde el Estado, a fin de revisar los estudios ambientales y brindar la información técnica necesaria previa a cualquier mecanismo de consulta o participación donde haya que tomar posición sobre un proyecto minero.

- Exclusión de la población y comunidades de zonas de influencia directa e indirecta de los proyectos mineros. Al no ser parte del proceso, no se le brinda adecuada información ni mecanismos de participación o consulta previa que incidan debidamente en la toma de decisión.

21 Las licencias prioritarias para el desarrollo de actividades mineras son, entre otras: concesión de beneficio, licencias de uso de aguas, autorizaciones de vertimiento de aguas, autorización global de explosivos, autorización de inicio de actividades, certificado de operaciones mineras, licencias de operador de equipos de radiación ionizantes, constancias de registro de consumidor directo de combustibles líquidos.

3.1.2. Restricciones al otorgamiento de concesiones mineras

La legislación vigente establece algunas limitaciones al desarrollo de las actividades mineras en nuestro país:

a) Actividades mineras en áreas naturales protegidas.-

La Ley de Áreas Naturales Protegidas establece que el aprovechamiento de recursos naturales en áreas naturales protegidas sólo podrá ser autorizado si resulta compatible con la categoría, zonificación asignada y el Plan Maestro del área. En ese sentido, se dispone que el aprovechamiento de los recursos no deba perjudicar el cumplimiento de los fines para los cuales se ha establecido el área.

En esa misma línea la legislación establece que no se pueden llevar a cabo actividades mineras o hidrocarburíferas en áreas naturales protegidas de uso indirecto, entendiendo por ellas a las áreas que por su gran vulnerabilidad tienen un mayor nivel de protección y es por ello que no se permite la extracción de recursos naturales que puedan implicar una transformación de su ambiente natural. Las áreas de este tipo son los Parques Nacionales, Santuarios Nacionales y Santuarios Históricos. Es por ello que años atrás, cuando se estableció la posibilidad de realizar actividades en el Parque Nacional Bahuaja Sonene, existieron algunas propuestas de recortar el mismo, a fin de dar viabilidad al proyecto, dado que no está permitido llevar a cabo actividades extractivas en este tipo de áreas. Dicha propuesta no prosperó.

Respecto a las otras áreas naturales protegidas²², conocidas en la legislación como áreas de uso directo, dado que en ellas se permite el aprovechamiento y extracción de recursos naturales siempre que ello sea compatible con los objetivos del área, sí es posible llevar a cabo actividades mineras o hidrocarburíferas, siempre y cuando el desarrollo de éstas cuente con la Opinión Previa Favorable del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SERNANP). El mismo tratamiento se da a las zonas de amortiguamiento, zonas adyacentes a las áreas naturales protegidas, que se constituyen con la finalidad de garantizar la conservación de las áreas naturales protegidas, razón por la cual requieren de un tratamiento especial.

En base a estas consideraciones, la legislación establece que para la tramitación de petitorios mineros ubicados en un área natural protegida de uso directo o en su zona de amortiguamiento, la respectiva concesión sólo podrá otorgarse si cuenta con el informe técnico favorable de la autoridad competente, en este caso SERNANP. En dicho informe, el SERNANP evaluará la compatibilidad entre el desarrollo de la actividad y los fines de protección del área. En un momento posterior, es decir con la presentación del Estudio Ambiental, SERNANP tendrá que volver a emitir opinión respecto del proyecto minero y las medidas de control y mitigación que ha adoptado el titular. Del mismo modo que con la compatibilidad emitida previo al otorgamiento de la concesión, la opinión del SERNANP tiene que ser favorable para que el proyecto prospere.

En ese sentido, la aprobación de cualquier concesión minera ubicada sobre un área natural protegida de uso directo o su zona de amortiguamiento, porque en las de uso indirecto está prohibido, deberá contar con la opinión del SERNANP, en la cual se analice la compatibilidad de la actividad con los fines de protección del área, previo al otorgamiento de la concesión. En caso el SERNANP determine que no hay compatibilidad entre la actividad minera y el área natural protegida o su zona de amortiguamiento, la concesión minera no podrá otorgarse. Sin embargo, la norma establece que las ANP deben contar con su Plan Director que garantice una gestión adecuada del área, en caso contrario el INGEMMET puede otorgar concesiones mineras en el área, riesgo que estaría latente porque de las 97 ANP sólo 37 contaban con planes maestros aprobados.²³

²² 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 Regionales.²³

²³ Red Muqui (2011); "Propuestas para una agenda concertada sobre minería y desarrollo. Principales temas para el debate. Pg. 27.

Sin perjuicio de lo antes indicado, debemos señalar que a la fecha pueden existir casos de derechos mineros que han sido otorgados en áreas naturales protegidas. Ello se puede explicar porque dichos derechos fueron otorgados, ya sea previamente al año 2001 en el que entra en vigencia el Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas o, previamente a la clasificación y categorización del área natural protegida, ya que la legislación establece el respeto de los derechos que fueron adquiridos previos al cambio de una nueva situación. Es decir, si se otorgó derechos mineros de manera previa a la designación de, por ejemplo, la Reserva Nacional Pacaya Samiria, esos derechos se mantienen y se respetan, pero las actividades que deben desarrollar estos titulares deben estar alineadas con los fines de protección del área.

En base a lo antes indicado podemos concluir que para el caso de la tramitación de petitorios mineros ubicados en áreas naturales protegidas de uso directo o sus zonas de amortiguamiento, la concesión sólo podrá otorgarse previo informe técnico favorable del SERNANP; en caso la creación del área es posterior al otorgamiento de concesiones mineras, estos derechos se respetan, pero se exige que las actividades mineras que se lleven a cabo en el área, deben tomar todas las medidas de precaución para no poner en riesgo los fines de protección del área.

Consideramos que no es posible mantener la situación descrita, en tanto el Estado se ve impedido de aplicar su *ius imperium*, limitando su soberanía en aquellas zonas en las cuáles ha otorgado un derecho de concesión.

La reciente Ley 30230 presenta un nuevo riesgo para las Áreas Naturales Protegidas. Modifica el artículo 7° de la Ley N° 26834 de Áreas Naturales Protegidas que señalaba que las zonas reservadas debían establecerse por Resolución Ministerial del MINAM. En adelante, se crean "(...) por Decreto Supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros". Este cambio en el procedimiento implica una afectación a la figura y objetivo de la creación de Zonas Reservadas y por ende pone en riesgo nuestra riqueza natural ya que impide que se tome una acción de protección más rápida en zonas que pueden ser futuras ANP. Las zonas reservadas son áreas declaradas bajo protección transitoria mientras se realizan estudios técnicos complementarios y procesos participativos para determinar su extensión y categorización.

Se incluye el componente económico y político en la decisión, al realizarse en el seno de la PCM, ya que ahora participan en ella el Ministerio de Economía y el propio Ministerio de Energía y Minas, que tienen como principal interés el promover la minería, como eje de la economía.

b. Actividades mineras en áreas urbanas y de expansión urbana.-

La Ley N° 27015, Ley Especial que regula el otorgamiento de concesiones mineras en áreas urbanas y de expansión urbana, prohíbe el otorgamiento de concesiones mineras en ellas, salvo que se cumplan con un conjunto de requisitos. En el caso de áreas urbanas, la Ley establece que el otorgamiento de una concesión minera es excepcional, en vista de lo cual para su otorgamiento se requeriría de una Ley Especial que autorice la admisión del petitorio y su otorgamiento. Por otro lado, en aquellos casos en los que se evidencie la posibilidad de que el petitorio se encuentre en un área urbana, sin que ésta haya sido calificada como tal por la Municipalidad Provincial respectiva, el INGEMMET deberá oficiar a dicha Municipalidad a fin de que emita y publique, en el plazo de 60 días hábiles (contados desde la remisión del oficio), la Ordenanza que califique el área como urbana. Si transcurrido dicho plazo, no se hubiere publicado la Ordenanza respectiva, el INGEMMET aprobará la concesión minera siguiendo el trámite ordinario, siempre que se haya cumplido con los requisitos establecidos en la legislación.

En el caso de los petitorios mineros sobre áreas de expansión urbana, su autorización requiere de una Resolución Ministerial del Ministerio de Energía y Minas, previo acuerdo del Concejo de la Municipalidad Provincial correspondiente. Para ello, a partir de la presentación del petitorio, la Oficina de Concesiones del INGEMMET remitirá a la Municipalidad Provincial la información correspondiente, solicitándole su pronunciamiento, dentro de un plazo no mayor de 60 días

calendario; en su defecto, se aplicará el silencio administrativo negativo. Es decir que en caso la Municipalidad Provincial no se haya pronunciado dentro del plazo establecido, se entenderá denegado el otorgamiento de la concesión minera.

Este punto resulta esencial, considerando que en muchas zonas se presenta gran temor de parte de la población respecto a que eventualmente zonas de su localidad hayan sido concesionadas. Como bien indica la legislación, este tipo de concesiones se darán de manera excepcional y requieren que la emisión de una Ley o el pronunciamiento de la Municipalidad, hechos que impiden que el INGEMMET otorgue de manera arbitraria, concesiones en estas zonas.

Sin embargo, también deben considerarse los Planes de Acondicionamiento Territorial de las Municipalidades, los que se realizan en zonas urbanas, y al ser considerados para zonificar, también deben considerarse para el otorgamiento de concesiones mineras.

c. Actividades mineras en áreas límite de fronteras.-

El artículo 71 de la Constitución Política, prohíbe la posibilidad de que extranjeros realicen actividades mineras dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, salvo en casos de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros.

En esa línea, en la década de los noventa, mediante Decreto Legislativo N° 757, Ley marco para el crecimiento de la inversión privada, se declaró de necesidad nacional “la inversión privada, nacional y extranjera, en actividades productivas realizadas o por realizarse en las zonas de frontera del país. En consecuencia las personas naturales y jurídicas extranjeras podrán adquirir concesiones y derechos sobre minas, tierras, bosques, aguas, combustibles, fuentes de energía y otros recursos que sean necesarios para el desarrollo de sus actividades productivas dentro de cincuenta kilómetros de las frontera del país, previa autorización otorgada mediante resolución suprema refrendada por el Ministro que ejerza la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector Correspondiente”.

Conforme con lo anterior, los extranjeros podrán ejercer derechos de propiedad o posesión sobre las minas que se encuentren dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera del país, si es que previamente obtienen una autorización del Ministerio de Energía y Minas y del Presidente del Consejo de Ministros mediante Resolución Suprema.

La solicitud para obtener la autorización para el otorgamiento de una concesión a favor de un extranjero deberá ser presentada ante el Ministerio de Energía y Minas, señalándose información sobre el inversionista extranjeros (nacionalidad, porcentaje de participación del inversionista extranjero en el capital de la empresa, etc.), así como sobre los bienes objeto de la adquisición (tipos de bienes, derecho que se adquiere sobre los bienes, descripción del proyecto, plazo previsto para realizar la inversión, entre otros).

Si la evaluación es favorable, la solicitud será aprobada mediante Resolución Suprema, refrendada por el Ministro que ejerce la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministro de Energía y Minas, debiendo contar con la opinión favorable del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. Por último, esta autorización podrá establecer condiciones o limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad o posesión correspondiente, fundamentadas en razones de seguridad nacional.

Un informe reciente de Cooperacion²⁴ da cuenta que durante el gobierno aprista se han dado medidas (decretos supremos) para permitir que empresas extranjeras adquieran concesiones en zonas de frontera con el Ecuador en el norte y con Chile y Bolivia en el sur, lo cual es suma-

24 Cooperacion (2011); “La presencia territorial de la minería y los proyectos en las fronteras peruanas”. Lima, Perú.

mente controvertido. Por ejemplo, en diciembre de 2008 el Ministerio de Defensa autorizó mediante DS 024-2008 adquirir directamente 35 concesiones en zona de frontera con el Ecuador, cuyos titulares son CIA minera Mayari y Minera Río Blanco Copper (Ex Majaz).

3.1.3. Supuestos de pérdida de la concesión

De acuerdo con la Ley General de Minería, se produce la caducidad del petitorio y de una concesión minera cuando el titular no realiza el pago oportuno del derecho de vigencia²⁵ durante dos años consecutivos. En caso se omita el pago de un año, su regularización podrá cumplirse con el pago y acreditación del año corriente, hasta el 30 de junio del año en curso.

También se considera causal de caducidad de las concesiones mineras, el incumplimiento de las obligaciones de producción mínima durante dos años, considerándose que la producción mínima no podrá ser inferior al equivalente a una Unidad Impositiva Tributaria²⁶ por año y por hectárea otorgada, tratándose de sustancias metálicas. La norma establece además, que la producción deberá obtenerse no más tarde del vencimiento del décimo año, computado a partir del año siguiente en que se hubiere otorgado el título de la concesión. Dicha producción deberá acreditarse con las liquidaciones de venta, que deberán ser presentadas a la autoridad.

En caso que el titular no cumpliera con acreditar la producción mínima antes indicada, la legislación establece que a partir del primer semestre del undécimo año, contado a partir del siguiente a aquel en que se le ha otorgado el título de concesión minera, el concesionario deberá pagar una penalidad equivalente al 10% de la producción mínima anual, exigible por año y por hectárea, hasta el año que cumpla con la producción mínima anual. El pago de la penalidad es adicional al pago del derecho de vigencia. En caso el titular haya incumplido hasta el vencimiento del décimo quinto año de otorgada la concesión minera, se declarará la caducidad.

Como se puede apreciar las causales establecidas en la legislación a la fecha están únicamente vinculadas a obligaciones vinculadas al pago y a la obligación de trabajar la concesión; no se contemplan otro tipo de causales referidas al incumplimiento de otro tipo de obligaciones. De este modo las concesiones terminan teniendo vigencia indefinida. Por tanto, es claro que ante el carácter permisivo y laxo de las causales y considerando los problemas actuales asociados al crecimiento acelerado de las concesiones que tienen un evidente componente especulativo, las exigencias para la vigencia de las concesiones deben ser mayores y las causales de extinción ampliadas.

3.2. Títulos habilitantes adicionales a la concesión para el desarrollo de actividades mineras

Resulta muy común pensar que una vez otorgada la concesión minera, el titular cuenta con todos los derechos y se encuentra habilitado para el inicio de actividades y el desarrollo de su proyecto de exploración o explotación; sin embargo, ello no es así. La legislación establece una serie de reglas previas adicionales que el titular deberá cumplir a efectos de obtener todos los títulos legales habilitantes para el inicio de sus actividades, los cuales radican prioritariamente en los siguientes: (i) gestionar la aprobación del Ministerio de Cultura de todas las autorizaciones o certificaciones que son necesarias para el inicio de sus actividades; (ii) contar con la certificación ambiental emitida por la autoridad ambiental competente, cumpliendo con los procesos de participación ciudadana; (iii) obtener el permiso para la utilización de tierras mediante acuerdo previo con el propietario del terre-

25 La legislación establece que a partir del año en que se hubiere formulado el petitorio minero, el concesionario está obligado al pago del derecho de vigencia, equivalente a US\$ 3.00 o su equivalente en moneda nacional por año y por hectárea solicitada u otorgada. El derecho de vigencia correspondiente año en que se formula el petitorio de la concesión, deberá abonarse y acreditarse durante el procedimiento de formulación del petitorio. Cabe indicar que el monto por derecho de vigencia varía cuando se trata de pequeños productores mineros y mineros artesanales.

26 La Unidad Impositiva Tributaria para el año 214, es equivalente a S/. 3800 Nuevos Soles.

no superficial o la culminación del procedimiento de servidumbre; y, (iv) obtener las demás licencias y permisos exigidos en la legislación que van desde la obtención de la licencia de uso de agua hasta la obtención del certificado de operación minera para la autorización de uso de explosivos, las cuales suman una serie de autorizaciones a ser tramitadas de manera previa al inicio de actividades.

En ese marco, si bien la concesión minera resulta un título legal importante para el desarrollo de actividades mineras, no es el único. En esa medida, a continuación, presentaremos mayores alcances de otras reglas que resultan prioritarias para el inicio de actividades.

3.2.1. Terreno superficial

Tal como se ha señalado previamente, la concesión minera va a otorgar derechos para el aprovechamiento de los recursos minerales del subsuelo, no obstante, estos recursos no van a poder ser aprovechados si es que el titular no cuenta con los permisos necesarios para el uso del suelo superficial. En ese sentido, el permiso del propietario del terreno superficial constituye uno de los principales títulos adicionales con que el titular de una concesión debe contar para iniciar sus actividades.

Una de las formas que utilizan los titulares para acceder al terreno superficial es el denominado de acuerdo previo, por medio del cual el titular del terreno superficial autoriza al titular de la concesión, a través de la venta o arrendamiento, la realización de actividades mineras sobre sus tierras. No obstante ello, la legislación contempla que en caso el titular de la concesión no logre el acuerdo con el titular del terreno superficial, se prevé como mecanismo alternativo, el establecimiento de un procedimiento de servidumbre minera.

Por otro lado, cabe indicar que este título sobre el terreno superficial no sólo aplica para los casos de terrenos de propiedad privada, sino que en caso de tierras del Estado, donde el titular minero deberá llevar adelante un proceso de adquisición de tierras por medio de subasta, venta directa o arrendamiento, conforme lo establece el artículo 74 de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes del Estado.

Cabe señalar que actualmente existe una fuerte presión por las tierras de las comunidades campesinas de la sierra y comunidades nativas de la Amazonía, tanto por el lado de la gran y mediana minería como de la pequeña minería y minería artesanal. Al respecto recordemos que en 2008 mediante D.S. N° 994 el gobierno aprista dispuso que las tierras de las comunidades no inscritas en los registros públicos pasaran al dominio del Estado y por tanto podía disponer de ellas; pero gracias a la presión social dicho exceso fue corregido el mismo año²⁷.

Sin embargo, en julio del 2014 con la Ley 30230 y luego en enero del 2015 con el D.S. N° 001-2015-EM, se han dado normas que como ya hemos indicado, eliminan garantías a los derechos a la posesión y propiedad de las Comunidades Campesinas y Nativas, facilitando el acceso a sus tierras a proyectos de inversión de “gran envergadura”, y otras obras de infraestructura.

Adicionalmente se encuentra en discusión en el Congreso de la República el Proyecto de Ley 3941 que facilita la aplicación de servidumbres en tierras eriazas, cuya definición no es clara y puede implicar tierras de Comunidades Campesinas que no están debidamente georeferenciadas, agudizando la afectación a su derecho a la propiedad y posesión de la tierra.

A continuación, detallamos los alcances de las figuras del acuerdo previo y servidumbre minera:

a) Acuerdo previo.-

La Constitución Política no sólo reconoce el derecho a la propiedad como un derecho funda-

²⁷ Leyva, A y Del Castillo A (2014); “La minería y su impacto en los recursos naturales y el territorio” en Propuestas de políticas públicas para una nueva minería en el Perú. Red Muqui y Propuesta Ciudadana.

mental de las personas sino que además, establece que es inviolable y en esa medida el Estado tiene la obligación de garantizarlo. Además, reconoce que el ejercicio de este derecho debe realizarse en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley.

En esa línea, mediante la Ley N° 26505, Ley de la Inversión Privada en el desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas, se reconoce que “la utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley.”

Esta ley reconoce el derecho de propiedad de los titulares de los terrenos superficiales sobre los cuales se encuentran los recursos minerales y, en virtud de dicho reconocimiento, se concede total libertad para que el titular defina si negocia o no con el titular de un proyecto minero las condiciones que consideren pertinentes para el desarrollo de dicho proyecto sobre el terreno superficial, pudiendo para ello celebrar contratos de arrendamiento, venta, cesión en uso, servidumbre, entre otros.

Uno de los principales problemas que ha encontrado al brindar esta libertad para una eventual negociación, dada a los propietarios, es que las negociaciones se dan en un ámbito privado, entre las comunidades y las empresas, sin participación alguna de instituciones del Estado para proteger los intereses de las comunidades frente a la gran asimetría existente respecto de las empresas (en información, capacidad económica y de negociación), lo que redundaría en perjuicio de las comunidades.

No se han brindado hasta la fecha, desde el Estado, facilidades para que las comunidades y poblaciones cuenten con asesores especializados que le puedan dar soporte a sus decisiones y procesos de negociación.

Lamentablemente el Estado, que ha debido cumplir dicha función, no cumple su rol tuitivo de derechos hasta el momento, sin brindar ese soporte a las comunidades y poblaciones afectadas, sino más bien brindando dichos apoyos sólo a los inversionistas.

Por otro lado, la legislación establece un régimen especial para el caso en que la titularidad del terreno superficial sobre el cual se encuentren los recursos minerales sea de comunidades campesinas o comunidades nativas. Así, se estableció que para disponer de las tierras comunales de una comunidad campesina de la costa, se requiere del voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los miembros asistentes a la asamblea instalada con el quórum correspondiente²⁸.

En cambio, si se trata de las tierras comunales de la sierra o selva, se establece que para disponer de estas tierras se requiere “del acuerdo de la Asamblea General con el voto conforme de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la comunidad”.

El agravante respecto de las tierras de Comunidades Campesinas lo trae el D.S. N° 001-2005-EM, vigente desde el 06 de enero del 2015, que dispone como un requisito para la disposición de sus tierras, el acuerdo con la Junta Directiva, cuando la Ley 24656, Ley de Comunidades Campesinas, y la Ley 26505, denominada “Ley de Tierras”, establecen que en la Asamblea Comunal la que puede tomar decisión, sin establecer con claridad si siempre se requiere el Acta de dicha Asamblea, restando con ello garantías al derecho a la propiedad comunal, pues sólo algunas personas podrían estar decidiendo por las tierras de toda una Comunidad.

28 Con respecto al quórum requerido para la instalación de la asamblea, el artículo 44 del Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas, establece que *“la Asamblea General ordinaria y extraordinaria, para sesionar válidamente, requiere en primera convocatoria, de la concurrencia de cuando menos la mitad más uno de los comuneros calificados, y en segunda convocatoria, con el número de comuneros calificados que establezca el Estatuto de la Comunidad.”*

Considerando que las actividades mineras se ubican en la sierra de nuestro país, la mayor parte de empresas han acudido a esta figura del acuerdo previo para lograr negociaciones y la eventual adquisición de los terrenos superficiales donde se encuentran sus concesiones mineras. Como bien se indicó previamente, uno de los grandes problemas que aún subsiste, es que este proceso resulta siendo desventajoso para las comunidades por la asimetría existente, dando como consecuencias los reclamos posteriores porque la población considera que no fue informada adecuadamente de los impactos que la actividad minera va a generar en su localidad, que no se le brindó el precio justo por sus tierras, que las tierras que fueron alquiladas para la actividad minera, no podrán ser reutilizadas cuando retornen a su poder porque se han afectado por los impactos mineros. No obstante, y a pesar de que en algunas zonas aún se evidencia este problema, a la fecha, las poblaciones ya se encuentran más empoderadas en el tema y pueden negociar de manera más satisfactoria para ellas.

Más allá de los problemas generados en una eventual negociación, se debe tener en cuenta la necesidad que las comunidades campesinas y las comunidades nativas, regularicen su organización comunal de acuerdo a las normas vigentes para estar preparados para cualquier proceso que les toque afrontar. En ese sentido, deben cumplir con ciertas formalidades como: (i) inscribir en Registros Públicos a la comunidad, su Estatuto y el padrón de comuneros; (ii) inscribir a la Directiva Comunal en el Ministerio de Agricultura y en Registros Públicos; y (iii) tener su padrón de comuneros al día con las formalidades que establece exige la Ley General de Comunidades.

En el caso de arribar a acuerdos en una eventual negociación sobre el uso de las tierras, debe ser asentado en el Libro de Actas de la Asamblea General de la Comunidad (sea venta, arrendamiento, uso temporal de las tierras comunales, o cualquier otro). El cumplimiento de estas formalidades previas es clave para evitar que se genere cualquier vicio en la negociación.

Nuevas normas respecto a las concesiones de beneficio y otros permisos

El 06 de enero del 2015, se publicó el D.S. N° 001-2015-EM, norma que modifica el Reglamento de Procedimientos Mineros, vigente desde 1992 y modificado el año 2012.

Dicha modificación establece nuevos plazos en el procedimiento de obtención de la concesión de beneficio, los que se han reducido de la siguiente manera:

1. Para recoger avisos que dan cuenta de la solicitud:
 - a. Rebaja de 15 a 7 días hábiles de presentada la solicitud
2. Para presentar oposiciones:
 - a. Rebaja de 30 a 15 días hábiles luego de la publicación del aviso
3. Para emisión de resolución aprueba proyecto concesión de beneficio o modificación:
 - a. Rebaja de 30 a 20 días hábiles siguientes a entrega de avisos, del plazo máximo para interponer oposición o de presentado el levantamiento de observaciones.
4. Diligencia de inspección de construcción de proyecto aprobado
 - a. Rebaja de 60 días naturales a 15 días hábiles luego de la fecha de solicitud.
5. Otorgamiento de título de concesión de beneficio y/o la autorización de funcionamiento de la planta de beneficio:
 - a. Antes no había plazo establecido. Ahora son 15 días hábiles luego de concluida la inspección.

El decreto supremo también simplifica los plazos en los procedimientos de otras autorizaciones.

Toda reducción afecta la rigurosidad del trabajo de los funcionarios de la autoridad administrativa en la aprobación de los estudios ambientales. Ellos ya se sentían presionados por las modificaciones establecidas en la Ley 30230 y sus normas conexas, y ahora con mayor razón con los nuevos plazos aún más reducidos, y con el silencio administrativo positivo que se aplica si no se cumple con la revisión en los plazos establecidos, que además implica procesos administrativos y penales en su contra.

Los riesgos se acrecientan de ésta manera respecto a los impactos, la poca rigurosidad en establecer los estudios que van a ser materia de fiscalización, y ahora que la OEFA ha perdido atribuciones, tampoco se realizará una adecuada fiscalización de la actividades y del cumplimiento de las medidas a las que las empresas se comprometen.

Esta misma norma establece que desde ahora, cuando se quiera modificar o ampliar una concesión de beneficio, ya no se tendrá que realizar un "procedimiento de modificación", si cuenta:

1. La capacidad instalada de una planta de beneficio o la instalación de nuevos componentes en nuevas áreas, siempre que éstos se encuentren dentro del área aprobada en el estudio ambiental.
2. La capacidad instalada para instalaciones adicionales y/o mejora tecnológica de procesos sin ampliación del área;
3. Instalaciones adicionales sin modificación de la capacidad instalada y sin ampliación del área.

Será suficiente si cuenta con un "informe técnico sustentatorio" (o minero, presentado por la empresa minera como justificación). Asimismo, se elimina el requisito de monitoreo ambiental actualizado que se exigía para obtener la autorización de inicio de actividades de exploración.

"El D.S. N° 001-2015-EM en su artículo 3°, respecto a la simplificación de procedimiento para concesión de beneficio regulado por el Reglamento de Procedimientos Mineros establece, en el numeral 3.1. respecto a la titularidad o autorización del terreno superficial donde se desarrollará el proyecto, que "en el caso de los terrenos superficiales inscritos a nombre de comunidades campesinas", en el literal c punto iii, indica que se requiere presentar "copia legalizada del Acta de JUNTA DIRECTIVA de la Comunidad Campesina que otorga la autorización de uso de terreno superficial a favor del solicitante".

Lo mismo ocurre en el literal d) del mismo artículo cuando se refiere a las tierras superficiales que están en "posesión" de Comunidades Campesinas pero no inscritos a su favor.

Éste artículo modifica el artículo 35 del Reglamento de Procedimientos Mineros, vigente desde 1992 pero modificado el año 2012, que establecía entre otros requisitos específicos para la obtención de una concesión de beneficio, en el literal d): "Documento que acredite que el solicitante es propietario o que está autorizado por el(los) propietario(s) del 100% de las acciones y derechos del predio para utilizar el(los) terreno(s) superficial(es) donde se realizará la actividad de beneficio, debidamente inscrito en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos - SUNARP o, en su defecto, el testimonio de escritura pública. En ambos casos, dichos documentos deberán contener las coordenadas UTM WGS 84 de los vértices de la poligonal que encierra cada terreno superficial".

Esto es muy grave, pues en la vigente Ley 26505, la denominada "Ley de tierras", en su artículo 11 se señala:

"Artículo 11°. -Para disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre las tierras comunales de la Sierra o Selva, se requerirá del Acuerdo de la Asamblea General con el voto conforme de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la Comunidad".

Asimismo en la Ley 24655, Ley General de Comunidades Campesinas, en su artículo 7° se señala “Por excepción podran ser enajenadas (las tierras de la Comunidad), previo acuerdo de por lo menos dos tercios de los miembros calificados de la Comunidad, reunidos en Asamblea General convocada expresa y únicamente con tal finalidad”.

En ambos casos se señala claramente que quien define la disposición de tierras es la Asamblea Comunal, y con voto de al menos 2/3 de todos sus miembros hábiles. No es una potestad de la Junta Directiva de la Comunidad el hacerlo.

Respecto de las Concesiones Mineras de Beneficio, otra modificación del Reglamento que plantea nuevos requisitos y preocupaciones, es la establecida respecto de las Comunidades Campesinas con título inscrito, pues en el punto 4, sólo exige un “documento de fecha cierta” para el procedimiento de otorgamiento, no estableciendo que tipo de documento se requiere, lo que es muy delicado ya que el único documento exigible por la normatividad de la materia, como ya hemos mencionao es el Acta de Asamblea General de la Comunidad Campesina, con la aprobación de por los menos 2/3 de los comuneros “calificados”, reiterando que el Acta de Junta Directiva en ningún caso puede cumplir dicha exigencia, según lo establecido en los artículos 7 (del territorio comunal) y 18 literal c) (atribuciones de la Asamblea Comunal) de la Ley de Comunidades Campesinas.

b) Servidumbre minera.-

En el supuesto que el titular minero y el propietario del terreno superficial no hayan logrado concretar el acuerdo previo, la legislación reconoce el derecho del titular minero de solicitar ante la Dirección General de Minería, el otorgamiento de una servidumbre legal minera para el uso del terreno y poder ejercer su actividad. Cabe indicar que la norma es clara en señalar que la servidumbre minera procederá únicamente en el caso que no enerve el derecho de propiedad, es decir que no limite el derecho de propiedad y limite el uso o disfrute de la propiedad.

El procedimiento administrativo para el otorgamiento de esta servidumbre ha sido establecido mediante el Reglamento del artículo 7 de la Ley N° 26505, referido a las servidumbres sobre tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos. Dicho procedimiento, contempla las siguientes etapas:

- (i) Etapa de trato directo: la legislación exige que la solicitud para el otorgamiento una servidumbre minera sólo se presentará luego de agotada la etapa de trato directo entre las partes. Esta etapa se inicia con la propuesta del titular minero, de una negociación para pactar la realización de actividades mineras sobre el terreno superficial que contiene un yacimiento minero. Esta propuesta tiene que estar dirigida al titular del terreno superficial, mediante carta notarial, ello con el fin de buscar que las partes, hasta el último momento, logren un acuerdo privado.

Transcurrido treinta días desde recibida la carta notarial por parte del propietario del terreno superficial sin que se haya producido acuerdo entre las partes, el titular minero notificará a la Dirección General de Minería, a fin de que ésta invoque a las partes a una conciliación, con el fin de que prevalezca la autonomía de la voluntad de las partes. Es preciso resaltar que antes del inicio de la etapa conciliatoria, la Dirección General de Minería debe instruir al propietario del terreno superficial sobre la legislación minera y de servidumbre legal minera, así como sobre los derechos que le asisten.

- (ii) Etapa de conciliación: la conciliación se realizará durante diez días hábiles ante un Centro de Conciliación y, en caso no se llegue a un acuerdo en dicho plazo, la Dirección General de Minería solicitará a la Dirección Regional Agraria de la jurisdicción del `proyecto, una terna, de la cual elegirá al Centro de Conciliación para que, en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, procure el acuerdo económico respecto de la servidumbre.

Simultáneamente a la invocación a conciliar, la Dirección General de Minería designará un

perito minero para que se pronuncie sobre la necesidad y magnitud de la servidumbre para el desarrollo de la actividad minera planeada; solicitará al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, la designación de un perito profesional, quien procederá a la tasación del área solicitada, elaborando, adicionalmente, un informe técnico debidamente sustentado que analice si la servidumbre es posible sin enervar el derecho de propiedad, es decir sin perjudicar al resto del predio de tal modo que lo haga inútil o lo afecte de manera sustantiva respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado. Ambas pericias serán remitidas en el plazo máximo de 15 días hábiles, al Centro de Conciliación y a la Dirección General de Minería, para que sirvan de referencia o base en sus respectivos procedimientos.

- (iii) Establecimiento de servidumbre legal minera: la falta de acuerdo durante la etapa conciliatoria pondrá fin a la búsqueda de acuerdos entre las partes y, en consecuencia, el titular minero podrá solicitar a la Dirección General de Minería, el inicio del procedimiento administrativo de servidumbre minera legal. Este procedimiento es dirigido por la Dirección General de Minería, la cual determinará si es viable la imposición legal de una servidumbre minera a favor del concesionario.

El análisis de la viabilidad de la servidumbre minera parte de los informes periciales producidos en la etapa conciliatoria. Sobre el particular, tanto el Director General de Minería, como el Director General de Promoción Agraria del Ministerio de Agricultura, emitirán cada uno su opinión técnica, señalando en forma expresa si la servidumbre es posible sin enervar el derecho de propiedad, teniendo para ello en cuenta los dictámenes periciales. En caso se considere que las pericias contienen vicios o defectos, la Dirección General de Minería ordenará que los peritos los subsanen en un plazo máximo de quince (15) días hábiles.

Si se determina que la servidumbre es posible sin enervar el derecho de propiedad –es decir, que no se perjudique el resto del predio sirviente de tal modo que lo haga inútil o lo afecte de manera sustantiva respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado– el Director General de Minería preparará el proyecto de Resolución Suprema que fija la indemnización, conjuntamente con la minuta de establecimiento de la servidumbre, elevando todos los actuados para la expedición de la Resolución Suprema que impondrá la servidumbre, la que será refrendada por los Ministros de Energía y Minas y de Agricultura.

Una vez expedida la Resolución Suprema, el titular minero tendrá el plazo máximo de diez días (contados desde la notificación de la Resolución) para consignar en el Banco de la Nación el monto de la indemnización, bajo pena de declararse abandonada la solicitud. La Resolución Suprema que otorgue la servidumbre sólo podrá contradecirse ante el Poder Judicial respecto al monto de la indemnización fijada, más no contra la servidumbre legal en sí.

En caso la Dirección General de Minería determine que la servidumbre enervará el derecho de propiedad, se denegará el pedido del titular minero mediante Resolución Ministerial expedida por el Ministro de Energía y Minas.

Al respecto de esta figura legal, debemos señalar que si bien se encuentra recogida en la legislación, las ocasiones en donde los concesionarios mineros optan por seguir este procedimiento son muy limitadas y casi inexistentes. En primer lugar, para evitar futuros conflictos con las poblaciones locales; en segundo, porque son muy poco comunes los casos en que se puede desarrollar actividades mineras “sin enervar” el derecho de propiedad del titular del terreno superficial. Toda actividad minera genera impactos, y el hecho que las tierras no puedan utilizarse para la misma finalidad para la que estaban destinadas, luego de la servidumbre en el caso minero, afecta su utilidad y en la práctica se convierte en una expropiación encubierta.

En la práctica es tan poco usual la servidumbre, que una de las últimas servidumbres mineras dadas en los últimos diez años fue impuesta el año 2010 para unos terrenos ubicados en Cajamarca, la que se dio luego de que la empresa hubiera negociado previamente de manera particular con cada uno de los poseedores de los terrenos, no habiendo logrado llegar a un acuerdo con todos. Al final, si bien se impuso la servidumbre, la empresa posteriormente tuvo que dialogar con los pobladores para pagar una compensación adicional al monto establecido en la resolución que aprobó la servidumbre.

En ese escenario en el cual la imposición de una servidumbre legal puede conllevar un conflicto social, los titulares mineros están optando por la figura del acuerdo previo a efectos de operar legalmente sus concesiones y desarrollar sus actividades mineras.

En ese sentido el proyecto 3941 que se encuentra en discusión en el Congreso de la República introduce un nuevo gran problema, vinculado con el anterior, que es el de las tierras eriazas. Sobre tierras eriazas, ni el proyecto ni las normas vigentes tienen una definición exacta, sólo podemos encontrar referencias. En todo caso queda claro de la normatividad vigente que son aquellas tierras que por problemas de irrigación de agua (mayor o menor), no son cultivables. No existe a la fecha una referenciación de las mismas de parte del Estado, ni se han seguido procedimientos de saneamiento físico legal para establecer cuáles son de su propiedad.

Nuestras normas legales establecen que las tierras eriazas pueden ser no sólo de propiedad del Estado, sino de terceros como es el caso de las comunidades campesinas y nativas, no existiendo necesariamente registro donde conste dicha propiedad en favor del Estado.

De otro lado, al no haberse continuado con los procesos de titulación de tierras para Comunidades, que se dejaron de otorgar de manera colectiva desde el año 2010, cuando estaba dicho proceso a cargo de Cofopri, muchas comunidades las ocupan pero no han formalizado su situación por la desidia del Estado en cumplir su obligación legal de otorgar títulos de propiedad comunal.

El proyecto de ley lo que plantea, es que se otorguen e impongan servidumbres a favor proyectos de inversión en tierras eriazas, que pueden ser de propiedad comunal, lo que podría agudizar aún más los conflictos sociales, especialmente vinculados con industrias extractivas y obras de infraestructura, violentando derechos constitucionales como el de propiedad (art. 70), la autonomía comunal para el uso de la tierra (art. 89), la Ley de Comunidades Campesinas - 24656 (art. 7), la Ley de Tierras (art. 11) además de normas internacionales como el Convenio 169 de la OIT (arts. 14 y 15).

Finalmente, es preciso señalar, que si bien en la legislación minera se recoge como un derecho del concesionario minero la posibilidad de solicitar la expropiación si la servidumbre enerva el derecho de propiedad, esta disposición se encuentra tácitamente derogada debido a que contraviene otras disposiciones legales e incluso disposiciones establecidas en la misma Constitución. En ese sentido, y considerando lo establecido en el artículo 70 de la Constitución Política, hoy día resulta inviable la posibilidad de una expropiación con fines mineros, por cuanto el desarrollo de la actividad minera no constituye un supuesto de seguridad nacional o necesidad pública para que justifique esta figura.

A continuación, se presenta un resumen de las opciones existentes para obtener el permiso del propietario del terreno superficial:

Supuestos legales para la adquisición del terreno superficial		
Titular del derecho	Primera opción	Segunda opción
Si el titular del terreno es un privado	Acuerdo previo con el titular o la culminación del	Culminación del procedimiento de servidumbre (sin enervar el derecho de propiedad): (i) etapa trato directo, (ii) etapa de conciliación, (iii) aprobación de resolución suprema.
Si el titular del terreno es una comunidad campesina de la costa	Acuerdo previo, que para aprobarlo requiere el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los miembros asistentes a la Asamblea instalada con el quórum correspondiente	Culminación del procedimiento de servidumbre (sin enervar el derecho de propiedad): (i) etapa trato directo, (ii) etapa de conciliación, (iii) aprobación de resolución suprema.
Si el titular del terreno es una comunidad campesina de la sierra o una comunidad nativa de la selva	Acuerdo previo, que requiere el acuerdo de la Asamblea General de la comunidad, con el voto conforme de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la comunidad	Culminación del procedimiento de servidumbre (sin enervar el derecho de propiedad): (i) etapa trato directo, (ii) etapa de conciliación, (iii) aprobación de resolución suprema.
Sobre terrenos de propiedad del Estado	Mediante las modalidades de subasta, venta directa, arrendamiento u otros	---

3.2.2. Certificación Ambiental

Otro de los requisitos fundamentales que el titular minero requiere, previo al inicio de sus operaciones, es la certificación ambiental aprobada por la autoridad ambiental competente. En tanto que la gestión ambiental peruana es transectorial, es decir que cada sector mantiene competencias ambientales para las actividades que regula, para el caso de las actividades mineras, la autoridad ambiental competente es la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM) del Ministerio de Energía y Minas.

En ese sentido, será dicha entidad quien apruebe los Estudios Ambientales y otorgue la certificación ambiental al titular minero; no obstante ello y dada la transferencia de competencias ambientales que se han dado en los últimos años, la supervisión de los compromisos ambientales y sociales asumidos por el titular minero en dichos Estudios Ambientales, estará a cargo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

Respecto a la certificación ambiental, la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA) establece que no podrá iniciarse la ejecución de proyectos o actividades que puedan causar impactos ambientales negativos significativos, así como tampoco podrán ser aprobados, autorizados, permitidos, concedidos ni habilitados por ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local, si no cuentan previamente con la certificación ambiental expedida por la respectiva autoridad competente. Para la obtención de dicha certificación ambiental, los titulares mineros, dependiendo de la actividad que van a llevar a cabo podrán calificar en las siguientes categorías de Estudios establecidas en la legislación:

Tipos de Estudios Ambientales			
Categoría	Tipo de proyectos	Certificación ambiental	Actividades que requieren Estudio Ambiental
Categoría I	Proyectos cuya ejecución no origina impactos ambientales negativos de carácter significativo	Declaración de Impacto Ambiental (DIA)	Proyectos de exploración minera que impliquen cualquiera de los siguientes aspectos: (i) un máximo de 20 plataformas de perforación, (ii) un área efectivamente disturbada menor a 10 hectáreas, (iii) la construcción de túneles de hasta 50 metros de longitud.
Categoría II	Proyectos cuya ejecución puede originar impactos ambientales moderados y cuyos efectos negativos pueden ser eliminados o minimizados mediante la adopción de medidas fácilmente aplicables.	Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIA-sd)	Proyectos de exploración que impliquen cualquiera de los siguientes aspectos: (i) más de 20 plataformas de perforación, (ii) un área efectivamente disturbada mayor a 10 hectáreas, (iii) la construcción de túneles de más de 50 metros de longitud
Categoría III	Proyectos cuyas características, envergadura y/o localización, pueden producir impactos ambientales negativos significativos, cuantitativa o cualitativamente, requiriendo un análisis profundo para revisar sus impactos y proponer la estrategia de manejo ambiental correspondiente.	Estudio de Impacto Ambiental detallado (EIA-d)	Proyectos de explotación minera, labor general, beneficio de minerales, transporte de minerales o de almacenamiento de concentrados de minerales en depósitos ubicados fuera de las áreas de las operaciones

La legislación establece un contenido mínimo que el titular minero debe cumplir para la elaboración de sus Estudios de Impacto Ambiental Semidetallados y Detallados : (i) descripción del proyecto; (ii) una línea de base que precise las características del área o lugar donde se ejecutará el proyecto; (iii) un plan de participación ciudadana²⁹; (iv) una caracterización del impacto ambiental; (v) una estrategia de manejo ambiental que debe considerar un plan de contingencias, un plan de relaciones comunitarias, un plan de compensación, un plan de manejo ambiental, un plan de cierre a nivel de propuesta; (vi) valorización económica del impacto ambiental.

Es preciso indicar que todos los planes contenidos en la estrategia ambiental tienen como principal objetivo minimizar el impacto ambiental que generan las actividades mineras. En esa línea, el instrumento del plan de cierre se convierte en una herramienta útil para comprometer al titular minero a cerrar sus operaciones de una manera ambientalmente adecuada. Este instrumento, que es muy poco conocido, en la legislación de países en donde las actividades mineras son prioritarias, se presenta a nivel de propuesta con el Estudio Ambiental y a un año de aprobado dicho Estudio, el titular tiene la obligación de presentar un plan de cierre al detalle, el cual además implica el otorgamiento de una garantía financiera a favor del Ministerio de Energía y Minas que avale las actividades comprendidas en el plan de cierre.

Es preciso indicar que la certificación ambiental mantiene una vigencia de hasta cinco años desde su emisión, si es que el titular no ha iniciado la ejecución del proyecto. Es decir, que si se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental de un proyecto minero y éste no logra llevarse a cabo en el plazo de cinco años, el titular va a tener que presentar un nuevo Estudio para poder iniciar sus actividades.

Un gran problema que se viene frente a las Certificaciones Ambientales es el que traen los paquetes normativos dados recientemente.

La Ley 30230, por ejemplo, establece reducción de plazos para las opiniones de los sectores competentes para la aprobación de un EIA, y además establece sanciones a los funcionarios que no cumplan con emitirlos en dichos plazos. Ello no garantiza la rigurosidad de las opiniones, y que están no tengan elementos suficientes y no garanticen derechos de las poblaciones y comunidades.

Lo preocupante respecto a de las Certificaciones Ambientales, es como quedan éstos procedimientos en la práctica luego de la emisión del D.S N° 006-2015-MINAM, que ha aprobado el Cronograma de Transferencia de Funciones de las Autoridades Sectoriales al Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles – SENACE. Y es que esta entidad, que aún no funciona en plenitud, estará a cargo de uno de los temas que propone el ya citado proyecto de ley 3941, la “Certificación Ambiental Global” (CAG).

Si bien es el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) la primera instancia que inicia la transferencia de funciones al SENACE desde el 1° de abril, no se define fecha para su culminación. En ese período “en tanto se implemente el “procedimiento de Certificación Ambiental Global”, según la primera disposición complementaria transitoria, serán “las autoridades competentes del sector, las responsables del proceso”. Ello genera que se mantenga, en el MINEM, la doble instancia de promotor de inversión minera y autoridad ambiental en el sector, con el riesgo que ello implica para las decisiones que se tomen.

Además de ello, el proceso mismo de “Certificación Ambiental Global”, no sólo requiere basarse en la “simplificación administrativa” y la “reducción de trámites” como se argumenta para ello, sino que debe contarse con un Estado funcional y eficiente, que cuente con procesos unificados y debidamente coordinados entre las instancias competentes, para lo que aún las instancias estatales no están preparadas.

²⁹ Documento mediante el cual el titular minero propone a la autoridad minera los mecanismos de participación que se usarán durante la evaluación del EIA o EIA y durante la operación del proyecto.

Otro problema que plantea el citado proyecto de ley 3941, es el uso de las líneas de base de otros proyectos de inversión que se realicen en la misma área de influencia de los proyectos de infraestructura o de “gran envergadura”. Desde Red Muqui hemos reiterado nuestra preocupación, en tanto éstas líneas de base deben ser adecuadas para la actividad que se pretende realizar y ser debidamente actualizadas. Se entiende que las líneas de base están relacionadas con las particularidades de cada proyecto, y no deben “evitar realizarse” por “simplificación administrativa” o para evitar gastos al inversionista, cuando su razón de ser es realizar una adecuada fiscalización del proyecto, y de sus impactos ambientales y sociales.

3.2.3. Participación Ciudadana

Otro elemento que el titular minero tiene que tener en cuenta de manera previa al inicio de sus operaciones, es el proceso de participación ciudadana que tiene que cumplir como parte del proceso de evaluación y aprobación de sus Estudios Ambientales.

Este requisito resulta esencial dado que sin que se cumpla con los mecanismos obligatorios establecidos, la DGAAM no podrá dar inicio a la evaluación del Estudio Ambiental, y en este sentido, el titular minero no podrá contar con la certificación ambiental, requisito obligatorio para el inicio de actividades de exploración y explotación minera

En esa medida, el cumplimiento del proceso de participación ciudadana se convierte en un requisito esencial, reconociendo este derecho como un derecho constitucional que tiene toda persona y que le permite “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”.

Este derecho constitucional que es materializado en las normas ambientales, faculta a todas las personas a presentar opiniones, posiciones, puntos de vista, observaciones y/o 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, circunscribiendo dicha participación a una actuación responsable, de acuerdo con las reglas y procedimientos de los mecanismos formales establecidos para tal fin y conforme con los principios de buena fe, transparencia y veracidad.

Bajo ese marco, el Ministerio de Energía y Minas aprobó el Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero y las normas que regulan dicho proceso con el fin de poner a disposición de la población involucrada, información oportuna y adecuada respecto de las actividades mineras proyectadas o en ejecución, promover el diálogo y la construcción de consensos entre las empresas y las poblaciones locales y conocer y canalizar las opiniones, posiciones, puntos de vista, observaciones y/o aportes de la población respecto de las actividades mineras para la toma de decisiones de la autoridad en los procedimientos administrativos a su cargo.

Conforme con dichos objetivos, las referidas normas establecen diversas etapas en las que se debe llevar a cabo dicho proceso, planteando asimismo los mecanismos que se deben llevar a cabo en cada una de dichas etapas.

Es preciso señalar que los mecanismos de participación ciudadana son meramente informativos de las actividades que se están llevando a cabo o se van a llevar a cabo en una localidad, no permiten que la población incida en la realización o no de un proyecto minero, ni consideran por ello la asistencia técnica de las poblaciones y comunidades para entender lo descrito en estudios sumamente técnicos, ya que sólo buscan absolver dudas y recibir aportes para el proyecto que se pretende realizar. Es por ello que consideramos que los mecanismos existentes, no coadyuvan a promover un verdadero diálogo y evitar conflictos socio-ambientales.

Este proceso que va desde el otorgamiento de la concesión hasta la fase de cierre, comprende prioritariamente los siguientes mecanismos:

Mecanismos de participación ciudadana exigidos por cada etapa de la actividad minera	
Etapa de la actividad	Mecanismo de participación ciudadana
Otorgamiento de la concesión minera	Se Realizan eventos informativos (foros, conferencias, talleres, entre otros) pero no son una exigencia para el otorgamiento. El MINEM sólo exige la publicación de un aviso en el diario oficial El Peruano o el diario de publicaciones legales local, pero no hay exigencia alguna de otros mecanismos ni al solicitante ni al Estado.
Exploración minera (proyectos categoría I con DIA)	Taller informativo (al menos uno) Presentación del Protocolo de Relacionamiento comunitario Acceso al Estudio Ambiental Difusión en la página web de la autoridad competente Remisión de aportes, comentarios y observaciones al Estudio Ambiental
Exploración minera (proyectos categoría II con ELAsd)	Talleres informativos (al menos uno) Plan de participación ciudadana Acceso al Estudio Ambiental Difusión en la página web de la autoridad competente Remisión de aportes, comentarios y observaciones al Estudio Ambiental Publicación de avisos en periódicos Anuncios radiales Entrega de Estudio Ambiental a la población
Explotación y beneficio minero	Plan de participación ciudadana Acceso al Estudio Ambiental Difusión en la página web de la autoridad competente Remisión de aportes, comentarios y observaciones al Estudio Ambiental Talleres informativos Publicación de aviso en diario Anuncios radiales Carteles Presentación de aportes, comentarios u observaciones Audiencia pública
Ejecución del proyecto	Oficina de información permanente Monitoreo participativo Otros establecidos en el Plan de participación ciudadana
Cierre de minas	Publicación de avisos Acceso de la población a los resúmenes ejecutivos y al contenido del Plan de Cierre Difusión de información a través de un equipo de facilitadores Presentación de aportes, comentarios u observaciones Otros que el titular minero estime conveniente

Con el fin de que se conozca más sobre el alcance de los mecanismos de participación ciudadana establecidos en la legislación, presentamos el siguiente cuadro que recoge todos los mecanismos establecidos en el Reglamento, tanto los obligatorios, como aquellos que el Ministerio ha contemplado para que los titulares mineros puedan recogerlos como instrumentos adicionales de relacionamiento con la población:

Mecanismos de participación para actividades mineras	
Mecanismo	Sumilla
Acceso de la población a los Resúmenes Ejecutivos y al contenido de los Estudios Ambientales	Consiste en la entrega del Resumen Ejecutivo del Estudio Ambiental (por escrito, en medio digital y en cualquier otro medio que la autoridad competente considere idóneo), previa revisión y conformidad de su contenido por parte de la DGAAM, a las autoridades públicas, comunales o vecinales y a personas o entidades interesadas o que puedan facilitar su difusión, con la finalidad de promover el fácil entendimiento del proyecto minero y del Estudio Ambiental correspondiente; y, la revisión del texto completo de dicho Estudio Ambiental, en las sedes indicadas por la autoridad.
Publicidad de avisos de participación ciudadana en medios escritos y/o radiales	Consiste en la difusión de avisos en diarios de mayor circulación y mediante anuncios radiales, dando cuenta de la presentación de un Estudio Ambiental ante la autoridad competente, del plazo para la revisión del texto completo del Estudio Ambiental y para la presentación de observaciones y sugerencias.
Encuestas, entrevistas o grupos focales	Destinadas a recabar información sobre actividades, intereses, percepciones y otro tipo de información que deba considerarse en el diseño de las actividades de exploración y explotación del proyecto minero y en la toma de decisiones que le compete a la autoridad.
Distribución de materiales informativos	Medios escritos, de audio o audiovisuales, que tienen por fin ilustrar y dar a conocer, de manera sencilla y didáctica: (i) las actividades propuestas o en ejecución; (ii) las medidas de manejo ambiental que cumplirá o viene cumpliendo la empresa y, (iii) otra información que pueda ser relevante. Deben ser elaborados en un lenguaje sencillo, coloquial y usando la lengua mayoritariamente usada y comprendida por la población involucrada.
Visitas guiadas al área o a las instalaciones del proyecto	Visitas guiadas por personal especializado dispuesto por el titular minero (con o sin participación de la autoridad), a fin de mostrar: (i) las características del lugar en el que se desarrollará el proyecto materia del Estudio Ambiental; (ii) las medidas de prevención, control y mitigación empleadas en caso el titular haya desarrollado proyectos previos; y, (iii) cualquier otro aspecto relevante para el proceso de participación ciudadana.
Interacción con la población involucrada a través de un equipo de facilitadores	Dispuesto por el titular minero (en coordinación con la autoridad), el equipo de facilitadores visita el área de influencia del proyecto minero (casa por casa o comunidad por comunidad), con la finalidad de informar y recoger percepciones sobre el Estudio Ambiental a elaborar, que se viene elaborando o que está siendo revisado por la autoridad, sobre el proyecto minero, sus posibles impactos y las medidas de prevención, control y mitigación a adoptarse.
Talleres participativos	Orientados a brindar información, establecer un diálogo y conocer percepciones, preocupaciones e intereses de la población respecto del proyecto minero, antes de la elaboración del Estudio Ambiental, durante su elaboración, o durante la evaluación a cargo de la autoridad.
Audiencias públicas	Acto público dirigido por la autoridad competente, en el cual se presenta el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIASd) de proyectos de explotación y beneficio minero, registrándose los aportes, comentarios u observaciones de los participantes.

Presentación de aportes, comentarios u observaciones ante la autoridad competente	Consiste en facilitar el ejercicio del derecho a la participación mediante la presentación de aportes, comentarios u observaciones ante la autoridad competente en el plazo establecido en el marco normativo aplicable.
Oficina de información permanente	Consiste en el establecimiento o disposición, por parte del titular minero, de un ambiente físico en un lugar apropiado para el acceso de la población involucrada, en el cual se brinde información sobre el proyecto minero y se absuelva las interrogantes que respecto de éste, el Estudio Ambiental o su cumplimiento pueda tener dicha población.
Monitoreo y vigilancia ambiental participativo	Consiste en promover de manera organizada, la participación de la población involucrada para el acceso y generación de información relacionada a los aspectos ambientales de las actividades de explotación minera, luego de aprobado los EIA o EIAsd, a través del seguimiento y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones del titular minero.
Uso de medios tradicionales	Consiste en aquellas formas de participación identificadas de acuerdo a las características sociales y culturales de la población involucrada, las cuales deberán ser identificadas y planteadas por el titular minero en la propuesta de Plan de Participación Ciudadana para la consideración de la autoridad competente, sin perjuicio de que ésta las disponga de oficio.
Mesas de Diálogo y de Desarrollo	Se define como un espacio permanente o temporal de interacción entre los representantes acreditados de la población involucrada, de la sociedad civil organizada, de los titulares mineros y las autoridades locales, regionales o nacionales con competencias, en el que se aborda determinados asuntos ambientales o socio ambientales relacionados al proyecto minero, a fin de construir consensos y establecer acuerdos. Será el Ministerio de Energía y Minas quien promueve la conformación de la Mesa de Diálogo en coordinación con las autoridades regionales o locales con competencias en minería o medio ambiente. En realidad es un espacio que busca desconflictivar primero para luego “negociar” para llegar a acuerdos. No es un espacio de escucha de la población sobre sus preocupaciones, demandas y expectativas, donde eventualmente se pueda definir la realización o no de un proyecto. Una variante reciente de estas mesas son las Mesas de Desarrollo, que es la forma de entender la prevención actualmente. Estas Mesas priorizan llevar a las poblaciones o comunidades en zonas mineras los programas sociales del gobierno y brindar facilidades de proyectos a las autoridades regionales y locales, para lograr facilitar una negociación para el ingreso de los proyectos mineros

La norma señala que es el titular minero en coordinación con la DGAAM del MINEM, el que selecciona los mecanismos de participación ciudadana que se llevarán adelante, “priorizando la protección del derecho a la participación ciudadana de la población o poblaciones involucradas”, que en la práctica se ve reducido al derecho a la mera información. En ese sentido, la DGAAM -autoridad competente para orientar, dirigir y llevar a cabo procesos de participación ciudadana relacionados con las actividades mineras- seleccionará los mecanismos de participación ciudadana tomando en cuenta el área de influencia del proyecto, delimitada en función de sus impactos, así como los centros poblados, comunidades, autoridades locales, o grupos con interés a quienes posiblemente alcancen los impactos del proyecto, que habitan o desarrollan algún tipo de actividad en dicha área.

Estos mecanismos de participación, en especial las audiencias públicas y los talleres informativos, son requisitos cuya realización resulta determinante para la evaluación del proyecto. Así por ejemplo, el caso de las fallidas audiencias públicas llevadas a cabo en el caso de un proyecto ubicado en Arequipa y anteriormente en el caso Tambogrande, han impedido entre otros puntos que el titular obtenga la certificación ambiental y con ello el inicio de operaciones del proyecto. No obstante, es preciso recalcar que los resultados o conclusiones luego de este proceso, no son vinculantes para la autoridad competente, sirviendo únicamente como referencia para la mejora de los Estudios Ambientales, pues en éste procedimiento no está en juego la realización o no del proyecto.

En la práctica, estos procesos más que buscar la comunicación o el diálogo entre las partes, terminan convirtiéndose en meros requisitos exigidos que se deben cumplir para la aprobación de los estudios ambientales.

En conclusión debemos señalar que los mecanismos de participación ciudadana descritos sólo permiten una participación de baja intensidad, en el sentido que es concebida como proveer información, promover dialogo, recoger opiniones, aportes etc. sobre las actividades mineras para la toma de decisiones. A ello se suma la falta de definición precisa de la zona de influencia del proyecto, las dificultades prácticas para transmitir información técnica y compleja a poblaciones con bajos niveles de educación³⁰, la presencia de actores con intereses diversos en el territorio.

La reciente promulgación de la Ley de Consulta Previa (en 2011) que consagra un derecho largamente esperado de las comunidades nativas, puede generar en la práctica algunas confusiones con el derecho a la participación ciudadana que venimos de explicar. Por ello, pasamos a describir este derecho por la importancia que ha cobrado en los últimos tiempos.

3.2.4 Consulta previa

La consulta previa es el derecho que detentan los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas, así como planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente sus derechos colectivos, su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. Este derecho fue reconocido en el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, al cual nuestro Estado se encuentra adscrito desde 1995³¹.

En la línea de lo antes indicado, este derecho recae solamente en pueblos indígenas, quienes son los únicos destinatarios del mismo. El Convenio 169 señala que son pueblos indígenas u originarios, según los criterios objetivos y subjetivos que establece, aquellos pueblos que se auto reconozcan como tales, y desciendan de poblaciones que habitaban en el país en la época de la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.

El Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR), en sus observaciones al Estado Peruano sobre el Cumplimiento del Convenio 169 del año 2013³², respecto a los criterios de identificación de los pueblos indígenas, resalta que “los criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios establecidos en el Reglamento (de la Ley de Consulta Previa) donde se expresa que los criterios establecidos en el artículo 7 de la Ley del Derecho a la Consulta Previa, deben ser interpretados en el marco de lo señalado en el artículo I del Convenio (artículo 3, k, del Reglamento)”. Esto quiere decir, que para entender a quienes nos referimos cuando hablamos

30 Leyva A (2012); “Legislación minera en el derecho comparado. Chile, Ecuador, Perú, Guatemala, El Salvador” pg. 88-90. Fedepaz, Perú.

31 El Convenio fue ratificado por nuestro país mediante Resolución Legislativa N° 26253, del 05 de diciembre de 1993; y entra en vigencia a partir del 02 de febrero de 1995.

32 Perú: Informe Alternativo 2013 sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT – Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. Setiembre 2013.

de Pueblos Indígenas en el Perú, no podemos ajustarnos únicamente a lo establecido en la Ley y el Reglamento, sino hacerlo considerando lo establecido en el artículo I del Convenio, que el Convenio se aplica “a los pueblos en países independientes considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” (Convenio 169 de la OIT, art. I, a.).

En ese sentido el CEACR ha reiterado en sus observaciones del año 2013 al Estado Peruano, “la necesidad de que todas las comunidades indígenas (campesinas y nativas), estén cubiertas por el Convenio, independientemente de su denominación”, en ese sentido todas debieran ser pasibles de consulta previa.

Respecto de la Base de Datos de Pueblos Indígenas cuya construcción ha iniciado el Viceministerio de Interculturalidad, la CEACR ha precisado que “si bien tiene un carácter declarativo y referencial, no es un registro constitutivo de derechos”. En ese sentido el Gobierno tendrá que precisar en su momento, además de los pueblos indígenas que la integran, de qué manera y bajo qué criterios la ha actualizado, evaluando el uso que le haya dado. En ese sentido debe explicar si ha seguido las recomendaciones del CEACR para establecer la concepción de pueblos indígenas que se ha tenido para completar dicha base de datos y asegurar que entonces no se han excluido de las medidas destinadas a dar cumplimiento al Convenio a grupos determinados de la población nacional³³.

El objetivo principal de la consulta, según el artículo 3 de la Ley de Consulta Previa, es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado para la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos.

Según el artículo 15 de la Ley de Consulta Previa y el propio Convenio 169 señala, la decisión final sobre la medida administrativa o legislativa en consulta, finalmente la toma el Estado. Sin embargo, dicha decisión si fuera contraria a la que tuviere el pueblo indígena consultado, tendrá que ser debidamente motivada, es decir los argumentos para dicha decisión deberán ser sustentados para explicar las razones de tomar una decisión distinta, habiendo evaluado las consecuencias que ello pueda generar. Asimismo, el Estado deberá tomar todas las medidas necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.

De acuerdo con los alcances de la legislación en la materia, para la materialización de este derecho, las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa, deben cumplir las siguientes etapas mínimas del proceso de consulta: (i) identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta; (ii) identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados; (iii) publicidad de la medida legislativa o administrativa; (iv) información sobre la medida legislativa o administrativa; (v) evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente; (vi) proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios; y, (vii) decisión.

Respecto de los proyectos extractivos, las normas peruanas, entre ellas la Ley de Consulta Previa, Ley N° 29785 y su Reglamento, limitan los procesos de consulta a “la medida administrativa que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la administración la suscripción de contratos con el mismo fin” (artículos 6 y 3, inciso i, del Reglamento y Artículo 2 de la Ley). Por lo tanto, realizan una confusión entre el régimen jurídico del artículo 6.1.a. y lo del artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT.

En ese caso no se aplica la condición de estar frente a una “medida administrativa”, ni tampoco se aplica el criterio de la “afectación directa” mencionado en el artículo 6.1. Bajo el artículo 15.2., la afec-

33 Perú: Informe Alternativo 2013 sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT – Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. Setiembre 2013

tación del territorio indígena no es una condición de la consulta previa sino su objeto, es decir, la consulta previa se realiza para determinar en qué grado el proyecto pueda afectar los “intereses” de los pueblos al explorar o explotar los recursos existentes en las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera.

Esa confusión tiene varias consecuencias: (i) si bien la Ley menciona la necesaria consulta de los planes y programas de desarrollo nacional y regional (Art. 2), no se regula sus modalidades; por ello no se garantiza la participación de los pueblos indígenas en la planificación estratégica. (ii) no se garantiza la consulta previa desde las primeras etapas de los proyectos. Bajo éste alcance se entiende que los procedimientos administrativos de otorgamiento de concesiones mineras, no recaen bajo el concepto de medida administrativa, reduciendo así la influencia posible de los pueblos afectados sobre las propuestas de concesión; (iii) las normas no permiten la celebración de varias consultas durante el proceso de otorgamiento de las licencias; (iv) no se regula la consulta sobre las consecuencias actuales de proyectos ya aprobados; (v) las normas nacionales prevén excepciones (servicios públicos, reinicio de actividades, medidas complementarias) que podrían limitar el derecho a ser consultado; (vi) no se garantiza la participación específica de los pueblos indígenas en la realización de los estudios de impactos sociales y ambientales. Además, no se garantiza la realización de esos estudios cuándo el proyecto tiene impactos leves o nulos sobre el medio ambiente³⁴.

Por todo ello, es claro que la implementación de la Ley de consulta previa, aprobada por unanimidad en el Congreso de la Republica, es vista por las empresas y por el Ministerio de Energía y Minas como un factor que obstaculizaría las inversiones, por lo que ejercen presión para que la aplicación de esta ley se limite a las comunidades indígenas amazónicas, dejando de lado a las comunidades campesinas de la sierra.

En correlación con ello, se ha hecho pública la base de datos de los pueblos indígenas en la página web del Ministerio de Cultura, la que es incompleta, argumentando el Viceministerio de Interculturalidad a cargo, que aún está en construcción, y que se irá completando en la medida que sea la comunidad que se considere afectada por un proyecto de inversión la que solicite el reconocimiento. En otras palabras, los procesos de consulta se iniciarían “a pedido de parte” y serían atendidos “caso por caso”³⁵.

El reglamento de la Ley de Consulta Previa, publicado en abril del 2012, no solo consideraba la elaboración de la base de datos oficial de los Pueblos Indígenas del Perú, sino que además precisaba que ésta debe ser de “acceso público”. Publicarla incompleta y dejar que las comunidades indígenas se autovaliden es no respetar los derechos ciudadanos y relativizar el convenio 169 de la OIT. Las marchas y contramarchas del gobierno en esta materia contribuyen a generar mayor desconfianza, especialmente entre las comunidades campesinas del ande, en cuyos territorios se asientan muchos proyectos mineros.

Diferencias entre el derecho a la participación ciudadana y el derecho a la consulta previa		
Temas	Derecho a la participación ciudadana	Derecho a la consulta previa
Beneficiarios	Todos a nivel general	Sólo Pueblos Indígenas
Etapas de desarrollo	En cualquier etapa del proyecto minero	Actualmente sólo se aplicaría (no ha habido consultas en minería aún) al otorgamiento de un acto administrativo que faculte el inicio de la actividad
Quién la ejecuta	Dependiendo de la etapa en la que se dé, Estado y empresa	Estado
Quién decide finalmente	El Estado	El Estado

34 Perú: Informe Alternativo 2013 sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT – Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. Setiembre 2013

35 Editorial de mayo 2013. Grupo Propuesta Ciudadana.

3.2.5. Restos arqueológicos

Considerando que el Perú posee un gran patrimonio arqueológico que no necesariamente está registrado, la normativa establece ciertas obligaciones que todo titular de actividades mineras deberá cumplir de forma previa y permanente al desarrollo de sus actividades con la finalidad de preservar los posibles vestigios arqueológicos que se encuentren en el área de influencia de su concesión.

En este sentido, se establece la obligación que todo titular minero cuente con un Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA) de forma previa a la realización de sus actividades mineras. El CIRA es el documento mediante el cual el Ministerio de Cultura certifica que en un área determinada no existen evidencias arqueológicas.

En el caso en que en el proceso de aprobación del CIRA, se encontrase algún indicio de evidencias arqueológicas, el Ministerio de Cultura desestimaré la solicitud de otorgamiento del Certificado; en caso el titular de la actividad estime continuar con el proyecto, será necesaria la presentación de un Proyecto de Evaluación Arqueológica en donde se realizarán excavaciones restringidas con el fin de delimitar nuevamente el proyecto, a efectos de que no impacte restos arqueológicos o rescatar los restos arqueológicos. Este documento será evaluado y aprobado por el Ministerio de Cultura en tanto cumpla con los lineamientos de protección establecidos en la legislación.

Cabe indicar que el procedimiento de obtención del CIRA se da de manera complementaria a la tramitación de la certificación ambiental y no para la obtención de la concesión minera. Sin embargo, en el mismo título de la concesión minera se indica al titular que para el inicio de sus actividades tendrá que cumplir con la obtención de este certificado.

Recientemente el año 2013 se dictó el DS 054–2013-PCM, estableciendo que para la aprobación del CIRA, ya no se consideraría un requisito la presentación del un proyecto de evaluación arqueológica (PEA) mecanismo que obligaba a una demora importante con ello, el trámite se ha reducido solo a 20 días. Si transcurrido ese tiempo la dirección de Arqueología del Ministerio de Cultura o sus pares a nivel regional no resolvieran la certificación, estas se consideraran aprobadas por silencio administrativo positivo.

Si bien una vez emitido el CIRA el titular del proyecto de inversión debe presentar un plan de monitoreo arqueológico, que es un instrumento para evitar que los restos arqueológicos sean destruidos durante la ejecución del proyecto, la autoridad competente tiene solo diez días para su evaluación y aprobación, luego de los cuales si no se pronunciara se aplica el silencio administrativo positivo. Aquellos proyectos que se ejecutan sobre infraestructura preexistente están exentos del CIRA y solo deben presentar el PEA.

Si bien la obtención del CIRA no garantiza la realización de los estudios y las verificaciones técnicas necesarias para determinar la existencia de restos arqueológicos y establecer las medidas que garanticen su protección durante la ejecución de un proyecto, es evidente que estamos poniendo en riesgo nuestro patrimonio arqueológico. OK

A propósito de los mencionados la Red Muqui, la CNDDHH entre otras instituciones se pronunciaron planteando lo siguiente³⁶

- Se presume erróneamente que la demora en la evaluación y aprobación del CIRA se debe a trámites burocráticos que son necesarios eliminar. El problema es otro, está referido a la falta de personal especializado, ausencia de información, de tecnología, recursos económicos.
- Al reducirse los plazos para que el Ministerio de Cultura realice esa labor en solo 20 días, sin haber

³⁶ Red Muqui y Coordinadora Nacional de Derechos Humanos “Nuevas medidas de agilización de las inversiones – destrabando el control ambiental” - 2013

cambiado sus condiciones institucionales y sin considerar el tiempo razonable que supone recoger y verificar información, se está forzando para que actúe de manera poco diligente

3.2.6. Pequeña minería y minería artesanal

Si bien hemos centrado el análisis de este documento en las actividades de la gran minería y la mediana minería, es preciso indicar que las actividades de pequeña minería y minería artesanal también están reguladas con los mismos principios legales antes indicados. Es decir, que para el inicio de las actividades mineras en este tipo de actividad minera, no sólo basta contar con una concesión minera, sino que además se requiere contar con la certificación ambiental, los demás permisos y autorizaciones que su actividad requiere, contar con el permiso del propietario del terreno superficial y con las certificaciones sobre restos arqueológicos, adecuadas al tipo de actividades e impactos que van a generar. Es así que por ejemplo, respecto de la certificación ambiental, a un pequeño productor minero no se le exigirá la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental, pero para obtener la certificación sí deberá presentar una Declaración de Impacto Ambiental, es decir un estudio más acotado.

En mérito a la transferencia de competencias a los Gobiernos Regionales, teóricamente son estas entidades las encargadas de otorgar las concesiones mineras en el ámbito de sus jurisdicciones a partir del año 2010. Asimismo, son competentes para supervisar el cumplimiento de las obligaciones en materia ambiental y regulatoria por parte de los concesionarios mineros y para fiscalizar las actividades de minería informal e ilegal. Sin embargo, hasta hace poco, la entidad encargada de otorgar las concesiones mineras ha sido el Instituto Geológico Minero y Metalúrgico del Perú (INGEMMET). La transferencia de esta competencia en lo que hace a pequeños productores y a productores mineros artesanales fue realizada el año 2009 (DS 051-2009-EM). Pero es recién a partir de enero del 2012 que algunas regiones como Moquegua y Tacna³⁷, otorgaron por primera vez, títulos de concesión de pequeña minería y minería artesanal. Es de conocimiento público que los gobiernos regionales asumieron una responsabilidad muy grande y compleja que tiene sus raíces muchos años atrás. Lamentablemente la referida transferencia de competencias ha sido más formal que real, pues los gobiernos regionales carecen de recursos humanos capacitados y presupuesto para ejercerla de manera efectiva.

En diciembre de 2011 y dados los dramáticos impactos ambientales que se vienen observando como resultado de esta actividad, el Congreso de la República (Ley 29815) delegó facultades al Poder Ejecutivo para legislar en materia de minería ilegal. En ese marco se aprobaron varios Decretos Legislativos (DL) que debían ordenar la actividad minera artesanal a nivel nacional, destacando el DL 1100, publicado el 19 de Febrero de 2012, que regula la interdicción³⁸ de la minería ilegal a nivel nacional. Posteriormente, los DL 1101, 1102, 1103, 1104, 1105, 1106 y 1107 establecieron medidas para el fortalecimiento de la fiscalización ambiental, incorporaron los delitos de minería ilegal al Código Penal, establecieron medidas de control y fiscalización en la distribución, transporte y comercialización de insumos químicos, al incluir la minería ilegal modificaron la legislación sobre pérdida del dominio, precisaron medidas para el proceso de formalización, la lucha contra el lavado de activos y definieron medidas de control y fiscalización en la distribución, transporte y comercialización de maquinarias y equipos. Hay que resaltar que con estas medidas, se introdujo la distinción formal ente minería ilegal y minería informal. Luego, el año 2013 se aprobó la Estrategia Nacional para la interdicción de la minería ilegal. No obstante dichas medidas legislativas, los avances en esta lucha que ha emprendido el Estado aún no ven resultados muy satisfactorios y a gran escala.

¿En qué medida el actual sistema de concesiones facilita o permite el crecimiento de la minería informal en el país? Se sabe que una gran parte de los productores mineros informales (pequeños y

37 12 en Moquegua y 4 en Tacna; Cuadros, Julia, ibid.

38 La interdicción se refiere a medidas concretas para identificar, reprimir, prohibir o vetar de manera inmediata las actividades prohibidas; decomisar bienes, maquinarias, equipos e insumos prohibidos por la norma y destruir o demoler bienes, maquinarias o equipos citados en el artículo 5° (dragas, chutes, bombas de succión, zarandas, cargadores frontales, retroexcavadoras, quimbaletes, molinos, pozas de cianuración, entre otros)

artesanales), que operan en tierras alquiladas a los titulares de la concesión minera y sin cumplir los requisitos exigidos por ley. Uno de los obstáculos para el avance de la formalización es que los mineros no pueden cumplir con la “acreditación de titularidad, contrato de cesión, acuerdo o contrato de explotación sobre la concesión minera”³⁹. Pero, lo que llama la atención es que el Estado no hace nada para presionar a los titulares de las concesiones que se vienen prestando a este sistema pernicioso de extracción de minerales. ¿No debería acaso ser esta una causal para la nulidad de la concesión minera por incumplimiento total del compromiso previo? Es otra falla del actual sistema.

3.3 Ventajas y desventajas del sistema legal aplicable a las actividades mineras

Aunque el marco legal sobre concesiones mineras es profuso y bastante detallado, porque contempla, porque contempla mecanismos legales que dotan de seguridad jurídica a los inversionistas, tanto como distintos instrumentos y regulaciones en temas ambientales y sociales, no cabe ninguna duda que la evolución de las concesiones mineras muestra que este sistema casi automático de entrega de concesiones mineras ha llevado a un crecimiento acelerado y desordenado de éstas en el territorio nacional.⁴⁰

Como consecuencia de este crecimiento acelerado, se observa no sólo superposición de las concesiones mineras con otros usos -áreas naturales protegidas, centros arqueológicos, zonas con agricultura comercial y competitiva- sino también una ocupación sin límites del territorio de numerosas provincias y distritos del país con concesiones. Así, entre los casos más graves, encontramos provincias cuyos territorios han sido concesionados por encima del 60% (Chumbivilcas en 85%, Grau en 62%, Antabamba en 60%, etc.) y distritos como Baños del Inca y La Encañada, que están concesionados al 100%.⁴¹

En este escenario, el crecimiento de las concesiones se ha convertido en un factor generador de situaciones de conflictividad social por el temor y desconfianza, fundada o supuesta, que produce en las poblaciones de comunidades y localidades de la sierra principalmente, la posibilidad de que sean despojadas de los medios de vida (agua, tierras) que sustentan sus sistemas de producción agropecuarios por la actividad minera. En este contexto, resulta indiscutible la necesidad de revisar el sistema de otorgamiento de concesiones para introducir cambios acordes con la idea de buscar una nueva minería, respetando los derechos de las poblaciones.

En lo que sigue presentamos un resumen de las principales conclusiones y críticas al sistema de concesiones que surgen del análisis realizado.

- a) Los requisitos exigidos para la obtención de una concesión minera son mínimos. Cualquier ciudadano puede acudir a INGEMMET y solicitar una concesión minera, sin que necesariamente cuente con los medios y capacidades suficientes para el desarrollo de estas actividades. En materia de hidrocarburos por ejemplo, la legislación exige que quien suscriba el contrato de licencia cuente con capacidad técnica y económica para el desarrollo de estas actividades. Con ello se busca asegurar que el desarrollo de las actividades de hidrocarburos se lleve a cabo de una manera eficiente y adecuada. Ello no ocurre en minería, a pesar de que esta actividad también requiere de capacidades técnicas para que esta actividad se desarrolle de una manera ambiental y socialmente adecuadas.

La concesión no es el único título habilitante que el titular minero requiere para el inicio de sus actividades. Esta afirmación no sólo está recogida en la legislación sino también en el mismo título de la concesión minera, lo cual implica que el titular minero conozca que para el inicio de sus actividades deberá cumplir con la obtención de una serie de títulos habilitantes adicionales.

39 Este es el segundo de los seis requisitos que establece el Decreto Legislativo 1105, del año 2012.

40 Los mapas sobre concesiones mineras y de hidrocarburos que difunden Cooperación y el Grupo Propuesta Ciudadana dan cuenta de este proceso.

41 Cooperación; mapas sobre concesiones mineras.

A pesar de que el título minero para su “validez” requiere ser complementado por otros títulos de otras materias, la caducidad del derecho de concesión sólo está circunscrita al cumplimiento de obligaciones de tipo formal vinculadas al título minero en sí mismo (pago del derecho de vigencia y obligación de trabajo de la concesión) y no contempla otros supuestos vinculados que por su relevancia también podrían poner en riesgo las actividades mineras (producir impactos ambientales negativos, alquilar la concesión a mineros informales).

En las actuales condiciones de debilidad de las instituciones (nacionales y regionales) llamadas a supervisar el cumplimiento de las normas que regulan la pequeña minería y la artesanal, el sistema automático de otorgamiento de concesiones se ha convertido en un factor que facilita la práctica de la minería informal en la sierra y ceja de selva, porque algunos mineros empiezan a operar sólo con el título de concesión minera e incluso sólo con el petitorio minero presentado, omitiendo el resto de exigencias.

- b) Una de las carencias del sistema que otorga concesiones mineras, títulos mineros y derechos mineros, es que hasta el momento no se han podido hacer transparentes en el sistema de información, los datos de los proyectos mineros, ya que para hacer una explotación hay que tener un proyecto minero aprobado⁴². Es decir, se tendría que mostrar las concesiones mineras con los proyectos aprobados o no, lo que permitiría tener claridad sobre donde existen actividades mineras con probabilidades de concretarse.
- c) Otro serio problema del sistema, es que no integra como partes del procedimiento ni a los Gobiernos Regionales y Locales, ni a las comunidades o poblaciones de las áreas de influencia, tan sólo involucra al Estado como administrador de los bienes de los peruanos, y al solicitante del petitorio como administrado. Para intervenir, tienen que solicitarlo formalmente como terceros administrados y demostrar su interés. Por ello no existen mecanismos de participación ciudadana en éste nivel, salvo la publicación en el diario oficial El Peruano y el diario de publicaciones oficiales local, ni consulta previa.
- d) No se cuenta con una base de datos integrada sobre los recursos naturales, derechos asignados y restos arqueológicos existentes en todo nuestro territorio nacional. Ante ésta ausencia, resulta imposible considerar un procedimiento legal que involucre opiniones previas de otras entidades para el otorgamiento de la concesión minera. Si el Estado mantuviera un sistema centralizado con información sobre restos arqueológicos, áreas naturales protegidas, concesiones forestales, contratos de licencia, reservas territoriales, zonas urbanas y de expansión urbana, tierras de comunidades, entre otra información, se evitarían todos los problemas de superposición y ello ayudaría a que los administrados sepan de antemano si van a poder o no, desarrollar actividad minera en la zona de su concesión.

La transparencia de la información en esta materia es clave para que los ciudadanos puedan conocer y monitorear el desarrollo de estas actividades. Nuestra legislación cuenta con normas que regulan la transparencia de la información pública y mantiene sistemas de información que permitan acceder a información sobre los Estudios Ambientales y las concesiones mineras, entre otras; sin embargo, el carácter técnico de la misma, la hace poco comprensible para la población. A ello, hay que añadir las limitaciones grandes que tiene la mayoría de la población para acceder a los servicios de Internet y los elevados costos de transacción para llegar a la información requerida.

- e) La autorización o permiso del propietario del terreno superficial es uno de los principales títulos habilitantes complementarios a la obtención de la concesión minera. Nuestra legislación regula este proceso de una manera bastante detallada en favor del inversionista, buscando siempre que las partes (comunidad y empresa) lleguen a un acuerdo privado respecto de dichos terre-

42 María Remuzgo, ob.cit.

nos. En ese sentido el Estado no brinda la suficiente seguridad jurídica a los propietarios de los terrenos superficiales, quienes quedan a merced de las empresas y sus planteamientos. Ésta es una gran diferencia, ya que la mayor parte de los conflictos se han generado por malos procesos de negociación y escaso diálogo, o en otros casos, por procesos de negociación asimétricos. El D.S. N° 001-2015-EM, incluye a las juntas directivas de las Comunidades Campesinas y no aclara que son las asambleas comunales, como está previsto en las leyes vigentes, las que definen las que definen sobre las disposición de sus tierras comunales, afectando con ello la autonomía, propiedad y posesión de dichas comunidades campesinas, amparadas a nivel Constitucional y por normas internacionales suscritas por nuestro país.

- f) Se establece que para la obtención de una concesión minera, el titular debe suscribir una declaración jurada de compromiso previo, los cuales tienen que ser materializados en los Estudios Ambientales y Sociales que a la fecha, el titular minero debe presentar para obtener la certificación ambiental. No obstante la importancia de considerar el tema social, creemos conveniente que este punto sea separado y no forme parte de los Estudios Ambientales por las siguientes razones: (i) la supervisión de estos compromisos la realiza el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), quien no cuenta con profesionales que supervisen y evalúen la correcta aplicación de los compromisos en esta materia y que además ha visto reducidas y afectadas sus funciones por la ley 30230; (ii) el titular minero no está obligado a presentar un reporte trimestral del cumplimiento de estos compromisos, como sí lo está por ejemplo para el tema ambiental. Además, es claro que el Estado no realiza monitoreo al cumplimiento del compromiso previo en la pequeña minería y minería artesanal.
- g) Desde el INGEMMET argumentan que “la información proveniente de la geología básica del territorio peruano, sólo indica la probable existencia de recursos minerales en diversas zonas, la verificación y determinación, de si son o no, económicamente aprovechables, sólo puede obtenerse mediante actividades de exploración, que se efectúan con posterioridad al título de concesión minera y previa Certificación Ambiental del Proyecto Minero”. Sin embargo, en los hechos vemos que la minería practicada en Madre de Dios, Puno, Huánuco y otros lugares, no se ajusta a este “deber ser” que establecen las normas. Este tipo de minería no requiere de estudios de exploración ni mucho menos, opera directamente con la certeza que en esos territorios hay oro, lo cual pone en evidencia la escasa capacidad de supervisión y control del Estado.
- h) Para la minería de mediana gran escala, el INGEMMET sostiene que el problema no radica en el sistema de concesiones sino en la evaluación ambiental y en la fiscalización. Ella sostiene que “la atención debería dirigirse en el fortalecimiento del Sistema de Evaluación Ambiental y el Sistema de Fiscalización Ambiental; ambos sistemas deben ser capaces de generar confianza en el proceso de elaboración y aprobación de los estudios ambientales de los proyectos mineros, así como en su fiscalización a lo largo de toda la vida del proyecto, constituyéndose instituciones garantes de estos temas”. Sin embargo, en la realidad constatamos que el fortalecimiento aludido es fuertemente resistido por el MINEM, los grupos de poder económico minero y los sectores políticos aliados que buscan concretar la cartera de US\$ 57 mil millones de inversiones mineras y más.
- i) Si bien muchas de las medidas dictadas pueden contribuir a ordenar la actividad de la pequeña minería y la minería artesanal en el Perú, es claro que al no estar acompañadas de políticas públicas económicas y sociales (pequeña agricultura y agricultura familiar, por ejemplo), que permitan otras alternativas para quienes serían desplazados de estas actividades, terminan siendo ineficientes, como lo demuestran las sucesivas postergaciones de los plazos últimos del proceso de formalización. Recordemos adicionalmente que la responsabilidad se encuentra en manos de los Gobiernos Regionales, que carecen de los recursos y las capacidades necesarias para este fin, pero que tampoco cuentan con los instrumentos de gestión del territorio que les permitan definir con claridad las zonas donde estaría permitida la actividad minera.
- j) Los limitados mecanismos de participación ciudadana, son sólo informativos, y no parecen ni

suficientes ni efectivos. No existe ninguno de ellos antes de la concesión minera o de hidrocarburos. Otorgada ésta, el titular y el MINEM están obligados a realizar eventos informativos a la población que pudiera verse afectada, sin que ésta haya participado en la decisión previa al ser considerados terceros en la relación donde las partes son el Estado y las empresas. Adicionalmente, ante la virtual carencia de normas de ordenamiento territorial, la concesión minera no guarda ninguna relación con los procesos participativos para la formulación de los planes de desarrollo concertado. Esta situación podría hacerse más compleja cuando comiencen a producirse procesos de participación ciudadana de manera conjunta con la consulta previa en mérito al Convenio 169.

- k) El rigor y confiabilidad de la información que contiene un EIA ha sido cuestionado porque las consultoras que los elaboran son contratadas directamente por las empresas titulares de los proyectos y el Estado no tiene ningún control de este proceso, ni sobre la información producida, habiéndose consignado en distintos casos información falsa. No se establecen términos de referencia específicos para aquellos casos que requieren de información detallada, por lo que muchos EIA tienen vacíos de información relevante para la toma de decisiones. Tampoco se establece la vinculación de los EIA con los instrumentos de gestión del territorio, ni se consignan los impactos acumulativos y sinérgicos. Los plazos y los procedimientos no son los adecuados para una participación ciudadana en condiciones óptimas y debidamente asesoradas, ni para que las instancias competentes del Estado brinden opinión, ni para un proceso de toma de decisiones responsable. El procedimiento no garantiza un debate serio sobre los posibles impactos y las medidas alternativas que se pueden adoptar. Adicionalmente, la normatividad sectorial no se ha adecuando a la Ley del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental y su reglamento.

4. PROPUESTAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE CONCESIONES MINERAS DE LA RED MUQUI.

La Red Muqui y sus 29 instituciones miembro a nivel nacional, luego de un amplio proceso de talleres realizados en Lima y distintos lugares del país, con invitados del Estado, especialistas y sociedad civil, y de arduos debates, ha planteado sus “Propuestas de Políticas Públicas para una nueva minería en el Perú”.

Estas se componen de 9 ejes temáticos, siendo uno de ellos el de “Minería y su impacto en los recursos naturales y el territorio, donde se aborda la problemática de las concesiones mineras.

A continuación en una matriz, presentamos las propuestas en torno al tema de concesiones mineras, en medidas de corto y mediano plazo y estrategias.

Propuesta de política pública	Medidas de corto plazo	Medidas de mediano/largo plazo
Afirmar el dominio del Estado sobre los recursos naturales y su territorio mediante la implementación de la política de ordenamiento territorial	Fortalecimiento de los gobiernos locales y regionales a través del desarrollo de capacidades y el apoyo técnico.	Aprobación de la Ley de Ordenamiento Territorial que permita establecer los usos y la ocupación sostenible del territorio.
	Desarrollo de una institucionalidad regional y local para la gestión del territorio, articulada al gasto público y al sistema de inversiones.	Articulación de la política minera con la de ordenamiento territorial. Asignación de los recursos económicos necesarios para impulsar y sostener los procesos de implementación.
	Fortalecer al ente rector del ordenamiento territorial en sus competencias, capacidades y recursos y como articulador de un sistema de ordenamiento territorial.	Realizar una evaluación ambiental estratégica de los planes de ordenamiento territorial y de la política minera a fin de determinar la capacidad de soporte de las zonas destinadas a la minería.
Reconocer el derecho a la tierra y al territorio como parte fundamental de la identidad de las comunidades campesinas y nativas y como soporte de sus condiciones de vida.	Titular a las comunidades que aún no tienen sus títulos de propiedad sobre todas sus tierras.	Modificación de la normatividad vigente en materia de titulación de tierras de comunidades campesinas y nativas a fin de adecuarla a los términos del Convenio 169 de la OIT.
	Garantizar en la normatividad el pleno respeto del derecho de propiedad de las comunidades campesinas y nativas.	Implementación de la consulta previa en los procesos de ordenamiento territorial y estudios de impacto ambiental.
Revisar la legislación minera en lo relacionado al régimen de concesiones, a fin de corregir distorsiones legales que van contra lo establecido en la Constitución Política y que limitan el ejercicio del dominio del Estado sobre los recursos naturales.		Incidir en las instancias nacionales correspondientes, para que haya una decisión política de revisar la normativa vigente, especialmente la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales y el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería y su Reglamento.

<p>Nueva Política de Concesiones para la gran, mediana y pequeña minería</p> <p>α) Que tome en cuenta las características de los territorios, que busque proteger los ecosistemas frágiles y las zonas productoras en agua, en especial en el contexto de cambio climático que vivimos.</p> <p>β) Que tome en cuenta las aspiraciones y potencialidades de otros desarrollos de las poblaciones y los territorios.</p>	<p>Revisar el otorgamiento de concesiones debido a la superposición de derechos (con forestales, agrícolas, etc.)</p> <p>Revisar el Catastro Minero Nacional, a fin de identificar aquellos titulares que se hacen pasar por PMA o PPM cuando deben ser considerados en el Régimen General, porque superan el número de hectáreas permitido, a fin de evitar el incumplimiento del Reglamento Ambiental y otros instrumentos de gestión.</p> <p>Revisar la posible superposición de concesiones, debido a la descoordinación entre los gobiernos regionales e INGEMMET.</p> <p>Modificar la normativa respecto a la caducidad de las concesiones mineras, reduciendo el plazo.</p>	<p>Otorgamiento de concesiones mineras según los planes de ordenamiento territorial.</p> <p>Prohibir el otorgamiento de concesiones en zonas ambientalmente vulnerables.</p> <p>Restringir el otorgamiento de concesiones en la cuenca amazónica.</p>
<p>Propuestas de políticas públicas para Descentralización y participación de los Gobiernos Regionales en las decisiones ambientales y mineras.</p>	<p>Eliminar concesiones mineras en zonas ambientalmente vulnerables.</p>	<p>Otorgamiento de concesiones según ZEE y planes de OT</p>
	<p>Establecer límites al otorgamiento de concesiones en un territorio y establecer plazos máximos para su explotación.</p>	<p>Prohibir concesiones en territorios ambientalmente vulnerables.</p>
	<p>Fortalecer recursos y capacidades técnicas de gobiernos des-centralizados para esta función</p>	<p>Erradicar minería en zonas ambientalmente vulnerables, áreas protegidas, zonas de amortiguamiento, nacientes de agua y ecosistemas frágiles</p>
	<p>Moratoria de concesiones mineras y reversión de éstas vencido un periodo de dos años sin actividad.</p>	<p>Aplicación de la consulta previa</p>
	<p>Nueva Ley General de Minería que se adecue al nuevo contexto y a la nueva normatividad</p>	

<p>Propuestas de políticas públicas para Participación Ciudadana y Consulta Previa, vinculadas con concesiones mineras.</p>	<p>El catastro minero en el sector energía y minas también debe considerar los procesos de zonificación económica y ecológica y de ordenamiento territorial, los de planificación concertada del desarrollo a nivel regional y local, y las áreas naturales protegidas nacionales y regionales, estableciendo mayores restricciones para el otorgamiento de concesiones.</p>	
	<p>Debe revisarse el procedimiento administrativo para los sectores extractivos que sólo considera al Estado como administrador y a la empresa como administrado. Debe incluirse como parte, no como tercero administrado a solicitud, a las poblaciones y pueblos indígenas que puedan ser afectados directa o indirectamente, y a los gobiernos regionales y locales vinculados, a fin de que puedan conocer en el momento oportuno los petitorios de concesiones, los proyectos y sus perspectivas, de tal manera que puedan accionar en defensa de sus derechos y de sus procesos de planificación.</p>	
	<p>Se debe revisar la normatividad que regula la transferencia de la tierra – por compra u otros mecanismos – dentro de las concesiones para la realización de las actividades extractivas para minimizar los abusos e inequidades.</p>	<p>Se debe crear una nueva institución dentro del Estado con un nivel de independencia y autonomía similar a la de la Defensoría del Pueblo con la responsabilidad de capacitar, asesorar e informar a los representantes de las poblaciones afectadas por los proyectos extractivos – sean indígenas o no indígenas – en sus negociaciones con el Estado y los titulares en todas las acciones de participación y negociación: para la compra-venta de tierra, el desarrollo y aprobación de los EIA, las negociaciones de compensación, el monitoreo y vigilancia de los proyectos, etc.</p>

	Revisar las normas administrativas en el proceso minero de tal manera que la consulta se realice desde el momento en el que se solicita el petitorio minero, previo a la concesión.	
--	---	--

5. Referencias Bibliográficas

ALEGRÍA ZEVALLOS, MIRIAM; MODIFICACIONES A LA CADUCIDAD Y VIGENCIA DE CONCESIONES MINERAS EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE.

COOPERACION. 2011. LA PRESENCIA TERRITORIAL DE LA MINERÍA Y LOS PROYECTOS EN LAS FRONTERAS PERUANAS. LIMA, PERÚ.

COOPERACIÓN. 2012. "IMPLEMENTACIÓN EN EL PERÚ DE LA INICIATIVA PARA LA TRANSPARENCIA EN LAS INDUSTRIAS EXTRACTIVAS (EITI). BALANCE Y PERSPECTIVAS. LIMA, PERÚ.

COOPERACIÓN. 2012. LA MINERÍA INFORMAL EN EL PERÚ. LIMA, PERÚ.

FEDEPAZ. 2012. LEGISLACIÓN MINERA EN EL DERECHO COMPARADO. CHILE, ECUADOR, PERÚ, GUATEMALA, EL SALVADOR. LIMA, PERÚ.

GRUPO DE TRABAJO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS DE LA COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2013. PERÚ: INFORME ALTERNATIVO 2013 SOBRE EL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO 169 DE LA OIT. LIMA, PERÚ.

GRUPO PROPUESTA CIUDADANA Y PEDRO FRANCKE. 2013. CONCESIONES MINERAS: UNA EVALUACIÓN GLOBAL. LIMA, PERÚ.

GRUPO PROPUESTA CIUDADANA. 2011. CARTILLA INFORMATIVA: LO QUE DEBEMOS SABER ACERCA DEL CANON Y LA REGALÍA MINERA. LIMA, PERÚ.

GRUPO PROPUESTA CIUDADANA. 2013. REPORTE NACIONAL 17: VIGILANCIA DE LAS INDUSTRIAS EXTRACTIVAS. LIMA, PERÚ.

GRUPO PROPUESTA CIUDADANA. 2014. INFORME DE CONSULTORÍA: "ANÁLISIS DEL SISTEMA DE CONCESIONES MINERAS EN EL PERÚ: EVALUACIÓN Y PROPUESTAS. LIMA, PERÚ.

RED MUQUI Y OTROS. 2014. IMPACTOS, INTERESES Y BENEFICIARIOS DE LA LEY N° 30230. LIMA, PERÚ.

RED MUQUI, COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2013. NUEVAS MEDIDAS DE AGILIZACIÓN DE LAS INVERSIONES – DESTABANDO EL CONTROL AMBIENTAL. LIMA, PERÚ.

RED MUQUI. 2012. POLÍTICAS PARA LA PEQUEÑA MINERÍA: MINERÍA ARTESANAL E ILEGAL. LIMA, PERÚ

RED MUQUI. 2013. LA MINERÍA Y SU IMPACTO EN LOS RECURSOS NATURALES Y EL TERRITORIO. LIMA, PERÚ.

RED MUQUI. 2013. PROPUESTAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA UNA NUEVA MINERÍA EN EL PERÚ. LIMA, PERÚ.

RED MUQUI. 2015. OPINIÓN TÉCNICA SOBRE EL D.S. N° 001-2015-EM QUE APRUEBA DISPOSICIONES PARA PROCEDIMIENTOS MINEROS QUE IMPULSEN PROYECTOS DE INVERSIÓN - LIMA, PERÚ.

RED MUQUI. 2015. OPINIÓN TÉCNICA SOBRE EL PROYECTO DE LEY N° 3941 - "LEY DE INVERSIONES PARA CRECIMIENTO ECONÓMICO Y DESARROLLO SOSTENIBLE EN ZONAS DE EXCLUSIÓN SOCIAL",

REDGE, COOPERACIÓN. 2013. MÁS ALLÁ DE CONGA. LIMA, PERÚ.

RODRÍGUEZ-CARMONA, ANTONIO; CASTRO, MIGUEL Y PABLO SÁNCHEZ. 2013. IMAGINARIOS A CIELO ABIERTO: UNA MIRADA ALTERNATIVA A LOS CONFLICTOS MINEROS. MADRID, ESPAÑA.

SER. 2013. LOS LÍMITES DE LA EXPANSIÓN MINERA EN EL PERÚ. LIMA, PERÚ

SER. 2013. LOS LÍMITES DE LA EXPANSIÓN MINERA EN EL PERÚ. LIMA, PERÚ.

UNIÓN GEOGRÁFICA INTERNACIONAL-PERÚ. 2013. TERRITORIALIDADES Y LUCHAS POR EL TERRITORIO EN AMÉRICA LATINA. LIMA, PERÚ.

