

ASPECTOS JURÍDICOS DOCTRINARIOS Y NORMATIVOS SOBRE LA EMPRESA MINERA SOSTENIBLE¹

Pierre Claudio Foy Valencia
Instituto de Investigación Científica
Universidad de Lima

Sumilla

El objetivo de la presente investigación se centra en el imperativo de revisar las herramientas legales ambientales relativas a la actividad minera, para equilibrar exigencias del desarrollo económico del país —una de cuyas columnas recae sustancialmente en el quehacer minero— con demandas de inclusión social y desarrollo local y regional, sin perder la perspectiva de la seguridad del orden unitario constitucional.

Se parte de la hipótesis de la necesidad de repensar la institucionalidad legal de la empresa minero metalúrgica en perspectiva ambiental a partir de un nuevo enfoque integral y sistemático acerca de dicha normativa para generar mejoras y propuestas innovadoras en los mecanismos legales que regulan la gestión y los instrumentos de gestión ambiental en la actividad minero metalúrgica.

Este trabajo se configura como un aporte en la comprensión y alternativas en cuanto a conceptos jurídico - doctrinales empresariales, mineros y ambientales para utilidad no sólo de los agentes y operadores a quienes concierne dicha actividad. Es un estudio académico debidamente sistemático e integral del marco conceptual y doctrinario del derecho minero y ambiental en relación con la actividad minero - metalúrgica y sus

¹ Este artículo forma parte de una investigación financiada por el Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima el año 2012. Av. Manuel Olguín 125, Lima 33.

impactos socio ambientales (positivos y negativos) que permitirá proponer los criterios legales más adecuados para hacerla compatible con los modernos postulados del desarrollo sostenible.

Tiene como resultados la revisión del marco legal minero ambiental y de sus instrumentos de gestión ambiental a partir de lo cual se desprenden alternativas que se enmarcan con un modelo sostenible para la actividad minero metalúrgica.

Palabras claves: Empresa Sostenible - Minería sostenible – gestión minero ambiental - Derecho Ambiental – Inclusión social – incentivos - eco eficiencia – instrumentos de gestión ambiental

Abstract:

The objective of this research is to review the environmental legal tools related to mining activities, in order to balance the economic development needs of the country - which lies, substantially, in the mining task- with demands for social inclusion and local and regional development, paying special attention to the perspective of unitary constitutional order. It starts from the assumption of the need to rethink the metal-mining company's legal institutions under an environmental perspective, from a new holistic and systematic approach about those rules, to generate improvements and innovative proposals on legal mechanisms governing the management and environmental management tools in mining and metallurgy.

This study was designed as a contribution to the understanding of alternatives regarding legal-doctrinal concepts on business, mining and environmental benefit not only of the agents and operators who are concerned with this activity. It is an academic study, systematic and comprehensive, that includes doctrinal framework on mining and environmental law, related to thee mining - metallurgical, environmental and social impacts that will propose the most appropriate legal criteria to make it compatible with modern principles of sustainable development. Its results present the environmental and mining legal framework and its environmental management tools from which emerge alternatives that are framed with a sustainable model for metal mining activity.

Key words:

Sustainable enterprise - sustainable mining - mining environmental management - environmental law - social inclusion - incentives - Eco efficiency - environmental management tools

I. Introducción

Nuestra pregunta central y relevante gira en torno a la preocupación de repensar la institucionalidad legal de la empresa minero metalúrgica en perspectiva ambiental, lo cual se alimenta de un nuevo enfoque integral y sistemático acerca de dicha normativa, que permitirá generar mejoras y propuestas innovadoras en los mecanismos legales que regulan la gestión y los instrumentos de gestión ambiental en la actividad minero metalúrgica. Todo ello orientado indudablemente a que se lleven a cabo aplicaciones adecuadas, interpretando o modificando el marco legal minero ambiental de manera integral e interrelacionada para garantizar una mejor prevención y resolución de conflictos, así como asegurar una producción sostenible con inclusión, participación y generación de riqueza.

La metodología, como se verá más adelante, ha consistido en evaluar de manera sistémica la consistencia o no del sistema legal y su institucionalidad minero ambiental y a partir de allí identificar mejores alternativas –muchas alimentadas por la experiencia comparada- teniendo en cuenta los reclamos y los diversos problemas advertidos en la implementación de dicho marco legal y ciertamente guiados por las premisas conceptuales de un nuevo enfoque de sostenibilidad minero empresarial. Ello supone desde una perspectiva metodológica repensar las categorías convencionales del Derecho Minero y de los Recursos Naturales en el marco del Derecho Ambiental y de los principios del Desarrollo Sostenible.

En cuanto a las fuentes de información cabe mencionar que se han seleccionado en base a criterios de pertinencia, diversidad, seguridad conceptual, vigencia normativa, consistencia propositiva y crítica, entre otros factores para garantizar que no se trate de una reseña problemas y suceso consabidos.

Para tales efectos hemos diseñado una estructura del documento (nos referimos al documento matriz de la investigación) del modo siguiente

Estructura del documento matriz de la investigación

Primera parte

1. Alcances preliminares a ser desarrollados
2. Importancia nacional de la minería
3. El paradigma de la minería sostenible
4. Problemas ambientales y minería

Segunda parte

5. El proceso minero
6. Bases Políticas minero ambientales
7. Antecedentes del marco legal minero ambiental
8. Marco institucional minero ambiental: nacional, sectorial, regional, local
9. Base normativa nacional ambiental aplicable a la actividad minero metalúrgica
10. Interrelación normativo – ambiental entre actividad minera y con otros recursos naturales y culturales: 1. Tierra 2. Agua . 3 Patrimonio cultural. 4. Relaciones comunitarias

Tercera parte

11. Instrumentos de gestión minero ambiental. Aspectos conceptuales doctrinarios y desarrollo normativo nacional:
 - a. EIAs
 - b. PAMAs , PEMAs
 - c. Planes de Manejo
 - d. LMPs – ECAs
 - e. Participación ciudadana – Consulta previa
 - f. Pasivos ambientales
 - g. Cierre de Minas
 - h. Ordenamiento Territorial vg. Catastro, EVAT, etc.
 - i. Guías y Protocolos
 - j. Otros
12. Retribución, canon, regalías
13. Fiscalización minero ambiental
 - a. Sanciones - Incentivos
 - b. Fiscalización
14. Actividades de Exploración: reglamento
15. Actividad minera en zonas de expansión urbana
16. Pequeña minería y minería artesanal
17. Aspectos internacionales

Cuarta parte

18. Experiencias comparadas – Buenas experiencias nacionales
19. Análisis y Propuestas
20. Conclusiones

Fuentes de información

II. Objetivos

Elaborar un estudio sistemático del marco conceptual y doctrinario del derecho minero y ambiental en relación con la actividad minero-metalúrgica y sus impactos socio-ambientales (positivos y negativos), así como proponer los criterios legales más adecuados para hacer compatibles los modernos postulados del desarrollo sostenible en dicha actividad.

Fundamentación y pertinencia

Sin pretender elaborar una investigación de coyuntura, recientes sucesos en el país han puesto en la mira la necesidad de revisar las herramientas legales ambientales relativas a la actividad minera, para equilibrar exigencias del desarrollo económico del país -una de cuyas columnas recae sustancialmente en el quehacer minero- con las demandas de inclusión y desarrollo tanto local como regional, sin perder la perspectiva de la seguridad del orden unitario constitucional.

En consecuencia, existe el imperativo de evaluar y formular las mejores alternativas desde el punto de vista del Derecho Minero y Ambiental (y ciertamente de otras áreas concernidas, vg. el Derecho Empresarial, Administrativo, por citar algunos), valiéndonos de la mejor doctrina nacional y comparada, y proyectar en mediana y larga duración propuestas, ya sean propiamente normativas como de aplicación y gestión minero ambiental.

Estado actual

En la literatura nacional se carece de un balance sistemático, integral y que aborde las diversas aristas del marco legal minero ambiental, en tanto que lo existente ha sido enfocado en estudios más de carácter parcial o puntual. En tal sentido, no cabría afirmar que los pocos manuales existentes sobre el tema que nos concierne lo hayan asumido en los términos que estamos proponiendo.

De otra parte en los trabajos ya no propiamente “manualísticos”, se advierten desarrollos específicos, por ejemplo sobre pasivos ambientales, concesiones, límites máximos permisibles, algunas relaciones con otros recursos como el agua, la tierra o las áreas naturales protegidas, sin embargo no encontramos esa mirada o tratamiento

integral de todos los elementos jurídico ambientales conexos al quehacer minero metalúrgico.²

III. Metodología

La metodología, como ya se anticipó parte de una concepción sistémica e integral del sistema jurídico minero ambiental y de su institucionalidad lo cual permite derivar alternativas e innovaciones normativas. Por lo que se torna imperativo repensar el paradigma tradicional del Derecho Minero y de los Recursos Naturales en el marco del Derecho Ambiental y de los principios del Desarrollo Sostenible.

IV. Análisis

I. Introducción: Acerca de la Sostenibilidad

El término sostenibilidad deriva de la concepción de Desarrollo Sostenible consagrada oficialmente el año 1987 mediante el Informe Brundtland, o Nuestro Futuro Común, emitido por la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo designada por la ONU el año 1983, en donde se le conceptúa como aquel que permite “Satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades.” La concepción del *desarrollo sostenible* fue reafirmada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD 92) llevada a cabo en Río de Janeiro (Junio 1992).

En nuestra Constitución equívocamente solo se alude al Desarrollo sostenible de la Amazonía, cuando debiera serlo para todo el país, aludiéndose más bien al uso sostenible de los recursos naturales, aunque lo sostenible rebalsa este aspecto.

Prácticamente todos las aristas de la sostenibilidad (vg. recursos naturales, salud, gobernanza, actividades productivas y transformativas, la ética por citar algunos) tienden a ser incididos por criterios y consideraciones legales y por ende normadas desde diferentes perspectivas jurídicas.

² Dejamos expresa constancia que la cuestión de la minería informal no está siendo abordada en la presente investigación.

En ese orden de ideas, en los sistemas jurídicos se han venido acogiendo estas implicancias de la sostenibilidad, de suerte que la normativa contemporánea en sus más variadas expresiones tiende a seguir estos procesos y expresar mediante fórmulas legales, algunos de estos alcances (Serrano 2007; Foy 1992). La gran tarea es pues, cómo servir a este paradigma del Desarrollo Sostenible desde nuestro sistema político jurídico y para efectos de la temática aquí abordada. ¿Cómo entender la sostenibilidad y el derecho desde la actividad minera y el ordenamiento territorial?, por citar algunas premisas.

II. Minería y sostenibilidad

Los documentos ecuménicos sobre el desarrollo sostenible carecen de un tópico específico sobre la actividad minera, en el entendido que esta impacta y es transversal a la mayoría de las otras actividades y al aprovechamiento de los recursos naturales.

Al respecto, surge el concepto o enfoque de una minería sostenible, que tiene sus diversos correlatos jurídicos en las regulaciones mineros ambientales de la región. A ello se suman aspectos como la responsabilidad social de la empresa en el marco de los conflictos socio ambientales, la necesidad de incrementar el fomento de las inversiones, el formular criterios de equidad para el acceso a los beneficios generados, sin alterar la estabilidad jurídica reconocida constitucionalmente a los contratos concernidos, el desarrollo y mejoramiento de la calidad de vida de las poblaciones y localidades involucradas. No se puede desconocer que en medio de todas estas preocupaciones hay una suerte de responsabilidades comunes pero diferenciadas tanto del Estado, las empresas, como de las poblaciones, con sus diversos segmentos e intereses.

No se puede jugar con la salud de las personas y los ecosistemas, pero tampoco con la seguridad jurídica en las inversiones y la tranquilidad pública. El equilibrio entre ecología, economía y equidad como nunca se pone a prueba en este tema de la minería sostenible.

Declaración de Bs. As

3ª Conferencia interparlamentaria de minería y energía América Latina

(...) Manifestamos:

Nuestro compromiso con el desarrollo sustentable de los sectores minero y energético en términos de alcanzar logros simultáneos en sus tres dimensiones: crecimiento, protección del medio ambiente y equidad social. Reconocemos que para alcanzar la sustentabilidad del desarrollo no existen recetas únicas o exclusivas ya que el concepto de sustentabilidad es un concepto que corresponderá a cada realidad nacional y que además es variable y por ende relativo en el tiempo. Las exigencias de hoy no son las del pasado y las de hoy no serán las del futuro. Todo dependerá del avance de la ciencia y la tecnología y de la capacidad de cada sociedad para asimilar el progreso técnico. En lo que si no cabe duda es en que las exigencias del bienestar material y por ende de la equidad social demandarán cada vez más una presión sobre el ambiente natural. De allí nuestra responsabilidad de velar por el bienestar de las futuras generaciones (CEPAL, 2012).

III. Consideraciones sobre el ordenamiento legal de los recursos naturales no renovables: minero metalúrgicos

3.1 Introducción

Como un elemento motivacional, antes que casuístico legal, cabría traer a colación cómo es que en el contexto de la sistemática de regulación de la Ley General del Ambiente (Título III: Integración de la Legislación ambiental; Capítulo: Recursos Naturales), el artículo 96³ representa una suerte de exabrupto normativo conceptual, pues luego de haber pretendido conceptualizar los recursos naturales, al menos algunos renovables como el agua continental, suelo, forestal y fauna silvestre (omite los hidrobiológicos, el aire, el agua marina como tal), formula una descripción poco o nada sustantiva que exprese dicho a “nomen iuris”.

En efecto, mediante una fórmula elusiva no nos dice nada sustancioso acerca de lo que debiera entenderse por recursos naturales no renovables, remitiéndonos a una

³ **Artículo 96.- De los recursos naturales no renovables**

96.1 La gestión de los recursos naturales no renovables está a cargo de sus respectivas autoridades sectoriales competentes, de conformidad con lo establecido por la Ley N° 26821, las leyes de organización y funciones de dichas autoridades y las normas especiales de cada recurso.

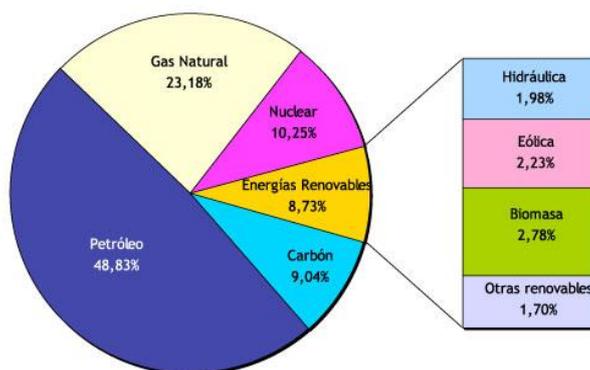
96.2 El Estado promueve el empleo de las mejores tecnologías disponibles para que el aprovechamiento de los recursos no renovables sea eficiente y ambientalmente responsable

consideración genérica de orden competencial conforme los mandatos de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821 y a sus concordancias respectivas. Y para “consolidar” este escabullimiento, alude a la cuestión de promover las mejores tecnologías, lo cual, per se, ya no era lo que debiera presidir en primera línea esta (in) definición, máxime si ya hay un capítulo IV del mismo título que se refiere a dichos aspectos. Lo responsable habría sido caracterizar normativamente a estos recursos desde una perspectiva de la sostenibilidad.

Los recursos no renovables son aquellos que se encuentran en una cantidad limitada en el planeta, por lo tanto con el tiempo terminan desapareciendo; no pueden ser producidos, cultivados, regenerados o reutilizados a una escala tal que pueda sostener su tasa de consumo. Por lo general existen en cantidades fijas y tienden a ser consumidos con mayor velocidad de lo que la naturaleza podría recrearlos.

Desde una perspectiva más económica se definen como todos los recursos que no crecen ni se renuevan de otra forma a lo largo del tiempo, o si se quiere son «aquellos recursos que existen en cantidades limitadas, de forma que lo que se consume en la actualidad no estará disponible para su consumo en el futuro. Los ejemplos más comunes de recursos no renovables son los combustibles fósiles y los yacimientos de minerales. El término agotable se utiliza a veces como sinónimo de no renovable, pero es necesario señalar que los recursos renovables también pueden ser agotables si se sobreexplotan» (WTO 2010). Dentro de este grupo de recursos podemos encontrar los minerales metálicos y no metálicos, así como los combustibles fósiles como el petróleo, el carbón y el gas natural.⁴

⁴ No obstante, representar uno de los principales recursos energéticos empleados por el ser humano al liberar mediante la combustión una gran cantidad de energía, tienen el inconveniente, de su elevadísima emisión de gases de efecto invernadero y contaminantes como el dióxido de carbono, los óxidos de nitrógeno, y los óxidos de azufre cuyas emisiones provocan aumentos en la temperatura global, alteraciones del clima, lluvia ácida, entre otros; lo cual conduce a que se postulen limitaciones a su uso y energías alternativas.



CIENCIAS PARA EL MUNDO CONTEMPORANEO, 2010

La Declaración de Estocolmo de 1972 establecía en su Principio 5 que «Los recursos no renovables de la Tierra deben emplearse de forma que se evite el peligro de su futuro agotamiento y se asegure que toda la humanidad comparta los beneficios de tal empleo».

A su turno en la CARTA MUNDIAL DE LA NATURALEZA⁵, en el apartado sobre II FUNCIONES numeral 10, señalaba que «No se desperdiciarán los recursos naturales; por el contrario, se utilizarán con mesura de conformidad con los principios enunciados en la presente Carta y de acuerdo con las reglas siguientes: (...):

- c) Se reaprovecharán o reciclarán tras su uso los recursos no fungibles, incluidos los hídricos;
- d) Se explotarán con mesura los recursos no renovables y fungibles, teniendo en cuenta su abundancia, las posibilidades racionales de transformarlas para el consumo y la compatibilidad entre su explotación y el funcionamiento de los sistemas naturales.»

3.2 Antecedentes normativos nacionales

La Constitución de 1979 en su Artículo 118 se refería a “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía, pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por este y de su otorgamiento de los particulares.”

⁵ Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas Octubre de 1982

El derogado Código del Medio ambiente y los Recursos Naturales –en adelante CMARN– Decreto legislativo N° 613 (08-09-90), en su TITULO PRELIMINAR al referirse a la Conservación y aprovechamiento recursos naturales, artículo XI segundo párrafo prescribía equívocamente (...) «La utilización de los recursos naturales no renovables debe efectuarse en condiciones racionales y compatibles con la capacidad de depuración o recuperación del ambiente y de regeneración de dichos recursos.» (sic). Complementariamente en su CAPITULO XIII DE LOS RECURSOS ENERGETICOS, en el Artículo 71.- LIMITACION AL APROVECHAMIENTO DE RECURSOS NO RENOVABLES, se refirió a estos recursos en el sentido de “Es prohibido desarrollar actividades para aprovechamiento energético o de recursos naturales no renovables en el ámbito de las áreas naturales protegidas”. Lo cual fue derogado por la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 653. Ley de Promoción A las Inversiones en el Sector Agrario.

La Constitución de 1993 en su artículo 66° igualmente alude a los recursos naturales no renovables, sin mayor singularidad en cuanto tales.

Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal

La norma de desarrollo constitucional de dicho artículo, es decir la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821 distingue este aprovechamiento sostenible según la condición de renovabilidad del recurso:

TITULO V

DE LAS CONDICIONES DE APROVECHAMIENTO SOSTENIBLE DE LOS RECURSOS NATURALES

Aprovechamiento sostenible de los recursos naturales

Artículo 28o.- Los recursos naturales deben aprovecharse en forma sostenible. El aprovechamiento sostenible implica el manejo racional de los recursos naturales teniendo en cuenta su capacidad de renovación, evitando su sobre-explotación y reponiéndolos cualitativa y cuantitativamente, de ser el caso.

El aprovechamiento sostenible de los recursos no renovables consiste en la explotación eficiente de los mismos, bajo el principio de sustitución de valores o beneficios reales, evitando o mitigando el impacto negativo sobre otros recursos del entorno y del ambiente.

Hay que ser muy analítico para desprender de este planteamiento y de la ley en ciernes en su conjunto que estamos ante el denominado principio de dominio eminential mediante el cual el Estado no es propietario sino cumple un rol de custodia y de garante para que se aprovechen los recursos naturales de manera sostenible por los particulares.

3.3 Ordenamiento básico infraconstitucional de los recursos naturales no renovables

La regulación ambiental o conexa en materia minero energética provino inicialmente de la Ley General de Aguas y sus reglamentos (D Ley N° 17752 y DS N° 261-69-AP y D S N° 007-83-SA), en donde se fijaban las condiciones para el aprovechamiento de las aguas: (conservación y preservación del recurso hídrico), la prohibición de verter o emitir residuos sólidos o gaseosos que puedan contaminarlas, con riesgo para la salud o la flora y fauna; sus usos energéticos, industriales y mineros. El entonces Art.54° exigía que los residuos minerales se depositen en áreas especiales o **canchas de relaves** (área: depósito de desechos provenientes del proceso minero), dotadas de elementos necesarios de control y seguridad, o, se evacuen por otros sistemas evitando la **contaminación de las aguas** (cualquier alteración perjudicial en sus características físicas, químicas y/o bacteriológicas) o tierras agrícolas de actual o futura explotación. Las normas sanitarias y de seguridad laboral también contribuyeron como precedente normativo.

La Constitución de 1979 en el régimen económico (capítulo de los RR NN): prescribía el fomento estatal de la actividad minera, de suerte que la concesión minera era enfocada como derecho real a partir de lo cual la Ley General de Minería DL N° 109 (1981) tenía como alcance el aprovechamiento de sustancias minerales del suelo y subsuelo del territorio nacional, dominio marítimo, recursos geotérmicos, salvo petróleo e hidrocarburos análogos, depósitos de guano y aguas minero medicinales (Art.1), No preveía obligaciones ambientales para los titulares. Sufrirá muchas modificaciones al igual que su reglamento.

El CMARN incorporó un capítulo sobre recursos mineros. No trató de modo sistemático la cuestión minero ambiental, sin embargo aborda algunos aspectos sensibles de la

actividad minera, aunque sin la suficiente ponderación o equilibrio del caso entre protección ambiental y fomento a la inversión o producción. Por tal razón en su momento fue modificado en lo fundamental por el Decreto Legislativo N° 708° (1991) Ley de Promoción de Inversiones en el sector minero⁶. Debido a las modificaciones sufridas por el D Legislativo N° 109, Ley General de Minería (1981), el Capítulo XII de los Recursos Mineros del CMARN y de la Ley de Promoción de la Inversión en el Sector Minero, Decreto Legislativo N° 708 (1991, se expedirá un texto integrador, que corresponderá al Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, el Decreto Supremo N° 014-92-EM, cuyo Reglamento es Decreto Supremo N° 03-94- EM⁷.

Art.	CMARN DL N° 613	Art.	LPISM DL N° 708
	Aprobación de Proyectos de áreas de desechos minero-metalúrgicos. Prohibición de Licencias		Modificado. Aprobación de proyectos para beneficio y explotación minera

⁶ Caber recordar que el marco general de política para la actividad privada y la conservación del ambiente se expresa en el artículo 49° de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada - Decreto Legislativo N° 757, publicada el 13 de noviembre de 1991. Dicho artículo señala que el Estado estimula el equilibrio racional entre el desarrollo socio-económico, la conservación del ambiente y el uso sostenido de los recursos naturales, garantizando la debida seguridad jurídica a los inversionistas mediante el establecimiento de normas claras de protección del medio ambiente.

Las actividades de Hidrocarburos, de acuerdo a la legislación ambiental vigente, se rigen por:

1. La necesidad de lograr compatibilizar el equilibrio ecológico y el desarrollo, incorporando el concepto de “desarrollo sostenible” en las Actividades de Hidrocarburos.
2. La prevención, instrumentada a través de la Evaluación de los posibles Impactos Ambientales de las Actividades de Hidrocarburos.
3. El establecimiento a todo nivel de una conciencia ambiental, orientada a preservar los ecosistemas.
4. El ejercicio del derecho de propiedad que compromete a las personas naturales o jurídicas Titulares de Contratos a actuar en armonía con el ambiente.
5. No legitimar o excusar acciones que impliquen el exterminio o depredación de especies vegetales o animales.
6. Las normas relativas a la protección y conservación del ambiente y los recursos naturales que son de orden público.

⁷ Artículo 8o.- La exploración es la actividad minera tendiente a demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimiento minerales. La explotación es la actividad de extracción de los minerales contenidos en un yacimiento. Desarrollo es la operación que se realiza para hacer posible la explotación del mineral contenido en un yacimiento

62°	provisionales	49°	
63°	Prohibición de ubicar desechos mineros - metalúrgicos en zonas de riesgo. A no menos de 500 mts. de cuerpos de agua. Estándares Internacionales	50°	Modificado. Requisitos para licencia de construcción o depósito de desechos minero - metalúrgicos. Estándares fijados por la autoridad competente
64°	Canchas de relave	-	Sin modificar
65°	Requisitos técnicos para control y registro de contaminantes	-	Sin modificar
66°	Requisitos para exploración y explotación: tratamiento de aguas, estabilización del terreno y restauración del paisaje; explosivos según niveles tolerables	51°	Modificado. Requisitos para explotación y explotación: tratamiento de aguas según factibilidad; sólo estabilización de terreno; explosivos según niveles fijados por la autoridad competente
67°	Residuos radioactivos: sujetos a estándares internacionales fijados por la autoridad competente	52°	Residuos radioactivos: sujetos a límites tolerables según estándares fijados por la autoridad competente
68°	Normas de seguridad, tratamiento y control de descargas al ambiente	-	Sin modificar
69°	Fiscalización de actividades mineras: permanente	-	Fiscalización de actividades mineras: periódica
70°	Concesiones mineras y ambiente. Expropiación y reversión	10ª D.F	Derogado por la 10ª Disposición Final

El primer Reglamento de Protección Ambiental propiamente dicho que ha tenido nuestro sistema legal ha sido el Decreto Supremo No. 016-93-EM, “Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades Minero Metalúrgicas”, que servirá de heveas para los otros reglamentos existentes (hidrocarburos, electricidad e industria manufacturera). Su objetivo es establecer acciones de previsión y control que deben realizarse para armonizar el desarrollo de las actividades minero metalúrgicas con la protección ambiental, protegiendo el ambiente de los riesgos que resulten de los agentes nocivos que pudiera generar dicha actividad, evitando sobrepasar los niveles máximos permisibles y fomentando el empleo de nuevas técnicas y procesos relativos al mejoramiento ambiental.

Regula la responsabilidad del titular minero en cuanto a emisiones, vertimientos y disposición de desechos al ambiente, producidos como resultado de procesos al interior de sus instalaciones, el evitar e impedir sobrepasar niveles máximos permisibles establecidos, Declaración Anual Consolidada: informe sobre emisiones y/o vertimiento,

exigencia de Auditor ambiental interno, entre otras. Establece los PAMA (Programas de Adecuación y Manejo Ambiental) toda vez que el CMARN equívocamente aludía a los EIA para las actividades en curso, cuando por el contrario los EIA debieran ser “proyectivos” no retrospectivos, es decir para las actividades preexistentes que ya generaron el impacto.

En torno a este núcleo normativo y en base a un constante proceso de ensayo – error, se fueron generando regulaciones muy variadas relacionadas con los EIA, PAMA, ECA/LMPS, Pasivos y Cierres de Minas, Participación ciudadana, requisito para el desarrollo de actividades mineras, compromiso previo, exploración, por citar algunas relevantes.

A ello ciertamente se suma una compleja normativa conexas tanto general como específica relativa a los instrumentos de gestión y recursos naturales (vg. áreas naturales protegidas, tierras, bosques, agua).

IV. Minería verde

La reciente Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río + 20), plantea el paradigma de la Economía Verde (*Global Green New Deal*), entendida – grosso modo– como “aquella que tiene bajas emisiones de carbono, utiliza los recursos de forma eficiente y es socialmente incluyente” (PNUMA). Esta noción aplicada a la explotación de los recursos naturales no renovables, como la minería, supone tres condiciones mínimas: a) sustituir valores o beneficios reales, dado el agotamiento del recurso; b) reducir o evitar impactos ambientales en otros recursos o en la calidad de vida las poblaciones; c) asegurar la paz social.

En este marco de ideas se inscribe modernamente la concepción de minería sostenible (“Minería verde”), mediante la cual se procuran equilibrar:

- a) aspectos económicos;
- b) minimización de impactos socio ambientales⁸ y

⁸ Entre los impactos ambientales que puede generar la minería pueden citarse:

c) mejora continua durante el ciclo de explotación.

Al respecto hoy en día se postulan diversos mecanismos de certificación orientados a una Gestión Minera Sostenible, invocando para ello indicadores y requisitos de sostenibilidad.

Cabría afirmar en consecuencia que ya existen propuestas integrales, no solo de orden técnico, que permiten afrontar los desafíos socio-ambientales generados por la actividad minera, considerando su carácter estratégico para el desarrollo sostenible del país. Hasta ahí todo se muestra bien. Sin embargo, cotejando estas premisas con los datos de nuestra realidad institucional, legal, política, cultural o social, encontramos la persistencia de “luces rojas” que detienen o no hacen viable a las «luces verdes» que hemos mencionado.

1. Ordenamiento territorial

Se requiere “liberar el territorio” de aquellas visiones ultralocalistas o regionalistas que desgajan los recursos naturales y obvian su condición de Patrimonio de la Nación. En parte es consecuencia de una irracional descentralización (los departamentos “travestidos como regiones” sin adecuado enfoque ecosistémico). Al igual que un arbitrario manejo del principio de subsidiariedad, mediante el cual dogmáticamente en la norma originariamente se establecía que lo local era per se el nivel más idóneo para resolver los problemas por estar más cerca de la población. Semejante fundamentación

-
- Los impactos paisajísticos y la variación de la morfología del terreno (creación de depresiones, construcción de elevaciones artificiales o creación de llanuras por eliminación de la morfología original)
 - El impacto sobre las masas de aguas continentales y marinas y los ecosistemas acuáticos (drenajes ácidos, reactivos, sulfatos, sales férricas, arrastre de partículas sólidas y materia orgánica, afección directa al nivel freático...)
 - El impacto sobre los suelos y la flora y la fauna asociada a ellos;
 - El impacto sobre la atmósfera (emisión de gases contaminantes, partículas de polvo)
 - El impacto por la contaminación ambiental con diferentes formas de energía (ruido, radiaciones, calor, etc.). Pueden ser sobre el suelo, las masas de agua y el aire.
 - Y finalmente, también los impactos demográficos (crecimiento o disminución de la población).

ciertamente no resiste el imperativo de una gobernanza a nivel nacional, poniendo por el contrario en riesgo el sentido mínimo unitario del país.

Asimismo cabe afirmar la seguridad jurídica y social acerca de los usos potenciales del territorio para garantizar un equilibrio entre inversiones, derechos locales e intereses nacionales.

En todo caso deben seguirse determinados criterios técnico-rectores en relación con los recursos naturales y su aprovechamiento sostenible, como los del Estatuto de recursos naturales

Estatuto de recursos naturales: noviembre de 2010⁹

Los Estatutos contienen doce preceptos. De estos preceptos, diez ofrecen orientación sobre las decisiones fundamentales que deben enfrentar los gobiernos, desde la decisión de extraer los recursos hasta las decisiones sobre el uso de los ingresos que estos generan. Los dos preceptos restantes se refieren a otros actores importantes y a sus responsabilidades. Para que los Estatutos sean fáciles de usar, existen tres niveles de detalle. El nivel 1 presenta los preceptos. El nivel 2 contiene explicaciones detalladas sobre el significado de los mismos. Si los lectores desean proseguir con el debate de asuntos en mayor profundidad y detalle técnico, se los deriva al nivel 3.

Precepto 1: El desarrollo de los RRNN de un país debe diseñarse para garantizar el máximo beneficio social y económico para sus habitantes. Esto exige un enfoque integral en el que se aborde y comprenda cada etapa en la cadena de toma de decisiones.

Precepto 2: Para que la administración de RRNN tenga éxito se requiere que el gobierno rinda cuentas a un público informado.

Precepto 3: Las políticas fiscales y los términos contractuales deben garantizar que el país obtenga el beneficio total de los recursos, siempre y cuando se atraigan las inversiones necesarias para poder materializar dicho beneficio. La naturaleza a largo plazo de la extracción de RRNN necesita de políticas y contratos que sean sólidos frente a circunstancias inciertas y cambiantes.

Precepto 4: Las licitaciones para la adjudicación de contratos y derechos de explotación pueden ser un mecanismo eficiente para garantizar el valor y la integridad.

Precepto 5: Los proyectos para la explotación de RRNN pueden tener efectos económicos, ambientales y sociales relevantes, tanto positivos como negativos, a nivel local. Dichos efectos

⁹ *Natural Resource Charter (2010)*

deben ser identificados, explorados, informados, mitigados o compensados en todas las etapas del ciclo del proyecto. La decisión de extraer se debe considerar con el máximo cuidado.

Precepto 6: Las compañías de RRNN de propiedad estatal deben operar con transparencia y tener como objetivo su viabilidad comercial en un entorno competitivo.

Precepto 7: Los ingresos procedentes de los RRNN deben utilizarse principalmente para fomentar el crecimiento económico sostenido e inclusivo, permitiendo y manteniendo altos niveles de inversión en el país.

Precepto 8: El uso eficaz de los ingresos procedentes de los RRNN requiere que la inversión y el gasto locales se intensifiquen lentamente y se nivelen para tener en cuenta la volatilidad de los ingresos.

Precepto 9: Los gobiernos deben usar los RRNN como una oportunidad de incrementar la eficiencia y la equidad del gasto público, al igual que para permitir que el sector privado responda a los cambios estructurales de la economía.

Precepto 10: Los gobiernos deben facilitar las inversiones del sector privado a nivel nacional y local, con el propósito de diversificar, así como de explotar las oportunidades de valor agregado nacional.

Precepto 11: Los gobiernos de los países donde las empresas extractivas tienen su sede central y los centros de capitales internacionales deben exigir y hacer cumplir las mejores prácticas.

Precepto 12: Todas las compañías de extracción deben seguir las mejores prácticas en la contratación, las operaciones y los pagos.

2. *Gestión pública ambiental confiable*

Urge una tecnocratización y meritocracia del funcionario, es decir una profesionalización de la administración pública. El Estado no puede ser visto como una pasantía o *stage* para miembros de empresas, ONG o de proyectos políticos o personales y desde allí muchas veces generar normas o medidas “*delivery*” para fines particulares.

La gestión pública minera sostenible y moderna solo se concibe en un marco mayor de reforma pública que no está siendo frontalmente abordado desde los núcleos de decisión mayor en el país.

3. *Magistratura confiable y capacitada*

Jueces y fiscales deben aplicar las normas sin otro cálculo que hacer prevalecer la justicia (léase justicia ambiental), ya sea frente a los daños ambientales, a las diversas formas delictivas que atentan contra la producción o las relacionadas con la corrupción ambiental. Esto se torna como algo central en la perspectiva no penal, puesto que pese a la expedición de normas legales para hacer desistir a los administrados (para que no acudan a los procesos contencioso administrativos (que es una garantía constitucional) los magistrados tendrán que participar en procesos ambientales cada vez más especializados para lo cual a su vez deberán estar más capacitados en estas materias.

4. *Sistemas de “sanciones positivas”*

Falta de implementación y afirmación de de incentivos, premios, reconocimientos de récords ambientales, entre otras medidas, en complemento al castigo o sanción negativa convencional. Generar competitividad por el buen desempeño y la ecoeficiencia¹⁰.

Ley General del Ambiente

Artículo 37°.- De las medidas de promoción

Las entidades públicas establecen medidas para promover el debido cumplimiento de las normas ambientales y mejores niveles de desempeño ambiental, en forma complementaria a los instrumentos económicos o de sanción que establezcan, como actividades de capacitación, difusión y sensibilización ciudadana, la publicación de promedios de desempeño ambiental, los reconocimientos públicos y la asignación de puntajes especiales en licitaciones públicas a los proveedores ambientalmente más responsables.

Se considera que las empresas ecoeficientes –mineras o no– serán más competitivas si incorporan de manera consistente una gestión ambiental en sus procesos productivos y

¹⁰ La ecoeficiencia es una oportunidad para hacer negocios, promover las inversiones, crear puestos de trabajo, abrir nuevos nichos de mercado y asumir la responsabilidad empresarial hacia el ambiente y la sociedad”. El Gobierno del Perú, a través del Ministerio del Ambiente, ha establecido como política de Estado, la promoción de la actividad empresarial ecoeficiente; generadora de nuevas inversiones y puestos de trabajo; y cuya práctica y difusión es deber de los hacedores de política, funcionarios, académicos, empresarios, trabajadores y de la población en general

financieros, lo cual supone fomentar los beneficios relacionados a un uso sostenible de los recursos energéticos y naturales, tanto en su relación con el entorno social como con el entorno interno (vg. aprovechar la mayor cantidad de horas de luz natural al día, desconectar los aparatos eléctricos al abandonar el centro de labores, concientizar el ahorro de agua, la reducción del uso del papel y promover el reciclaje, entre otros, que lleve a reducir los impactos del entorno).

5. Responsabilidad social ambiental efectiva¹¹

Sería conveniente la creación de un Observatorio sobre la aplicación efectiva de la RSA, ciertamente asumida por personas de insospechable parcialidad o sesgos ideológicos, como lamentablemente se suele dar en este tipo de experiencias. Esto favorecería los auténticos procesos y delataría a aquellos meramente de falso marketing.

Responsabilidad social empresarial

La RSE supone prácticas de negocio transparentes y basadas en valores éticos, integrando en sus actividades tradicionales la preocupación por el ambiente y la sociedad. De esta manera, se tienen en cuenta, en la toma de decisiones, las obligaciones y compromisos legales y éticos, nacionales e internacionales con los grupos de interés, que se derivan de los impactos que la existencia, actividad y operación de las organizaciones producen en el ámbito social, laboral, ambiental y de los derechos humanos. La RSE afecta a la propia gestión de las organizaciones, tanto en sus actividades productivas y comerciales, como en sus relaciones con los grupos de interés.

6. Revisión crítica de los instrumentos de gestión minero ambiental

¹¹ Al respecto cabe mencionar el trabajo de AZABACHE (2012) sobre **La importancia de la minería para el desarrollo de un modelo de negocio de inclusión social**

“La situación del sector minero cobra relevancia particularmente hoy en un entorno de mercado globalizado y de desarrollo tecnológico, con acceso a las tecnologías de la información. Sin embargo, existe una dicotomía en el entorno económico de las empresas mineras y su relación con las comunidades campesinas que, lejos de integrarse, encuentran intereses contrapuestos y a menudo conflicto debido a su bajo nivel de articulación económica.

Este problema se suscita en la actualidad en nuestro país, debido a la falta de conocimiento de la naturaleza del problema, y por ello es necesario estudiar a profundidad las razones por las cuales las comunidades no se sienten integradas en el modelo económico minero. El presente trabajo de investigación toma su fundamento en el problema de responsabilidad social de la empresa minera y el rol que deberá jugar en el futuro, desarrollando un modelo de negocio integrador para con la comunidad de su entorno si pretende llevar a cabo una política de desarrollo de sus proyectos a largo plazo.”

Estamos frente a uno de los aspectos medulares que envuelve conflictualmente a diversos instrumentos de gestión ambiental respecto de la actividad minero-metalúrgica. En efecto, tanto la concepción, revisión y aplicación de herramientas tales como la evaluación de impacto ambiental, los estándares de calidad ambiental y los límites máximos permisibles, el ordenamiento del territorio y la zonificación ecológica económica, los instrumentos económicos, entre otros, requieren someterse a nuevos criterios que garanticen la sostenibilidad, esto es la inversión y el desarrollo social armonioso. Esta revisión se articula con el conjunto de premisas propositivas que estamos formulando en el presente apartado. Los instrumentos de gestión ambiental igualmente requieren una mirada interrelacionada sistémica no compartimentalizada.

7. Participación e información ciudadana

Contamos formalmente con ciudadanos; la realidad nos indica en muchísimos casos que se trata meramente de personas con DNI. La ausencia de formación o cultura ciudadana y ambiental, deja un frondoso campo de cultivo para sembrar ideas y creencias “anti” lo cual no ayuda a construir un proyecto nacional sostenible ni un curso productivo para la minería sostenible.

Los 10 principios básicos. La participación ciudadana

1. No se ejercita con fórmulas o recetas únicas.
2. Debe ser informada.
3. Debe ser transparente y las contribuciones de la ciudadanía deben ser respetadas.
4. No significa que los terceros toman las decisiones, sino que contribuyen en la toma de decisiones
5. Es eminentemente local
6. Debe ser planificada y documentada.
7. No es una formalidad, es esencial para lograr soluciones sostenibles
8. Debe ser proactiva.

9. Genera responsabilidades compartidas

10. Requiere apertura de las partes durante todo el proceso del proyecto

En especial en lo relativo a los Pueblos Indígenas y la Consulta Previa, en el marco de lo establecido por los convenios y tribunales internacionales a los que está sujeto el Perú, hay que considerar un conjunto de interpretaciones más equilibradas y racionales que eviten generar climas de autonomismo socio cultural extremo en desmedro de los principios unitarios del Estado, con respeto de la pluralidad cultural.

8. *Pensamiento y mentalidad productiva sostenible*

Se advierte la ausencia o minimización del paradigma del emprendimiento en las poblaciones. Es necesario diseminarlo o reforzarlo mediante propuestas que integren la actividad minera con otras actividades productivas o comerciales, generando dinámicas locales y regionales sostenibles, distanciándose del extremo agrarismo ideológico, poco fecundo para mostrar resultados en el marco de una economía moderna y globalizada.

9. *Socios indígenas*

Ante la sensación de ajenidad de las comunidades frente a los proyectos mineros, y en complemento a lo anterior, se advierten progresivamente experiencias positivas orientadas a consorciarse con las actividades mineras y convertirlas en beneficiarias como accionistas; ello, independientemente de otras ventajas comparativas, fruto del efecto multiplicador de tales actividades. Se trata de un camino promisorio que “liquidaría” muchos programas ideológicos que frenan la posibilidad de nuevas actitudes comunales respecto la modernidad sin desmedro de su ancestralidad.

Ejecutivos de empresas mineras estudian la posibilidad, tal como ocurre en Canadá.¹²

Las empresas mineras de origen canadiense que operan en el Perú estudian la posibilidad de proponer nuevos mecanismos para mejorar las relaciones con comunidades campesinas y nativas, que podrían incluir hasta ceder un mínimo porcentaje del accionariado de esas compañías.

La evaluación ha llevado a que ejecutivos de esas firmas viajen a Canadá para tomar la opinión de sus matrices y conocer más detalladamente cómo las empresas mineras han establecido una buena relación con las comunidades nativas asentadas en territorios donde se realizan actividades extractivas.

«Allá (en Canadá) existen mecanismos que adaptados a la realidad peruana se podrían aplicar acá», dijo una fuente del sector.

Mediante los llamados Acuerdos de Impacto y Beneficios, en ese país de Norteamérica se han reforzado las relaciones entre la empresa y las comunidades y se ha logrado un apoyo local al proyecto minero.

Estos acuerdos incluyen disposiciones que cubren, entre otros aspectos, empleo, capacitación, contratación de trabajadores locales, protección ambiental y también participación en el capital social.

Los ejecutivos están estudiando los detalles de estos mecanismos con el fin de evaluar si es posible aplicarlos en el Perú.

Después de México, Perú es el segundo socio comercial más importante que tiene Canadá en América Latina y el Caribe.

Según datos oficiales, en nuestro país operan, aproximadamente, 85 empresas mineras y de exploración junior y una docena de compañías de petróleo y gas canadienses. Antamina, Barrick, Pan American Silver y Sulliden son algunas de las grandes empresas mineras que cuentan con inversión de capital canadiense.

10. *Ética ambiental*

¹² *Diario Gestión* Jueves, 17 de mayo del 2012.

Desafío de larga duración, pero se pueden propiciar atajos cortos, mediante estímulos, prácticas ejemplares y positivas. Las personas emblemáticas del país debieran estar en primera línea. Obviamente no la mayoría de nuestros actores políticos, lo cual es de lamentar.

11. Acuerdo nacional para viabilizar las premisas expuestas

En realidad, todo lo anterior orientado a una nueva mirada sostenible de la minería caería en saco roto si no se asume con convicción y sin dobles discursos las consideraciones expuestas. El texto de la ley sin este contexto, sería simplemente un pretexto...

La Declaración de Toronto destaca nueve áreas en las que la industria de la minería y la metalurgia desarrollará sus actividades:

- Expansión de la Carta del Desarrollo Sostenible para incluir las áreas recomendadas en el informe del Proyecto de Desarrollo Sostenible de la Industria Minera.
- Desarrollar protocolos que fomenten la información al público y la verificación de las prácticas por parte de organizaciones independientes.
- Entablar un diálogo constructivo con todas las partes.
- Ayudar a los miembros del Consejo a comprender los conceptos y las implicaciones del desarrollo sostenible.
- Colaborar con el Banco Mundial para crear herramientas y sistemas de desarrollo eficaces.
- Promover el concepto de la gestión integral de materiales a lo largo de la cadena de valor de la industria minera.
- Promover decisiones de elección de materiales científicamente fundamentadas que fomenten el acceso al mercado, el uso seguro, la reutilización y el reciclado de metales y minerales.
- Crear un registro de respuestas en caso de emergencia para la industria de la minería y los metales.
- En asociación con la Unión para la Conservación del Mundo y otros organismos, buscar soluciones para la explotación de las áreas protegidas.

El Consejo reconoce que la minería artesanal y a pequeña escala, son importantes y complejas. Sin embargo, son los gobiernos y los organismos internacionales los que deberían encabezar la resolución de estos problemas.

Doug Yearley, presidente de ICMM, ha declarado: "Necesitamos que todas las partes interesadas trabajen juntas y elaboren normas justas y vinculantes. La industria de la minería está tratando de reformarse y de adoptar la transparencia, legitimidad y responsabilidad que demanda la sociedad".

La Declaración culmina una conferencia de tres días sobre el desarrollo sostenible en la que, por primera vez, 20 consejeros delegados y presidentes de empresas del sector, así como otros líderes industriales y representantes de gobiernos, organizaciones no gubernamentales, grupos indígenas y sindicatos, se han reunido para afrontar los retos que plantea el desarrollo sostenible de la industria minera y metalúrgica.

Distributed by PR Newswire on behalf of : International Council on Mining and Metals (ICMM 2012)

V. Sobre el Derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

5.1 Precisión previa

Cabe dejar constancia que la consulta previa a los PP II¹³ se refiere a la posible afectación de sus derechos colectivos en donde no solo se incluye derechos al ambiente o a los recursos naturales, sino a muchos otros que tienen que ver con su identidad cultural y en consecuencia se asocia también a la educación, salud, formas de administración de justicia, trabajo entre otras.

5.2 Consideraciones generales

¹³ «La Consulta es la facultad de la que gozan los pueblos indígenas y tribales, escuchar al Estado sobre los proyectos que el gobierno tiene pensado aplicar, con el objeto de evaluar, estudiar y analizar los posibles cambios, beneficios y/o perjuicios que dicho proyecto tendría sobre su vida y cultura» (Handersson Casafranca Valencia – Informe Consulta Previa: Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia –Comisión Multipartidaria encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígenas – Periodo Legislativo 2008 – 2009) «La consulta es un principio fundamental del Convenio 169. Esta Consulta tendrá lugar cuando se estudie, planifique o aplique cualquier medida susceptible de afectar directamente a los pueblos interesados» («Manual del Convenio 169 –OIT»)

En su Artículo 6.2 el Convenio 169 OIT refiere que las consultas llevadas a cabo en aplicación del dicho instrumentos deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

En ese sentido se ha interpretado que con ello se “dispone del marco para mantener debates y negociaciones entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales”, en donde el **objetivo** de una consulta es alcanzar un **acuerdo** (consenso) o el consentimiento pleno y debidamente informado de los interesados. Al respecto se ha formulado la interrogante **¿Y el derecho de veto?** Un documento oficial de la OIT (2003) señala lo siguiente:

- El Convenio no otorga a los pueblos indígenas y tribales el derecho de veto.
- El Convenio especifica que no debe tomarse ninguna medida contraria al deseo de los pueblos indígenas y tribales, pero esto no significa que en caso de desacuerdo nada puedan hacer.
- Lo que interesa recordar es que las consultas deben efectuarse:
- **a) De buena fe**, respetando los intereses, valores y necesidades de la otra parte. El proceso de consulta debe ser específico a cada circunstancia y a las características especiales de un determinado grupo o comunidad. De tal manera que, por ejemplo, una reunión con ancianos de una aldea mantenida sin interpretación en una lengua que no les sea familiar, como puede resultar el idioma oficial del país (inglés, español, etc.), no puede considerarse como una verdadera consulta.
- **b) Respetando el principio de representatividad** lo cual es «un componente esencial de la obligación de consulta. [...] Pudiera ser difícil en muchas circunstancias determinar quién representa una comunidad en particular.
- Sin embargo, si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio».

Cabe recordar (OIT 2009: 61) que la obligación de los gobiernos de consultar a los pueblos indígenas adquiere especial relevancia en los siguientes casos:

- Al prever medidas legislativas o administrativas • (artículo 6(1)(a));
- Antes de proceder a la prospección o explotación • de los recursos del subsuelo (artículo 15(2));
- Al considerar la enajenación de las tierras de • pueblos indígenas o la transmisión de sus derechos sobre estas tierras a personas extrañas a su comunidad (artículo 17);
- Con anterioridad a la reubicación de los pueblos • indígenas, que sólo deberá efectuarse con el consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa (artículo 16);
- En la organización y funcionamiento de programas • especiales de formación profesional (artículo 22);
- En las medidas orientadas a enseñar a leer y • escribir a los niños en su propio idioma indígena (artículo 28).

Asimismo, el Convenio núm. 169 contiene numerosas referencias al concepto de participación, presentes en diversas áreas (artículos 2, 6, 7, 15, 22, 23). Además existen otros términos en el Convenio que se emplean para referirse a la participación:

- Obligación de “cooperar” con los pueblos • indígenas (artículos 7, 20, 22, 25, 27 y 33);
- Obligación de • *no* tomar medidas contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos indígenas (artículo 4);
- Obligación de buscar «el consentimiento dado • libremente y con pleno conocimiento de causa» de los pueblos indígenas (artículo 16);
- Derecho de ser consultados a través de • “instituciones representativas” (artículo 6).

El Tribunal Constitucional ya se había pronunciado en cuanto a los elementos mínimos del derecho a la consulta previa, en el caso de la Demanda contra el Decreto Legislativo N.º 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales:

IX. Elementos y características del derecho de consulta

Las características esenciales del derecho de consulta revisten particular interés ya que de no tomarse en cuenta estas, las medidas consultadas, podrían ser materia de cuestionamientos. Así, de la propia normativa del convenio se extraen las principales características de este derecho, a saber: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) objetivo de alcanzar un acuerdo, d) transparencia; y, e) implementación previa del proceso de consulta. Estas características son también principios orientadores, así, en caso de presentarse vacíos en la legislación se tendrá que proceder en virtud de estos principios con el objetivo de maximizarlos. De igual forma, si estos elementos se encuentran ausentes, la afectación del derecho de consulta se tendrá que comprender como una de tipo arbitraria y por lo tanto inconstitucional

A tenor de esta sentencia en el subsector minero se expidió la norma del Decreto Supremo 023-2011-EM, que aprueba el Reglamento del Procedimiento para la Aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas derogado a su vez por la Tercera Disposición Complementaria de la Ley N° 29785.

En este contexto en nuestro país se expide la mencionada Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) cuyo carácter general implica que este derecho a la consulta previa no se circunscribe solo para la marcha de proyectos mineros o energéticos; inclusive será necesario para la implementación y realización de planes programas y proyectos de alcance nacional y regional que estime ejecutar el Estado.

Es mediante el Estado, que exclusivamente se implementará este derecho de consulta, con el objeto de alcanzar un acuerdo o consentimiento de los pueblos indígenas u originarios en relación con las medidas legislativas o administrativas que pudieran afectar sus derechos colectivos. Para tales efectos las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa, son las encargadas de cumplir con las etapas mínimas del proceso de consulta, manteniendo el Estado la atribución de Decisión Final. El Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura es el organismo encargado de implementar esta ley.

Cabe tener en cuenta que conforme al Reglamento de la Ley N° 29785 el DECRETO SUPREMO N° 001-2012-MC, se fijan unas definiciones que son claves:

Artículo 3°.- Definiciones

i) Medidas Administrativas.- Normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En el caso de actos administrativos, el proceso de consulta a los pueblos indígenas se realiza a través de sus organizaciones representativas locales, conforme a sus usos y costumbres tradicionales, asentadas en el ámbito geográfico donde se ejecutaría el acto administrativo.

j) Medidas Legislativas.- Normas con rango de ley que puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Uno de los grandes temas de discusión está referido al momento en que debe llevarse a cabo esta consulta y de acuerdo a las características de las actividades de cada sector estas serán precisadas.

VI. Conclusiones

1. El imperativo de revisar el sistema jurídico minero ambiental y su institucionalidad a fin de adaptarse al desarrollo sostenible, supone una nueva mirada, un nuevo paradigma que permita responder a los desafíos de la inversión, la inclusión y la ocupación ordenada y confiable del territorio para la implementación de las actividades mineras en complementariedad con otras actividades económicas locales y regionales.
2. Los instrumentos legales al respecto no son solución en sí salvo que se articulen con soluciones integradas relacionadas con la seguridad de las inversiones, seguridad ciudadana, niveles de consenso y gobernanza, entre otros.
3. La minería sostenible y en consecuencia el paradigma de la economía verde deben traducirse en fórmulas concretas, no retórica, que se puedan medir de manera objetiva mediante indicadores confiables para impedir su desestima o descrédito de parte de los objetores del quehacer minero.
4. Herramientas legales ambientales relativas a la actividad minera, para equilibrar exigencias del desarrollo económico del país —una de cuyas columnas recae sustancialmente en el quehacer minero— con demandas de inclusión social y desarrollo local y regional, sin perder la perspectiva de la seguridad del orden unitario constitucional.
5. Se plantea en resumen un aporte conceptual y propositivo para la comprensión de los alcances y límites que desde el sistema jurídico se puede coadyuvar para afirmar progresivamente un modelo y una práctica de minería sostenible en el país.¹⁴

¹⁴ Reiteramos una vez más que no hemos afrontado la temática de la minería informal ni en el presente *paper* ni en la investigación mayor, sin embargo, la encuadramos en una visión de conjunto en lo que corresponda.

VII. Fuentes de Información

ANCHANTE RULLÉ, Marlene

2009 «Evaluación de Conflictos Socioambientales.» En: *Punto medio: revista peruana de análisis, prevención y gestión de conflictos* -- Año 2, no. 2 (Abr.) p. 7-23

AZABACHE MORÁN, Carlos Alberto.

2012 «La importancia de la minería para el desarrollo de un modelo de negocio de inclusión social» En:

[http://fresno.ulima.edu.pe/pi/pi_bd002.nsf/otrosweb/sumillas2012/\\$file/Sumillas-de-Investigacion-2012.pdf](http://fresno.ulima.edu.pe/pi/pi_bd002.nsf/otrosweb/sumillas2012/$file/Sumillas-de-Investigacion-2012.pdf) Fecha de consulta: 16/09/2013.

BARRAZA LESCANO, Renato

2002 «Algunos apuntes en torno a la servidumbre minera y la problemática suscitada con la entrada en vigencia de la Ley No. 26505 - Ley de Tierras» En: *Ius et veritas* -- Año 13, no. 25 (Nov.) p. 231-240

CASTILLO, Laureano

2003 *Tierras agrícolas y servidumbre minera*. Lima, Cepes.

CEPAL. 3ª Conferencia interparlamentaria de minería y energía América Latina

s.f. En:

<<http://www.cepal.org/drni/proyectos/synergy/geoterm/anexob/declaracion.htm>.> Fecha de consulta: 16 /09/2013.

CIENCIAS PARA EL MUNDO CONTEMPORANEO. Recursos Naturales s.f. En: <<http://cmcserrano.blogspot.com/2010/04/los-recursos-naturales.html>> Fecha de consulta: 16/09/2013.

ICMM. INTERNATIONAL COUNCIL ON MINING AND METALS. PR Newswire Europe Ltd. En: <<http://www.prnewswire.co.uk/cgi/news/release?id=85244>> Fecha de consulta: 02/05/2012.

DE LA PUENTE BRUNKE, Lorenzo

2005 *Legislación Ambiental en la Minería Peruana*. Instituto de Estudios Energético Mineros.

FOY, Pierre

2009 «Consideraciones sobre el Impacto de la Crisis Ambiental y de los Nuevos Paradigmas en los Sistemas Jurídicos Contemporáneos.» En: *Revista del Foro*, CAL N° 1, Lima.

- 2009 Consideraciones Jurídicas sobre el ordenamiento territorial ambiental. Espacio y desarrollo -- Época 2, no. 21 (2009) p. 139-169
- 2006 «El derecho ambiental peruano y la Ley General del Ambiente, Ley 28611: un estado de la cuestión.» En: *Ensayos jurídicos contemporáneos : testimonio de una huella académica*. En Pierre Foy Valencia... [et al.] -- Lima: Pacífico Editores, p. 79-131

GÓMEZ OREA,

- 2003 *Evaluación del impacto ambiental: un instrumento preventivo para la gestión ambiental*. Madrid: Mundi-Prensa.

HUERTAS DEL PINO, Luis Felipe

- 2009 «Fiscalización Ambiental de las actividades mineras ¿Cuan urgente es la implementación de la OEFA?» *Revista de derecho administrativo* -- Año 4, no. 8 (Nov.) p. 99-107

LANEGRA, Iván.

- 2008 *El (ausente) Estado ambiental: razones para la reforma de las instituciones y las organizaciones públicas ambientales en el Perú*. Lima: Consultores para Decisiones Estratégicas.

MEJORADA, Martín

- 2003 «Las servidumbres en general y las mineras en particular. Las servidumbres y la explotación de recursos naturales». En: *Ius et veritas* -- Año 13, no. 27 (Dic.) p. 12-22

MERINO, Beatriz e Iván Lanegra Quispe

- 2013 *Consulta previa a los pueblos indígenas: el desafío del diálogo intercultural en el Perú*. Lima: CENTRUM Católica: GIS: Cengage Learning.

MINAM.

- 2009 *Guía de ecoeficiencia para empresas*. Lima.

MORALES DASSO, José Miguel y Africa Morante Brigneti

- 2009 «Aciertos y debilidades de la legislación minera actual» En: *Revista de derecho administrativo* -- Año 4, no. 8 (Nov.) p. 137-147.

NATURAL RESOURCE CHARTER

- 2010 «Estatuto de recursos naturales» En: <<http://www.naturalresourcecharter.org/>>
Fecha de consulta: 16/09/2013.

OIT.

2009 «Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre El Convenio N° 169 OIT.» Programa para promover el Convenio núm. 169 DE LA OIT (PRO 169). Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, p 61. En:

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_113014.pdf Fecha de consulta: 16/09/2013.

2003 CONVENIO NÚMERO 169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES: UN MANUAL Copyright © Organización Internacional del Trabajo, Primera edición. En:

http://pro169.org/res/materials/es/general_resources/Convenio%20num%20169%20-%20manual.pdf Fecha de consulta: 16 /09/2013.

PASETA SPIHLMANN, Eduardo.

s.f. «Apuntes sobre la Supervisión de las Actividades Mineras en el Perú» En: *Revista de Derecho Administrativo*, N.6 Año 3, pp 280-292. Lima.

PIGRETTI, Eduardo A.

1985 *Derecho Ambiental Profundizado*. Editorial de la Universidad Católica Argentina.

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos.

2010 *Protección de los derechos de los pueblos indígenas* Vol. 35, no. 219 (Set.) p. 40-51.

SERRANO, José Luís

2007 *Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica*. Madrid: Editorial Trotta

TIRADO BARRERA, José Antonio

2008 Relación de Jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional en materia ambiental. En: *Revista de derecho administrativo* -- Año 3, no. 6 (Ago.) p. 416-432

VERNA CORONADO, Vita.

2013 «Tres áreas en la evolución de la regulación del impacto ambiental» En: *Derecho PUCP* / Pontificia Universidad Católica del Perú -- No. 70 p. 63-81.

WTO. Organización Mundial del Comercio

2010 «Informe sobre el Comercio Mundial 2010 “B. Recursos naturales Definiciones, estructura del comercio y globalización1. Definiciones y características esenciales de los recursos naturales”.» En: http://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/wtr10-2b_s.pdf Fecha de consulta: 16/09/2013.

ZAMBRANO CHÁVEZ, Gustavo Arturo

2009 «Reflexiones sobre el debido ejercicio de derechos en contextos de conflicto socioambiental minero» En: *Revista de derecho administrativo* -- Año 4, no. 8 (Nov.) p. 161-169.