



BREVES APUNTES SOBRE LA NECESIDAD DE LEGITIMAR LOS
ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL EN MINERÍA
El legado de Tía María y Shahuindo

BRIEF NOTES ON THE NEED TO LEGITIMIZE THE
ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT IN MINING
The legacy of Tia Maria and Shahuindo

*Daniel Jesús Palomino Segúin*¹

daniel.jesus.palomino.seguin@gmail.com

dpalomino@munizlaw.com

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Recibido: 18 de agosto de 2015

Aceptado: 5 de setiembre de 2015

SUMARIO

Introducción

La lectura del artículo 66° de la Constitución y el aprovechamiento de los recursos minerales

La aparente incompatibilidad entre minería y medioambiente

La herencia de Tía María y Shahuindo

La asignatura pendiente

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo revisar algunos de los principales fundamentos constitucionales y legales que norman la actividad minera en el Perú, como punto de partida para analizar cómo el debate entre el desarrollo económico y la protección del medioambiente no ha sido correctamente leído y cómo es que ha devenido en una de las principales causas que actualmente alimentan el conflicto social en este sector. Para este propósito, se revisarán los alcances de dos recientes pronunciamientos del Consejo de Minería del Ministerio de Energía y Minas, los cuales permitirán confirmar la necesidad de redefinir el rol del Estado en la promoción de la inversión privada en esta actividad extractiva.

PALABRAS CLAVE

Minería en Perú; medioambiente; estudios de impacto ambiental; participación ciudadana;

conflictos sociales; Consejo de Minería; Tía María; Shahuindo.

ABSTRACT

This article focuses on some of the most important constitutional and legal provisions that regulate the performing of mining activities in Peru, as a premise to analyze how the discussion about economic development and environmental protection has been misunderstood, and how it has become in one of the main causes of social conflicts in this sector. For this purpose, two remarkable and recent judgments enacted by the Mining Council of the Ministry of Energy and Mines of Peru will be reviewed in order to confirm the need to redefine the role of the Government on encouraging the private investment in this extractive activity.

KEYWORDS

Mining in Peru; Environment; Environmental Impact Assessment; Citizen Participation; Social Conflicts; Mining Council; Tia Maria project; Shahuindo project.

INTRODUCCIÓN

No todos los barcos están en condiciones de navegar. Y cuanto mayor es la extensión de navegación libre, más se polariza la suerte de los marineros y mayor es el abismo entre los polos. Una travesía placentera para un

1. Ex miembro de la Comisión de Publicaciones de la Asociación Civil Derecho & Sociedad de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Abogado Asociado Junior del Área de Energía y Minas del Estudio Muñiz, Ramirez, Pérez-Taiman & Olaya.

yate bien equipado puede ser una trampa peligrosa para un bote remendado. En última instancia, la diferencia entre ambos es la que existe entre la vida y la muerte.

Zygmunt Bauman

Se ha convertido en una profunda patología la conflictividad social cuyo origen está íntimamente relacionado con los temores a la actividad minera. Cada cierto tiempo se asiste al mismo debate acerca de sus causas y consecuencias; y aun cuando las conclusiones siempre apuntan a la ya trillada «ausencia del Estado» y el aprovechamiento indebido del «discurso ambiental» para restar la débil legitimidad de su presencia, año tras año, somos testigos de este trágico *déjà vu*. Hacer realidad un proyecto minero se vuelve entonces —cual cita de ficción— «una caja de bombones», nunca sabes lo que te va a tocar.

Sin embargo, en este círculo vicioso cuyo común denominador es casi siempre el aparente enfrentamiento entre los derechos económicos —en estricto, la inversión privada en minería— y el derecho al medioambiente, no son muchas las oportunidades con las que los operadores jurídicos cuentan para realizar cambios sustantivos a nivel legislativo, adoptar criterios interpretativos que verdaderamente persigan optimizar los principios constitucionales que subyacen al conflicto, o simplemente reafirmar las normas de orden público a despecho de las conjeturas que, en absoluto, coadyuvan a resolver el problema.

En este contexto, sin la intención de ofrecer una fórmula para la resolución de los conflictos socioambientales en minería, el propósito de este artículo es brindar una aproximación a los fundamentos jurídicos que inspiran el marco normativo para el aprovechamiento de los recursos minerales y su falsa incompatibilidad con el derecho al medioambiente, a fin de proceder a analizar pronunciamientos recientes del Consejo de Minería sobre la viabilidad ambiental de dos importantes proyectos mineros para el Perú, en aras de prevenir los conflictos socioambientales² y, a la vez, fortalecer la

2. De hecho, tal y como la Defensoría del Pueblo informa en su Reporte de Conflictos Sociales N° 135, a mayo de 2015, la actividad minera es el rubro que reporta la mayor cantidad de conflictos socioambientales activos y latentes. De un total de 211 conflictos sociales registrados por la Defensoría, 143 se refieren a conflictos socioambientales; y, de este universo, 95 son los vinculados a minería. Es decir, el 66.4 % de los conflictos socioambientales registrados en todo el país tienen como causas aspectos ambientales asociados a la actividad minera.

seguridad jurídica de la que tanto carece nuestra joven institucionalidad ambiental.

LA LECTURA DEL ARTÍCULO 66° DE LA CONSTITUCIÓN Y EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS MINERALES

Han transcurrido exactamente diez años desde que el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de resolver la acción de inconstitucionalidad promovida contra la Ley N.° 28258, Ley de Regalía Minera, y pronunciarse sobre la interpretación del artículo 66³ de la Constitución Política del Perú, en una de las sentencias más significativas para el Derecho Minero peruano.

En aquella oportunidad, el Supremo Intérprete de la Constitución Política del Perú estableció en los términos siguientes las implicancias de que nuestro Poder Constituyente haya establecido que los recursos naturales son patrimonio de la Nación:

29. El artículo 66° de la Constitución señala que los recursos naturales, in totum, son patrimonio de la nación. Ello implica que su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la nación en su conjunto; por ende, se proscriben su exclusivo y particular goce.

En ese sentido, los recursos naturales — como expresión de la heredad nacional— reposan jurídicamente en el dominio del Estado. El Estado, como expresión jurídico-política de la nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce.

El dominio estatal sobre dichos recursos es eminente, es decir, el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento.

3. Artículo 66°. 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.

Se coincida o no con el resultado del fallo —cuyo *ratio decidendi* y aplicación del test de proporcionalidad o razonabilidad fueron bastante polémicos en su momento⁴—, lo cierto es que el mayor aporte de esta sentencia fue ratificar el principio de que el aprovechamiento de los recursos naturales renovables y no renovables es de interés nacional, dado que los beneficios que se obtengan —como producto de su desafectación de la fuente que los contiene y consecuente explotación económica— deben alcanzar a la Nación en su conjunto. Para la consecución de este objetivo, el Estado gozaría de un «dominio eminencial» sobre los recursos naturales que le permitiría legislar, administrar y resolver las controversias relativas a su aprovechamiento.

Esta lectura, sin embargo, no fue novedosa. La Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, ocho años atrás, ya había interpretado estos preceptos como parte del bloque de constitucionalidad del artículo 66° de la Constitución; y, en esa línea, había recurrido a la colaboración entre normas⁵⁶

para establecer que las leyes especiales desarrollarían las condiciones, términos, criterios y plazos para el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de los recursos naturales a los particulares.

Es bajo este antecedente que la Ley General de Minería cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-92-EM, publicado el 3 de junio de 1992, cobra especial relevancia, ya que se convierte en el cuerpo normativo reconocido por la Ley N° 26821 para la regulación específica de las condiciones para el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de los minerales, en su calidad de recursos naturales no renovables; siendo la opción del legislador, recurrir a la figura de la concesión (institución definida en los artículos 9°⁷ y 1°⁸ del TUO de la Ley General de Minería), para el otorgamiento del derecho de exploración y explotación de estos recursos a favor de los particulares.

Lastres (2009), al referirse a la concesión minera, sostenía lo siguiente:

Constituye una opción del legislador utilizar la figura administrativa que más

4. Para mayor ahondamiento sobre el tema, véase Rubio Correa, Marcial Antonio (2011). *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

5. Uno de los antecedentes tomados en consideración para recurrir a la técnica de la colaboración entre normas fue la Sentencia N° 137-1986 del Tribunal Constitucional de España, de fecha 6 de noviembre de 1986. El Tribunal español concluyó en dicha causa que la reserva de ley orgánica a la que hacía referencia el artículo 81.1 de la Constitución española no era incompatible con la colaboración entre la fuente a favor de la cual la reserva se establece y otras fuentes de producción reconocidas en la Constitución: «[...] no existe, en principio, imposibilidad constitucional para que la Ley Orgánica llame a la ordinaria a integrar en algunos extremos sus disposiciones —de desarrollo—, dando lugar, y con las mismas garantías exigibles (STC N° 83/1984, Fundamento jurídico 4) a una colaboración entre normas [...]. El problema es, más bien, el de cuál sea el carácter de tal remisión y el de la sujeción que la misma entrañe sobre el legislador ordinario, pues ciertamente habría de reputarse ilegítimo todo reenvío en blanco o con condiciones tan laxas que viniesen a defraudar la reserva constitucional a favor de la Ley Orgánica».

6. La colaboración entre normas como técnica legislativa para establecer las condiciones y términos para el aprovechamiento de los recursos naturales quedó registrada en el propio Dictamen de la Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonia respecto del Proyecto de Ley N° 2596/96-CR, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales:

«1. El Contenido de la Ley Orgánica

En vista del mandato constitucional del legislador mediante Ley Orgánica, se analizaron tres alternativas para el contenido de la futura Ley Orgánica:

- La dación de una ley general orgánica que incluya en su ámbito la regulación de todos los aspectos de cada uno de los recursos naturales en nuestro país.

- La dación de una ley marco, con el carácter de orgánica, normando los aspectos generales que regirían el aprovechamiento de los recursos naturales, dejando para las leyes especiales sobre cada recurso, la regulación específica

sobre ellos; y, por último,

- La dación de leyes específicas para cada recurso, cada una de ellas con el carácter de orgánicas, sin contar con una ley marco.

En base al proceso de análisis realizado y la opinión unánime de los expertos se concluyó que la alternativa más adecuada y concordante con el mandato constitucional era la de normar el tema a través de una Ley Orgánica de carácter general o marco, dejando para leyes especiales la regulación sobre los recursos específicos.

Se posibilita con ello una mejor técnica legislativa, en función de la diferente naturaleza de cada uno de los recursos que son materia de aprovechamiento en nuestro país. Dicha opción se sustenta además en la tradición jurídica nacional que consideró siempre una ley especial para cada recurso».

7. Artículo 9. La concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM).

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

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

Son partes integrantes de la concesión minera, las labores ejecutadas tendientes al aprovechamiento de tales sustancias. Son partes accesorias, todos los bienes de propiedad del concesionario que estén aplicados de modo permanente al fin económico de la concesión.

8. «Artículo 10. La concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario.

Las concesiones son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta ley exige para mantener su vigencia».

acomode a los fines públicos en juego a fin de otorgar derechos a los particulares para la explotación de recursos naturales, por tal razón, algunas leyes sectoriales recurren a la concesión, ya sea que se exprese en un simple acto administrativo (minería) o que se formalice en un contrato suscrito entre el Estado con su rol de concedente y el concesionario particular (recursos forestales, geotérmicos, etc.), mientras que otras leyes prefieren la utilización de las figuras de las licencias, autorizaciones o permisos (agua, pesca), que normalmente se manifiestan en decisiones unilaterales de la administración y no en contratos, a excepción de la Ley Orgánica de Hidrocarburos que contempla los contratos de licencia y de servicios. (p. 73)

En esa misma línea, Forno (2009) identifica la concesión minera como una manifestación de la técnica jurídica de los actos administrativos habilitantes y sostiene al respecto:

Por tanto, podemos definir a la concesión minera como el acto administrativo por medio del cual el Estado confiere a su titular el derecho real de explorar y explotar recursos minerales dentro de una área determinada. El titular de la concesión minera es propietario de los recursos minerales que extrae dentro del área concesionada. (p. 58)

El TUO de la Ley General de Minería y sus reglamentos (principalmente, el Reglamento de Diversos Títulos del TUO aprobado mediante Decreto Supremo N° 03-94-EM y el Reglamento de Procedimientos Mineros aprobado mediante Decreto Supremo N° 018-92-EM) regulan los procedimientos administrativos mediante los cuales cualquier particular que cumpla con los presupuestos y requisitos exigidos por estos puede hacerse acreedor de un título de concesión minera y, consecuentemente, gozar del derecho a explorar y explotar los recursos minerales metálicos o no metálicos (dependiendo de lo que se indique en el título). Este procedimiento es legal y se encuentra inspirado en los principios de certeza, simplicidad, publicidad, uniformidad y eficiencia; los mismos que, tal y como lo señala Tejada (2014), constituyen las pautas en el ordenamiento legal minero para el desarrollo de la relación jurídica: Estado-titular minero.

Ahora bien, tal y como lo dispone el artículo 23^o del Reglamento de Procedimientos Mineros, el título de concesión minera, *per se*, no autoriza a realizar las actividades mineras de exploración o explotación, sino que previamente el titular minero debe obtener un elenco de títulos y actos administrativos habilitantes entre autorizaciones, permisos y licencias para llevar a cabo actividades mineras de exploración o explotación en el marco de la Ley.

Esta provisión legal ha sido ampliamente reforzada por la producción normativa que desde la década del noventa hasta la fecha ha visto la luz en las materias ambiental, de protección del patrimonio cultural y de seguridad y salud ocupacional, básicamente; hecho que, inclusive, con el tiempo, ha permitido desarrollar jurisprudencialmente la gran distinción entre el titular minero — el particular que, a través del procedimiento ordinario se hizo acreedor de un título de concesión minera— y el titular de la actividad minera. El titular minero que realiza trabajos de exploración, explotación, beneficio, labor general o transporte minero, una vez que cuenta con las autorizaciones ambientales y otras requeridas por la autoridad minera competente; la construcción, la operación y el cierre de minas son etapas de dichas actividades mineras¹⁰.

Llegado a este punto, puede colegirse que el otorgamiento del derecho de aprovechamiento

9. «Artículo 23. El título de concesión minera deberá contener la misma información exigida por el numeral 1) del artículo 17° del presente Reglamento y, en su caso, la identificación de las áreas de los petitorios o concesiones mineras anteriores con coordenadas UTM, que deberán ser respetadas por el nuevo concesionario.

El título de concesión no autoriza por sí mismo a realizar las actividades mineras de exploración ni explotación, sino que previamente el concesionario deberá:

- Gestionar la aprobación del Instituto Nacional de Cultura de las declaraciones, autorizaciones o certificaciones que son necesarios para el ejercicio de las actividades mineras.
- Contar con la certificación ambiental emitida por la autoridad ambiental competente, con sujeción a las normas de participación ciudadana.
- Obtener el permiso para la utilización de tierras mediante acuerdo previo con el propietario del terreno superficial y la culminación del procedimiento de servidumbre administrativa, conforme a la reglamentación sobre la materia.
- 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 desarrollar.

Esta precisión deberá constar en el título de la concesión minera.

10. Sobre el particular, conviene revisar la Resolución N° 191-2008-MEM/CM expedida por el Consejo de Minería con fecha 6 de junio de 2008 y recaída en el expediente Resolución N° 383-2007-MEM/DGM.

de los recursos minerales en el Perú ha sido clara y ordenadamente desarrollado desde la cúspide del ordenamiento jurídico hasta la norma infra legal más modesta. Nuestro ordenamiento jurídico ha diseñado un sistema en virtud del cual, cumpliendo con los presupuestos y requisitos exigidos por la Ley General de Minería —los mismos que se subsumen en las condiciones generales para el aprovechamiento de los recursos minerales de que trata la Ley N° 26821— cualquier particular pueda obtener un título de concesión minera, el cual no lo habilita todavía a desarrollar actividades mineras de exploración o explotación (tratándose de concesiones mineras, en sentido estricto), sino que únicamente le confiere un derecho real *sui generis* sobre un área determinada en el Catastro Minero; esto es, un derecho que, por las características mencionadas anteriormente, no tiene la vocación de afectar todavía derecho alguno de tercero.

Por la naturaleza de este sistema, a despecho de lo que suele postularse y comenta Soria Dall'Orso¹¹, carece de sentido pensar en la incorporación de un proceso de participación ciudadana, consulta previa u otro análogo dentro del procedimiento administrativo de otorgamiento de concesiones mineras, ya que el título de concesión minera —hasta antes de que el titular minero tenga certeza de si podrá o no desarrollar un proyecto minero— es inocuo frente a terceros.

Ciertamente, pese a que la discusión sobre este tema iniciada a propósito de la promulgación de la Ley de Consulta Previa en el 2011 quedó zanjada hace ya algún tiempo, en el imaginario popular persiste la idea de la existencia de un sistema fundiario en cuanto a la propiedad de los recursos minerales localizados en el subsuelo; situación que permitiría reconocer un derecho a vetar la ejecución de un proyecto minero. Este juicio —por demás equívoco— es el que alimenta en parte el conflicto social, tal y como lo indica Zambrano (2009), para quien «la conflictividad en el aprovechamiento de los recursos minerales, en gran medida, parte de la tensión por la apropiación, transformación y control de los mismos». (p. 158)

11. Al respecto, se sugiere revisar: SORIA DALL'ORSO, Carlos Antonio Martín (2014) "¿Cómo superar los conflictos socioambientales? El enfoque de los derechos humanos y el aporte de la Ley de Consulta Previa en la participación normativa y administrativa de los ciudadanos/pueblos indígenas en la gestión de los recursos naturales". Revista Derecho & Sociedad, (42), pp. 25-43.

A esto último, además, se debe sumar la falta de mecanismos de asistencia técnica que señala Pulgar Vidal (2008)¹²; ausencia que no hace sino exacerbar aún más la idea de que las poblaciones aledañas a los yacimientos mineros podrían sustentar su desarrollo bajo un sistema de dominio no reconocido en el Derecho peruano y al amparo de una «licencia social» que únicamente podría ser otorgada por estas.

La identificación de esta incompreensión ha propiciado que algunas voces dentro de la comunidad jurídica postulen la necesidad de virar hacia un sistema en el que la propiedad del subsuelo incluya también los recursos minerales; ello, como lo señala Ghersi (2011), con la intención de erradicar la violencia producida por «la indefinición de los derechos de propiedad».

Sin embargo, ni el desconocimiento de la ley, ni la ausencia de mecanismos que garanticen una adecuada gestión de los recursos públicos a nivel local pueden conllevar a un Estado a adoptar medidas administrativas sobre la base de conjeturas generalizadas y de espaldas al interés nacional que tanto inspira el régimen de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

Por estos fundamentos, el debate en torno a la solución de los conflictos sociales no debería estar dirigido a revisar el marco normativo del sistema de otorgamiento de concesiones mineras que, tras más de veinte años de vigencia, ha demostrado conducirse con eficiencia y total transparencia¹³.

12. Al respecto, Pulgar Vidal (2008) sostiene: «El no contar con un mecanismo que a través de la asistencia técnica oriente el uso de los recursos disponibles puede generar tres consecuencias previsibles: (1) conflictos desde lo local por demanda de acceso libre y sin condiciones a estos recursos, sin criterios de transparencia; (2) el uso de estos recursos en proyectos que no generan capacidades de desarrollo local, sino que básicamente se destinan a infraestructura de alto costo y poca capacidad de convertirse en motor del cambio; y (3) la pérdida de los recursos y su eventual uso por el Gobierno Central para atender necesidades apremiantes propias del Tesoro Público.

En conclusión, la existencia de mecanismos de asistencia técnica puede garantizar climas apropiados de paz social y convertirse en el medio para el desarrollo de proyectos sostenibles que permitan enfrentar los problemas ambientales locales». (p. 94)

13. Al respecto, es altamente destacable que, a diferencia de otras instituciones públicas, el INGEMMET haya implementado la visualización virtual de todos y cada uno de los expedientes de los procedimientos ordinarios de otorgamiento de concesiones mineras a su cargo; expedientes que pueden ser revisados a través de su página web gratuitamente y con total transparencia. Asimismo, el Sistema de Información Geológico y Catastral Minero (Geocatmin); aplicación que, utilizada

El problema que sí constituye todo un reto para el inversionista, el Estado y los actores sociales suele presentarse una vez que el inversionista transita de la situación jurídica de titular minero a la de titular de actividad minera, puesto que el ejercicio de la actividad extractiva sí podría afectar derechos de terceros o intereses colectivos o difusos legítimos, sobre todo, en lo concerniente al factor medioambiental; particular afectación que se identifica, evalúa, valora y acepta o rechaza a través del procedimiento de otorgamiento de la certificación ambiental. Por esta razón, en la mayoría de los casos, el acto administrativo que encarna la polarización sobre la que se desarrollan los conflictos socioambientales en minería es el que aprueba el EIA del proyecto.

Nuestra historia reciente, a partir de las experiencias de los proyectos mineros Conga y Tía María, así lo confirma: la titularidad de un derecho minero, hoy, no garantiza la materialización de un proyecto, siendo la legitimación de la certificación ambiental la valla a ser superada por el inversionista minero.

LA APARENTE INCOMPATIBILIDAD ENTRE MINERÍA Y MEDIOAMBIENTE

A finales de los años setenta, Marshall McLuhan acuñó el término «aldea global» para referirse a la globalización como una forma de interconexión humana a gran escala. Una interconexión que crea un nuevo escenario a nivel económico, político y social. Poco a poco «los acontecimientos, los conflictos políticos, las crisis sociales que se producen cerca de nosotros, están dirigidos por acontecimientos lejanos. Las circunstancias locales no son realmente portadoras del sentido de los acontecimientos que ahí se desarrollan, aunque la situación local añada un sentido secundario a acontecimientos que se explican, ante todo, a nivel mundial». (Touraine, 2005, p. 44)

Una de las consecuencias del fenómeno de la globalización ha sido, sin lugar a dudas, el surgimiento del Derecho Ambiental, cuyo nacimiento se remonta a la Declaración de Estocolmo de 1972; y que, por ser considerado

una «disciplina funcional o finalista», como Cafferata sostiene¹⁴, la incorporación de sus reglas, principios y valores no ha sido pacífica.

Al respecto, Esteve (2005) refiere:

En general, y de manera simple, puede afirmarse que el Derecho ha construido su propio sistema, y su propia seguridad, sobre reglas y referencias formales, perfectamente determinadas y ordinariamente documentadas. Sobre esta firme seguridad jurídica se han podido desarrollar tanto las relaciones económicas y comerciales, de carácter eminentemente privado, como las relaciones entre los particulares y los poderes públicos.

Pero cuando el Derecho se marca el complejo y difuso objetivo de la protección del medioambiente o, de manera más realista en su enunciado pero más compleja en su realización, hacer compatible el desarrollo económico e industrial con esa preservación ambiental, entonces se resiente esa seguridad con la que tradicionalmente ha venido operando el Derecho. La complejidad y mutabilidad de los componentes y elementos del medioambiente hacen que el Derecho y sus operadores se muevan en un terreno inseguro para ellos. (p. 58)

El Derecho peruano asimila y desarrolla lo que hoy conocemos como Derecho Ambiental durante la década del noventa. El Código del Ambiente y los Recursos Naturales significó claramente un hito en este proceso. Sin embargo, no es sino hasta inicios de la década pasada —y ya en un escenario de transición hacia la estabilidad política y

conjuntamente con el Google Earth desde un teléfono móvil, inclusive, hace factible advertir en tiempo real y a detalle el posicionamiento de todos los derechos mineros (denuncias, petitorios y concesiones mineras) y se ha convertido en una herramienta útil para ingenieros y abogados involucrados en esta industria.

14. En palabras de Cafferata: «Por ello es que no asusta que en relación al paradigma jurídico tradicional, el derecho ambiental se lo considere, reaccionario, de “carácter contestatario”. Y que se afirme la idea que el derecho ambiental es una disciplina funcional o finalista, en el sentido de que no se encuentra como una rama jurídica neutra, pues trae una especie de obligación de resultat (obligación de resultado) según la expresión del notable jurista francés M. Prieur. Se apunta como fines de esta materia: tornar viable un objetivo primario, macro-objetivo, ligado a la sustentabilidad- y el estado socioambiental del derecho, y de varios objetivos secundarios, microobjetivos, que se refieren, entre otros, a la protección de la salud y seguridad humanas, salvaguarda de la biósfera por sí, conservación del patrimonio estético, turístico, paisajístico, prevención, reparación y represión del daño ambiental, facilidad de acceso a la justicia, transparencia y libre circulación de la información ambiental, eficiencia económica, tutela de la propiedad, conocimiento científico y tecnológico, estabilidad social, democratización de los procesos decisorios ambientales». (p. 18)

económica del País— que la discusión sobre la aparente incompatibilidad entre el derecho al medioambiente y la promoción de la inversión en minería se reinventa y convoca a nuevos interlocutores; discusión que, a su vez, forma parte de un debate mayor entre lo que se concibe como desarrollo económico y defensa del medioambiente frente a las actividades contaminantes.

Ahora bien, si reconocemos que todas las actividades humanas contaminan de una u otra forma y aquellas que han permitido el desarrollo económico y social a lo largo de nuestra historia lo han hecho mucho más, entonces resultará natural que la irrupción del Derecho Ambiental y sus valores y principios en los ordenamientos jurídicos y —particularmente— en el nuestro haya sido y todavía se conciba como motivo de tensión con el concepto tradicional de desarrollo y progreso económico.

Lozano (2010) describe esta tensión medioambiente y desarrollo como la esencia de la problemática ambiental moderna; y, en ese sentido, precisa:

Se trata de dos valores que aunque resultan enfrentados en conflictos concretos, se hallan en realidad íntimamente relacionados, pues ambos, debidamente armonizados, son igualmente necesarios para el logro de la una digna calidad de vida del ser humano. [...] La única forma perdurable de desarrollo económico es la que se conoce como desarrollo sostenible, que consiste como hemos visto, en asegurar la satisfacción de las necesidades del presente sin comprometer el futuro de ulteriores generaciones. (p. 125)

Como refiere Lozano (2010), a diferencia del concepto de «crecimiento cero» postulado para la protección ambiental en los años setenta, el desarrollo sostenible, como objetivo clave de la acción ambiental, tiene como finalidad lograr que la explotación y contaminación de los recursos naturales se mantengan dentro de límites tolerables; los mismos que no excederán de la capacidad del medioambiente y no comprometerán el desarrollo de las futuras generaciones. En palabras de Canosa (2004), «el desarrollo sostenible se referiría a aquel desarrollo que, aprovechando los recursos naturales, no esquilma; y, por tanto, permite su aprovechamiento futuro». (p. 165)

Los retos que plantea el nuevo significado de la protección del medioambiente como un objetivo constitucionalmente legítimo son, entonces, complejos. Canosa (2004) llega a plantear, inclusive, la concepción de un «Estado social ambientalmente orientado», dada la particular naturaleza de «lo ambiental», cuya realización en armonía con otros intereses integrados en el Estado social es más costosa, ya que el bien jurídico ambiental transita en el ordenamiento jurídico siempre en potencial conflicto con cualquier otro bien constitucional (clásico o social):

En este contexto, las normas jurídicas promueven, por un lado, el desarrollo económico y el bienestar material y, por otro, se proponen proteger el medioambiente, porque en la mentalidad del hombre actual un medioambiente sano y una naturaleza conservada son bienes de los que se hace depender la calidad de vida. Cuando las sociedades han perdido su armonía con el entorno y perciben su degradación, surge entonces el medioambiente como bien jurídico protegido. Sin embargo, cuesta determinar cuánta protección debe darse al medioambiente y a los recursos naturales, construyendo, o reordenando, la actividad económica. (pp. 31-43)

Así las cosas, resulta crucial que la producción normativa optimice adecuadamente los principios y objetivos constitucionalmente legítimos sin caer en la irracionalidad y el apasionamiento. En definitiva, no es una tarea fácil. Tal y como apunta Perales (2002):

Lograr el objetivo de compatibilizar el desarrollo económico y la protección ambiental es algo que no puede conseguirse de la noche a la mañana, y tendrá que hacerse paso a paso y con mucho tiempo. Para ello, es necesario ante todo evitar soluciones maniqueas o extremistas. Así, no puede dejar de reconocerse que la existencia del comercio internacional (para muchos, antagonista de la protección ambiental) no ha impedido que tanto a nivel nacional como internacional se hayan dictado miles de normas de protección del medioambiente, muchas de ellas eficaces. (p. 420)

La complejidad de esta labor, reservada por excelencia al legislador, deriva principalmente de la ponderación a la que se recurre para conciliar ambos objetivos constitucionalmente legítimos partiendo de categorías «nuevas» para el Derecho e indeterminadas o en proceso de determinación¹⁵; ejercicio en el que se aplica el principio de proporcionalidad tomado del Tribunal Constitucional alemán y aplicado también, muy extensamente, por el Tribunal Constitucional del Perú.

En relación con esta tarea, Canosa (2004) informa lo siguiente:

Si los términos «igualdad», «justicia» o «democracia», a pesar de su vaguedad, pueden ser más fácilmente interpretados porque ya tienen acomodo, de antiguo, en la dogmática constitucional, voces como «medioambiente» o «calidad ambiental» son, por su novedad, tanto legislativa como doctrinalmente de muy difícil aprehensión hermenéutica. Hay que configurar dogmáticamente estos conceptos, llenarlos del sentido jurídico que todavía no poseen. (pp. 64-65)

Nuestro país no ha sido ajeno a esta problemática. Como se refirió líneas arriba, es vasta la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano en relación con la conciliación del desarrollo económico y la protección al medioambiente bajo la fórmula del «desarrollo sostenible» en el ámbito del aprovechamiento de los recursos naturales, siendo los principales pronunciamientos en materia minera los referidos a las acciones de inconstitucionalidad promovidas contra la Ley

15. En relación con la indeterminación o vaguedad de las categorías que, en algunos casos, constituyen el objetivo esencial de la acción ambiental —tales como el denominado «desarrollo sostenible» bajo comentario—, Hardman Reis (2011) advierte: «The concept of sustainable development is built under the consensual pragmatism of international debate. Perhaps because of the difficult political negotiations, the effectiveness of sustainable development as an innovative and meaningful legal definition was undermined in benefit of a vague designation that sums two different ideas without establishing an adequate definition of its very purpose. In other words, the concept of sustainable development is of difficult implementation since its normative framework is not adequate for an effective legal principle [...]». (p. 5) Traducción: El concepto de desarrollo sostenible está concebido bajo el pragmatismo consensual del debate internacional. Quizás, debido a lo difícil de las negociaciones políticas, la eficacia del desarrollo sostenible como una definición jurídica innovadora y significativa fue socavada en beneficio de una vaga denominación que resume dos ideas diferentes sin establecer una adecuada definición de su verdadero propósito. En otras palabras, el concepto de desarrollo sostenible es de difícil implementación ya que su marco normativo no es adecuado para un principio jurídico eficaz.

Nº 28258, Ley de Regalía Minera y contra la Ordenanza Regional de Cajamarca Nº 036-2011-GR.CAJ-CR, que declaró inviable el proyecto minero Conga:

STC Nº 048-2004-PI/TC (caso Regalía Minera)

«19. En lo que respecta al principio de desarrollo sostenible o sustentable, constituye una pauta basilar para que la gestión humana sea capaz de generar una mayor calidad y condiciones de vida en beneficio de la población actual, pero manteniendo la potencialidad del ambiente para satisfacer las necesidades y las aspiraciones de vida de las generaciones futuras. Por ende, propugna que la utilización de los bienes ambientales para el consumo no se financien incurriendo en deudas sociales para el porvenir».

STC Nº 0001-2012-PI/TC (caso Conga)

«45. Respecto el punto i), es de resaltarse el deber de las empresas dedicadas a la extracción de recursos naturales de establecer mecanismos a fin de prevenir daños ambientales y conflictos sociales. Ello es parte de la responsabilidad social de la empresa, lo que permitiría desarrollar su actividad empresarial en armonía con la comunidad. En la STC 03343-2007-PA (caso Cordillera Escalera) este Tribunal determinó que en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, de la economía social de mercado y del desarrollo sostenible, la responsabilidad social constituye una conducta exigible ineluctablemente a la empresa».

Sin embargo, pese a que constituye un gran avance el intentar desarrollar al más alto nivel jurisprudencial categorías que —como se refirió líneas arriba, todavía lindan con la indeterminación—, la identificación de los alcances de su aplicación en la realidad continua siendo una tarea pendiente de realización, básicamente, por dos razones.

La primera de ellas se refiere a la identificación de conflictos realmente concretos entre los principios aparentemente enfrentados y la frecuencia con la que ocurren. En efecto, si se repara en el hecho de que el número de causas minero-ambientales que se judicializan es bastante reducido —siendo reducido también,

por ende, el número de oportunidades para que los operadores jurídicos realicen el ejercicio de ponderación anotado líneas arriba—, resulta bastante complicado contar con los lineamientos necesarios para leer la realidad y aplicar las máximas que permitan delimitar el ejercicio de los derechos económicos y el goce del derecho al medioambiente en situaciones concretas.

La segunda razón no deja de guardar relación con la primera, puesto que se refiere a que es en sede administrativa y no judicial donde se origina la mayor cantidad de oposiciones y conflictos entre la inversión en minería y la protección del medioambiente. Y, debido a que la actuación de la Administración Pública se encuentra regida y limitada por el principio de legalidad; y que, además, tras la STC N° 4993-2012-PA/TC¹⁶ del Tribunal Constitucional, también le está proscrito aplicar el sistema de control constitucional difuso, el margen de actuación en esta instancia es bastante limitado.

Esta ausencia de pronunciamientos a nivel judicial debido a las razones antes acotadas no hace sino mantener en el oscurantismo razonamientos y juicios que, a través de un desarrollo jurisprudencial objetivo, servirían en buena cuenta para aclarar y desterrar mitos acerca de la incompatibilidad de la actividad minera con el derecho al medioambiente. Esta ausencia, en gran parte, explica el por qué los actores sociales tienden a leer el ordenamiento jurídico infra constitucional a la luz de aquellos principios ambientales recogidos por la doctrina jurisprudencial que el Tribunal Constitucional desarrolla —generalmente, a manera de obiter dicta— de espaldas a otros tantos igualmente legítimos, pero referidos a la protección y respeto a los derechos económicos.

Las consecuencias de esto último merecen una especial atención puesto que el debate público —a través del cual se ayuda a comprender y legitimar las actividades económicas extractivas— recoge, se nutre y reproduce aquellas categorías desarrolladas jurisprudencialmente por el Supremo Intérprete de la Constitución, aun cuando tengan

como fuente fallos referidos a controversias totalmente distintas y, en un gran porcentaje de casos, abstractas. No es casual que, por ejemplo, los interlocutores que representan a las poblaciones que se oponen a la ejecución de proyectos mineros demanden la atención de sus pedidos bajo el derrotero de que el Estado debe ordenar y racionalizar la explotación de los recursos minerales y aplicar el principio precautorio para frenar la actividad extractiva potencialmente dañina para el medioambiente, en aras de alcanzar «condiciones dignas de vida material y espiritual para las actuales y venideras generaciones»; y, como consecuencia de ello, lograr el tan apreciado desarrollo sostenible.

Desafortunadamente, pese a la importancia y trascendencia que la actividad minera reviste para la economía nacional, sus cuestionamientos fundados en una posición acérrima de defensa y protección del medioambiente guardan prolongada distancia de su objeto de crítica. Sea por desinformación o por obedecer a intereses subalternos, se termina llevando el cuestionamiento ante la autoridad administrativa que emitió el acto controvertido, a fin de que esta «revise», «revoque», «cancele», «suspenda», «anule» —y cuanto verbo se conjugue para ese propósito— el título o acto administrativo habilitante que dio luz verde al proyecto. Y, dado que el procedimiento de otorgamiento de la certificación ambiental importa, a su vez, un proceso de participación ciudadana en el que la población tiene la posibilidad de tomar conocimiento del proyecto y sus potenciales impactos ambientales, es el acto administrativo con el que el instrumento de gestión ambiental se aprueba el que suele ser objeto de impugnación.

Reflexionar sobre este último punto es necesario y, debido a la coyuntura actual, hasta urgente. Si bien la certificación ambiental resulta legalmente insuficiente para iniciar las actividades mineras de exploración o explotación en una concesión minera, esta constituye el ingreso a un camino llano, ancho y bastante ajeno a las poblaciones afectadas, para la obtención del resto de licencias, autorizaciones y permisos necesarios para comenzar a operar. La certificación ambiental se erige, entonces, como el presupuesto legal de mayor trascendencia para el futuro del proyecto minero; razón por la cual, su eventual

16. Cabe recordar que la aplicación del sistema de control constitucional difuso por la Administración Pública bajo determinadas condiciones fue establecido como precedente vinculante mediante la STC N° 03741-2004-PA/TC de fecha 14 de noviembre de 2005 y su aclaratoria; precedente que, en virtud a la STC N° 4993-2012-PA/TC de fecha 18 de marzo de 2014 fue dejado sin efectos.

impugnación sume a su titular en la más completa incertidumbre¹⁷.

LA HERENCIA DE TÍA MARÍA Y SHAHUINDO

De estos casos, el primer semestre de 2015 no nos ha dejado uno sino dos. Salvando las distancias entre los montos estimados de inversión y las jurisdicciones sobre las que se desarrollan, los fundamentos de sus impugnaciones y los que son invocados para resolver las mismas son bastante similares.

El primero de ellos se refiere al proyecto cuprífero Tía María, de titularidad de la minera de capitales mexicanos Southern Peru Copper Corporation Sucursal del Perú, cuya inversión proyectada asciende a USD 1400 millones. La certificación ambiental del proyecto fue otorgada mediante la Resolución N° 392-2014-MEM/DGAAM de fecha 1 de agosto de 2014, emitida por la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas y en virtud de la cual se resolvió aprobar el nuevo Estudio de Impacto Ambiental del proyecto de explotación y beneficio minero Tía María, ubicado en los distritos de Cocachacra, Mejía y Dean Valdivia, provincia de Islay, departamento de Arequipa.

El segundo caso es el proyecto aurífero Shahuindo de titularidad de Shahuindo S.A.C., compañía minera de capitales canadienses. La inversión estimada en Shahuindo asciende a USD 132 millones y, al cierre de la edición de este artículo, es el único proyecto minero en todo Cajamarca que entrará en fase de construcción, pese al impacto negativo generado por la suspensión del proyecto minero Conga en dicha región. La certificación ambiental del proyecto

17. En relación con la importancia de la certificación ambiental, conviene resaltar que, inclusive, su procedimiento de aprobación ha sido también considerado, dada su trascendencia, como momento clave para hacer efectivo el derecho a la consulta previa. Al respecto, Lanegra (2014) comenta: «Es claro que tanto en la exploración como la explotación es necesario contar con un instrumento que brinde la información básica para la toma de decisiones. Este sería, claro está, el proceso de evaluación de impacto ambiental. Pero resultaría crucial incluir en la certificación ambiental los resultados del proceso de consulta, a fin de adquirir un carácter vinculante para el titular del proyecto minero. En cambio, realizar la consulta cuando dicha certificación ambiental ya fue emitida, introduciría una rigidez en el proceso innecesaria. La autoridad estatal se vería obligada a buscar acuerdos con los pueblos indígenas sin poder incluirlos posteriormente en las obligaciones asumidas con la certificación ambiental. Eventualmente, podrían producirse tensiones entre ambos procesos, lo que generaría mayor incertidumbre al titular del proyecto minero». (p. 109)

de explotación y beneficio localizado en el distrito de Cachachi, provincia de Cajabamba y departamento de Cajamarca, fue otorgada a favor de Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. mediante la Resolución Directoral N° 339-2013-MEM/AAM de fecha 10 de septiembre de 2013.

Tanto en el caso de Tía María como en el de Shahuindo, las resoluciones directorales que aprobaron los estudios de impacto ambiental fueron impugnadas por personas naturales e instituciones locales pertenecientes a las respectivas áreas de influencia social. La *causa petendi* de los recursos de revisión interpuestos ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros, en líneas generales, se resumiría en i) el temor a los futuros impactos ambientales negativos y ii) la supuesta inobservancia a la normas de participación ciudadana, debido a que ambas compañías no habrían levantado satisfactoriamente las observaciones formuladas por la población y por las autoridades administrativas sectoriales competentes.

El Consejo de Minería del Ministerio de Energía y Minas como órgano colegiado competente para resolver los recursos de revisión interpuestos ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros tuvo oportunidad de pronunciarse sobre ambos pedidos y aclarar algunos mitos sobre el procedimiento de aprobación de los instrumentos de gestión ambiental en minería que, de ser debidamente explicado y difundido a tiempo por el Estado, evitaría llevar inoficiosamente a esta instancia pedidos manifiestamente infundados.

Como se recordará, mediante la Resolución N° 195-2015-MEM-CM, Resolución N° 196-2015-MEM-CM, Resolución N° 197-2015-MEM-CM, Resolución N° 198-2015-MEM-CM y Resolución N° 199-2015-MEM-CM, todas expedidas con fecha 12 de marzo de 2015, el Consejo de Minería resolvió los recursos de revisión interpuestos contra la resolución directoral que otorgó la certificación ambiental al proyecto minero Tía María y confirmó su validez. Por su parte, mediante la Resolución N° 394-2015-MEM/CM, de fecha 4 de junio de 2015, el Consejo de Minería resolvió también el recurso de revisión interpuesto contra la resolución directoral que otorgó la certificación ambiental al proyecto Shahuindo.

Ambas causas fueron resueltas por el órgano colegiado, apelando, en los siguientes

términos, a cinco preceptos que son parte de nuestro ordenamiento jurídico, pese a que su aplicación polarice y sea objeto de polémica por algunos sectores radicales.

Los mecanismos de participación ciudadana no otorgan derecho de veto al proyecto minero

Que, el recurrente señala que las observaciones de diversas instituciones públicas y privadas no han sido levantadas y/o respondidas adecuadamente; al respecto, es importante precisar que conforme lo indica el artículo 70° del Reglamento del SEIA los mecanismos de participación ciudadana contribuyen a mejorar las decisiones materia del proceso de evaluación de impacto ambiental, no implican derecho de veto sobre el proyecto materia del proceso de participación ciudadana, ni impiden la formulación de informes de observaciones o de la resolución que pone término al procedimiento administrativo; en el presente caso, la no conformidad del recurrente a las respuestas de sus observaciones no impide ni vicia el hecho de que la autoridad minera emita la resolución recurrida, debiendo recalcar nuevamente que las observaciones de la recurrente han cumplido con el objeto de contribuir en el proceso de evaluación al ser consideradas conforme lo indica la Dirección General de Asuntos Ambientales-DGAAM en el informe que sustenta la resolución [...]. (Resolución N° 196-2015-MEM-CM, p. 8)

Además, debe tenerse en cuenta que los mecanismos de participación ciudadana contribuyen a mejorar las decisiones materia del proceso de evaluación de impacto ambiental, no implican derecho de veto sobre el proyecto materia del proceso de participación ciudadana, ni impiden la formulación de informes de observaciones o de la resolución que pone término al procedimiento administrativo, conforme lo dispone el artículo 70° del Reglamento del SEIA. (Resolución N° 394-2015-MEM-CM, p. 8)

La conformidad del Plan de Participación Ciudadana y del Resumen Ejecutivo del Estudio de Impacto Ambiental se respeta

Que, el recurrente señala que debió realizar talleres de participación ciudadana en el distrito de Mejía, Matarani, San Camilo, San Isidro y la Joya; al respecto, es pertinente precisar

que de conformidad con el artículo 2° y 7° del Reglamento de Participación Ciudadana en el subsector minero, la autoridad minera determinó que el área de influencia social directa está conformada por los distritos de Cocachacra, Deán Valdivia y Mejía y que fueron considerados a razón de los potenciales impactos que modificarían las relaciones sociales y económicas, el estilo de vida y las principales actividades de las poblaciones, generadas por las actividades que realizará el proyecto en una determinada área geográfica, presencia de las instalaciones del Proyecto Minero y el campamento de la empresa minera y ubicación de la planta desalinizadora de agua de mar; asimismo de la revisión del expediente se puede apreciar que mediante Auto Directoral N° 743-2013-MEM-AAM del 7 de noviembre de 2013, sustentado en el Informe N° 1521-2013-MEM-AAM/EAF/GVM/YBC/PDP/ADB/ABC/MLI/JMC, la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros-DGAAM resolvió dar conformidad al Resumen Ejecutivo y al Plan de Participación Ciudadana del EIA del Proyecto Minero, en el cual se señalaron los mecanismos de participación ciudadana y las localidades donde se desarrollarían dichos eventos; señalándose, entre otros, que el primer taller participativo previo a la presentación del EIA se realizaría en el distrito de Deán Valdivia, provincia de Islay, departamento de Arequipa y la audiencia pública durante la evaluación del EIA en el distrito de Cocachacra, provincia de Islay, departamento de Arequipa; asimismo, sin perjuicio de lo antes señalado, debe señalarse que no se interpuso ningún recurso impugnativo contra el Auto Directoral N° 743-2013-MEM-AAM del 7 de noviembre de 2013, que otorgó la conformidad del Plan de Participación Ciudadana y Resumen Ejecutivo del EIA [...]. (Resolución N° 199-2015-MEM-CM, pp. 9-10)

La certificación ambiental es legalmente insuficiente para iniciar actividades

Que, es necesario señalar que en el proceso de evaluación del EIA del Proyecto Minero, conforme se puede apreciar de autos, se ha requerido opinión a diversas instituciones, entre otras, a la Autoridad Nacional del Agua, Dirección General de Asuntos Ambientales Agrarios del Ministerio de Agricultura, Dirección General de Salud Ambiental, Dirección General

de Capitanías y Guardacostas (DICAPI), quienes emitieron Opinión Técnica Favorable al proyecto de explotación y beneficio minero «Tía María»; además, es preciso indicar que conforme lo señala el artículo 5° de la resolución recurrida, la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto de explotación y beneficio minero «Tía María» no constituye el otorgamiento de autorizaciones, permisos y otros requisitos legales con los que deberá contar el titular del proyecto minero para operar, de acuerdo con lo establecido en la normatividad vigente; y, también es necesario señalar que la supervisión y fiscalización del cumplimiento de las obligaciones legales y técnicas contenidas en el EIA del citado Proyecto Minero será realizada por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) cuando el proyecto entre en construcción y operación. (Resolución N° 195-2015-MEM-CM, p. 8)

Que, es necesario señalar que en el proceso de evaluación del EIA del Proyecto Minero Shahuindo, conforme se puede apreciar de autos, se ha requerido opinión de la Autoridad Nacional del Agua y de la Dirección General de Asuntos Ambientales Agrarios, pertenecientes al Ministerio de Agricultura y Riego, quienes emitieron opinión técnica favorable al proyecto minero antes mencionado; además, es preciso indicar que conforme lo señala el artículo 4° de la resolución recurrida, la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Minero Shahuindo no constituye el otorgamiento de autorizaciones, permisos y otros requisitos legales con los que deberá contar el titular minero para iniciar sus operaciones, de acuerdo con la normatividad vigente; y, también es necesario señalar que la supervisión y fiscalización del cumplimiento de las obligaciones legales y técnicas contenidas en el EIA del citado proyecto minero serán realizadas por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) cuando el proyecto entre en construcción y operación. (Resolución N° 394-2015-MEM-CM, p. 9)

La autoridad ambiental competente para aprobar los instrumentos de gestión ambiental en el sector minero es la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros

«Además, debe precisarse que la competencia para aprobar los Estudios de Impacto Ambiental

es de la Dirección General de Asuntos Ambientales-DGAAAM y, en consecuencia, es la única entidad con facultades legales y responsable de establecer y decidir si una empresa minera ha cumplido con los requisitos técnicos, legales y ambientales para la aprobación del EIA [...]». (Resolución N° 196-2015-MEM-CM, p. 8)

«Que, respecto al cuestionamiento de la metodología de evaluación de impactos ambientales empleada por SPCC, se debe precisar que no existe en la regulación ambiental minera una determinada metodología de evaluación de impactos ambientales para los EIA que se evalúan en la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros-DGAAM pero es importante señalar que, de acuerdo con sus funciones y atribuciones, la autoridad minera decide qué metodología es la más adecuada para emplearse en los EIA de cada proyecto minero; en el presente caso, conforme al capítulo V del EIA se desprende que se empleó la metodología que consiste en una modificación de la matriz de Leopold la cual también es aceptada internacionalmente; por lo tanto, lo señalado por el recurrente, en este extremo no puede ser amparado [...]. (Resolución 197-2015-MEM-CM, Caso Tía María, pp. 8-9)

Que el artículo 4° del Reglamento del título décimo quinto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, sobre el medioambiente, aprobado por el Decreto Supremo N° 016-93-EM, vigente a la fecha de la presente resolución de conformidad con la Octava Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 040-2014-EM, establece que la autoridad competente en materia ambiental del sector minero metalúrgico es el Ministerio de Energía y Minas, que será el único ente gubernamental encargado de: 1) fijar las políticas de protección del medioambiente para las actividades minero-metalúrgicas y dictar la normatividad correspondiente. 2) Aprobar los Estudios de Impacto Ambiental y los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental y autorizar la ejecución de los mismos para cada una de las unidades económicas administrativas, entre otras funciones.

Que, el inciso g) del artículo 107° del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, aprobado por el Decreto Supremo N° 031-2007-EM,

establece que la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros tiene la función y atribución de evaluar y aprobar Estudios Ambientales y Sociales. (Resolución N° 394-2015-MEM-CM, caso Shahuindo¹)

No existe una «licencia social» como acto administrativo habilitante en minería

Que, de la revisión del expediente en lo referido al proceso de participación ciudadana del EIA del Proyecto Tía María se puede señalar que SPCC ha cumplido con lo establecido en las normas que regulan el proceso de participación ciudadana en el sector minero; en este sentido, este colegiado considera que, respecto al proceso de participación ciudadana, la resolución impugnada no tiene vicios de nulidad; asimismo, respecto a la licencia social aludida por el recurrente es necesario señalar que la licencia social, en aplicación del principio de legalidad, no es una autorización, permiso o licencia establecida dentro de las normas del sector minero o ambiental, sin embargo, es importante que los titulares mineros desarrollen y mantengan una óptima relación con el entorno social del proyecto antes, durante y después de culminado el proyecto minero. (Resolución N° 197-2015-MEM-CM, caso Tía María, pp. 8-9)

Lo que la jurisprudencia del Consejo de Minería revela en estos dos casos a través de la reafirmación de los cinco preceptos antes citados constituye, quizá, el punto de partida para un análisis más profundo y de carácter sociológico que explique la brecha existente entre el Derecho y la realidad en el ámbito de la industria minera.

Ambos fallos son conforme a Derecho. Se encuentran debidamente motivados por la vasta normativa ambiental y minera. Una detenida lectura de la Resolución Directoral N° 392-2014-MEM/DGAAM y de la Resolución Directoral N° 339-2013-MEM/AAM permite advertir todas las etapas, requisitos y exigencias que el procedimiento administrativo de aprobación del instrumento de gestión ambiental para un proyecto minero importa; implicancias que guardan respaldo no solo en la producción normativa sectorial en particular, sino en las normas con rango de ley que dan cumplimiento al mandato constitucional del artículo 66° de nuestra Norma Suprema.

Tanto en Tía María como en Shahuindo, el Consejo de Minería únicamente ha confirmado la existencia de un marco normativo que regula la actividad minera en el Perú, con normas de orden público que se presumen constitucionales y que, por tanto, deben ser cumplidas por el Estado, personificado —para estos casos— en la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros y el Consejo de Minería del Ministerio de Energía y Minas.

El desenlace en Tía María ha sido trágico; en Shahuindo, por el contrario, luce prometedor. Sin embargo, ambas experiencias enriquecen el debate público reafirmando que el desarrollo infra constitucional de tanto los derechos económicos como del derecho al medioambiente reconocidos en la Constitución Política del Perú se armonizan en un elenco de normas que confluyen en el procedimiento administrativo de otorgamiento de la certificación ambiental para los proyectos mineros.

LA ASIGNATURA PENDIENTE

Explicar y difundir los alcances del procedimiento de aprobación de los instrumentos de gestión ambiental en minería es una tarea que le corresponde al Estado peruano. Ese es el verdadero rol promotor de las inversiones que debe cumplir. Ciertamente, la responsabilidad social de las compañías mineras es un instrumento para la gestión y prevención de conflictos sociales en minería y un factor capital que coadyuva a legitimar la actividad minera y sus beneficios; no obstante, es insuficiente dada su inexigibilidad e indeterminación de sus manifestaciones y hasta perversa, debido a que perpetúa en el imaginario popular la idea de que la empresa privada es la que debe suplir al Estado en la obligación prestacional de aquellos derechos de contenido social y económico.¹⁸

Es preciso redefinir la estrategia comunicativa del Estado para legitimar sus propias decisiones frente a una problemática que trasciende al ámbito minero y cuyo origen se encuentra en el ADN de nuestra idiosincrasia, en el eterno

18. Sobre el particular, Pulgar Vidal (2010) apunta: «Esta misma diferencia se registra entre lo ambiental y la responsabilidad respecto a los instrumentos de gestión ambiental. La meta es la ley. La responsabilidad social, en cambio, es la que se desarrolla más allá del simple cumplimiento de la ley. El simple cumplimiento de la ley no convierte a una entidad en socialmente responsable». (pp. 219-220)

temor a la «ocupación del terreno» de la que Lechner (2007) advertía:

Podría narrarse la historia de América Latina como una continua y recíproca «ocupación del terreno». No hay una demarcación estable, reconocida por todos. Ninguna frontera física y ningún límite social otorgan seguridad. Así, nace y se interioriza de generación en generación un miedo ancestral al invasor, al otro, al diferente, venga «de arriba» o «de abajo». Miedo a ser expropiado por un latifundista o un banco, a sufrir alguna «ocupación militar». Y, por otra parte, miedo a ser asaltado por bárbaros: el indio, el inmigrante, en fin, las clases peligrosas. La lucha por la tierra propia, en el sentido literal, se extiende al terreno simbólico. Todos viven atemorizados de que la pureza de lo propio sea contagiada por lo ajeno. (p. 402)

Para componer y prevenir los conflictos sociales en minería, no hay discusión seria que pueda sostenerse si, previamente, los principales interlocutores no han sido informados acerca de cómo el ordenamiento jurídico en su conjunto está diseñado para desarrollar y hacer efectivo el ejercicio del derecho constitucional al medioambiente en armonía con los derechos económicos que favorecen la inversión privada.

En ese camino, es apremiante también reflexionar acerca de que sin minería no hay desarrollo sostenible. Asimismo, se debe insistir en el mensaje de que los minerales son recursos no renovables y que su eterna permanencia en el subsuelo es un hecho reñido con el interés de la Nación, no solo por las oportunidades actuales que se niegan sino también por aquellas que quizá ya no se presenten en las mismas condiciones, debido a la soberbia de pensar que los recursos minerales tendrán el mismo valor en el futuro¹⁹.

19. En *El ambientalista escéptico*, Bjon Lomborg (2001) ilustra con la siguiente anécdota, la posibilidad de que, con el transcurso del tiempo, los actuales recursos minerales no necesariamente tengan el mismo valor en el mercado en el futuro: «Frustrated with the incessant claims that the Earth would run out of oil, food and raw materials, the economist Julian Simon in 1980 challenged the established beliefs with a bet. He offered to bet \$ 10,000 that any given raw material –to be picked by his opponents- would have dropped in price at least one year later. The environmentalists Ehrlich, Harte and Holdren, all of Stanford University, accepted the challenge, stating that “the lure of easy money can be irresistible”. The environmentalists staked their bets on chromium, copper, nickel, tin and tungsten, and they picked a time frame of ten years. The bet was to be determined ten years later, assessing whether the real (inflation adjusted) prices had gone up or down. In September 1990 not only had

En definitiva, la actuación del Estado es crucial para superar la conflictividad social que hoy amenaza la ejecución de grandes proyectos mineros en todo el país y que representan la futura dinamización de las economías locales, gracias a las medidas de responsabilidad social corporativa que las compañías mineras adoptan y a los ingresos por regalías y canon minero que perciben las regiones y jurisdicciones afectadas.

Una acción tardía u oportuna en ese sentido será determinante para mantener el *status quo* o contribuir en la superación del clima de conflictividad social que aqueja al sector minero. Los resultados inmediatos se verán expresados en la favorable percepción de la economía nacional y el liderazgo del Perú a nivel mundial como productor minero; empero, el mayor logro habrá sido legitimar nuestro propio ordenamiento jurídico en pro de quienes defienden la protección del medioambiente y de quienes, bajo ese mismo principio, exigen y merecen el respeto a la seguridad jurídica como expresión del Estado constitucional de Derecho en los procedimientos administrativos para la ejecución de sus proyectos mineros; cuya suerte, por ahora, suena a cardo o ceniza.

REFERENCIAS

CAFFERATTA, Néstor (2004). *Introducción al Derecho Ambiental*. México D.F.: Instituto Nacional de Ecología (INE-Semarnat)

CANOSA USERA, Raúl (2004). *Constitución y medio ambiente*. Lima: Jurista Editores.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2015). Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la

the total basket of raw materials but also each individual raw material dropped in price. Chromium had dropped 5 percent, tin a whopping 74 percent. The doomsayers had lost». (p. 137) Traducción: *Cansado de las incansantes afirmaciones de que la Tierra se quedaría sin petróleo, alimentos y materias primas, en 1980 el economista Julian Simon desafió las convicciones de ese entonces con una apuesta. Apostó 10,000 dólares a que una materia prima determinada –a ser escogida por sus oponentes- habría de bajar de precio al menos un año más tarde. Los ambientalistas Ehrlich, Harte y Holdren, todos de la Universidad de Stanford, aceptaron el reto afirmando que “la tentación del dinero fácil puede ser irresistible”. Los ambientalistas jugaron sus apuestas en cromo, cobre, níquel, estaño y tungsteno, y eligieron como plazo el término de diez años. La apuesta iba a ser determinada diez años más tarde, evaluando si los precios reales (ajustados por la inflación) habían subido o bajado. En septiembre de 1990, no solo había bajado de precio la canasta total de materias primas, sino que también lo había hecho cada materia prima de forma individual. El cromo había bajado en 5% y el estaño en un considerable 74%. Los agoreros habían perdido.*

Gobernabilidad. Reporte de Conflictos Sociales (N.º 135). Recuperado de <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2015/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N-135-1-mayo-2015.pdf>

DICTAMEN DE LA COMISIÓN DE AMBIENTE, ECOLOGÍA Y AMAZONÍA respecto del Proyecto de Ley N.º 2596/96-CR, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.

ESTEVE PARDO, José (2005). *Derecho del medio ambiente*. Madrid: Marcial Pons.

FORNO CASTRO POZO, Xennia (2009). «El título minero como acto administrativo habilitante». *Revista de Derecho Administrativo* (4) pp. 47-62.

GHERSI, Enrique (2011). «¿Quién es el dueño del subsuelo?». Portal Web Enfoque Derecho de Revista Themis. Recuperado de <http://enfoquederecho.com/%c2%bfquien-es-el-dueno-del-subsuelo/>

HARDMAN REIS, Tarcisio (2011). *Compensation for Environmental Damages under International Law*. Reino Unido: Wolters Kluwer Law & Business.

LANEGRA QUISPE, Iván (2014). «Consulta previa, minería y regulación ambiental en la legislación nacional». *Revista Derecho & Sociedad* (42), pp.101-112.

LASTRES BÉRNINZON, Enrique (2009). *Derecho de Minería y Energía*. Lima: Primera Fuente Ediciones.

LECHNER, Norbert (2007). *Obras escogidas: Crisis del Estado en América Latina*. Santiago de Chile: Lom Ediciones.

LOMBORG, Bjorn (2001). *The Skeptical Environmentalist: Measuring the Real State of the World*. Reino Unido: Cambridge University Press.

LOZANO CUTANDA, Blanca (2010). *Derecho Ambiental Administrativo*. Madrid: La Ley, Primera Edición.

PULGAR-VIDAL, Manuel (2008). «Ministerio del Ambiente: un largo proceso de construcción de la institucionalidad ambiental en el Perú». Themis, (56), pp. 87-99.

PULGAR-VIDAL, Manuel (2010). «Responsabilidad social y política ambiental:

complementariedad y retos». *Revista Derecho PUCP*, (64), pp. 217-229.

RUBIO CORREA, Marcial Antonio (2011). *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

SORIA DALL'ORSO, Carlos Antonio Martín (2014). «¿Cómo superar los conflictos socioambientales? El enfoque de los derechos humanos y el aporte de la Ley de Consulta Previa en la participación normativa y administrativa de los ciudadanos/pueblos indígenas en la gestión de los recursos naturales». *Revista Derecho & Sociedad*, (42), pp. 25-43.

TEJADA GURMENDI, Jaime (2014). «Régimen Legal de la Titulación Minera en el Perú: Análisis del Procedimiento Ordinario Minero para la Obtención del Título de Concesión Minera y de los Procedimientos Administrativos Regulados por el TUO de la Ley General de Minería vinculados a la Titulación de Concesiones Mineras por Exploración y Explotación». *Revista Derecho & Sociedad*, (42), pp. 289-310.

TOURAINÉ, Alain (2005). *Un nuevo paradigma para comprender el mundo de hoy*. Barcelona: Editorial Paidós.

ZAMBRANO CHÁVEZ, Gustavo (2009). «Reflexiones sobre el debido ejercicio de derechos en contextos de conflicto socioambiental minero». *Revista de Derecho Administrativo* (4), pp. 161-169.

RESOLUCIONES

Resolución N.º 195-2015-MEM-CM (caso Tía María) de fecha 12 de marzo de 2015, emitida por el Consejo de Minería del Ministerio de Energía y Minas de la República del Perú.

Resolución N.º 196-2015-MEM-CM (caso Tía María) de fecha 12 de marzo de 2015, emitida por el Consejo de Minería del Ministerio de Energía y Minas de la República del Perú.

Resolución N.º 197-2015-MEM-CM (caso Tía María) de fecha 12 de marzo de 2015, emitida por el Consejo de Minería del Ministerio de Energía y Minas de la República del Perú.

Resolución N.º 394-2015-MEM-CM (caso Shahuindo) de fecha 4 de junio de 2015, emitida por el Consejo de Minería del Ministerio de Energía y Minas de la República del Perú.