

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales

**El Proceso de Formalización Minera Integral y su relación con el ambiente:
Análisis a la luz de las políticas públicas, la legislación y la actuación de las
autoridades**

Trabajo Académico para optar por el título de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales

AUTOR

Luis José Rodríguez Mariátegui D'Ornellas

ASESOR:

Jose Luis Capella Vargas

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20100144

AÑO
2019

RESUMEN

El presente trabajo académico, analiza a la actividad minera que se desarrolla sin cumplir con todos los requisitos, condiciones o títulos habilitantes requeridos por nuestro ordenamiento jurídico, la cual ha sido denominada en nuestra legislación como minería informal, enfocándose principalmente en los impactos ambientales que genera esta actividad. Asimismo, este trabajo académico analiza las principales motivaciones que han llevado a nuestras autoridades a promover la inserción de esta actividad en la formalidad, mediante los procesos de formalización, a diferencia de la actividad de minería ilegal, la cual ha sido proscrita.

Igualmente, este trabajo académico analiza críticamente y valora los vehículos creados por el Estado para lograr la formalización de la actividad de minería, con especial énfasis en el vigente Proceso de Formalización Minera Integral y sus resultados, los cuales no son demasiado alentadores; todo esto además, de analizar críticamente las decisiones de las autoridades ambientales en el marco de este proceso, las cuales no han sido adoptadas necesariamente ponderando intereses ambientales, sino sociales, políticos o económicos.

CONTENIDO

Índice Analítico

1.	Introducción.....	4
2.	Capítulo 1: Descripción de la minería informal y sus impactos.....	6
	2.1. Pequeña minería y minería artesanal.....	6
	2.2. Minería informal vs minería ilegal.....	12
	2.3. Impactos ambientales de la minería informal.....	19
3.	Capítulo 2: Análisis del Proceso de Formalización Minera.....	24
	3.1. Desarrollo normativo.....	25
	3.2. Descripción del Proceso Integral de Formalización Minera.....	30
	3.3. Flexibilización ambiental.....	33
	3.4. Casos emblemáticos.....	35
	3.5. Valoración del proceso de formalización minera al año 2019.....	44
4.	Conclusiones.....	48
5.	Bibliografía.....	52

1. Introducción

El Perú es un país eminentemente minero. La minería es la principal actividad económica de nuestro país, en el año 2018 representó el 61% de las exportaciones totales, y casi el 11% del Producto Bruto Interno de nuestro país, además en el año 2015, generó 201,513 puestos de trabajo directos y el Ministerio de Economía y Finanzas estima que 1 millón 800 mil puestos de trabajo indirectos.

Si bien, se reconoce que la minería es la actividad económica más importante de nuestro país, no puede negarse que es una actividad de alto riesgo en materia ambiental, social y de seguridad, por lo cual es necesario que esté sometida a una regulación bastante rigurosa. Esta regulación debe de estar orientada, principalmente, a lograr asegurar que los perjuicios que se generen no sean mayores ni iguales a los beneficios. Al respecto, en opinión de Belaunde Moreyra, es necesario que en todos sus niveles, desde la gran minería hasta los mineros artesanales, cumpla con varios requisitos fundamentales, como son las obligaciones laborales, de higiene, de seguridad y protección del medio ambiente. (BELAUNDE MOREYRA 2013: 7-8).

Lo esperado y lo ideal es que, dado que las actividad minera es una de alto riesgo, los sujetos que la realizan cumplan con la regulación, la cual se materializa, principalmente en la obtención de concesiones, autorizaciones, licencias, certificaciones y demás, las cuales buscan asegurar bienes jurídicos como el ambiente, la salud, la seguridad, la economía, la propiedad o el dominio eminential del Estado sobre los recursos naturales.

Sin embargo, la realidad es otra, en nuestro país, las personas naturales o jurídicas que cumplen con la regulación de la actividad minera son pocas, siendo que la mayoría opera sin contar con una concesión minera, un instrumento de gestión ambiental aprobado y sin cumplir los estándares de salud y seguridad ocupacional, por poner algunos ejemplos. Esto, sin duda supone un riesgo para la salud e integridad de las personas, el medio ambiente e incluso la vida de las personas, ya que como adelantamos la regulación tiene como objeto asegurar que los perjuicios de la actividad minera no superen a los beneficios.

En línea con lo anterior, si bien la regla en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, incluyendo el nuestro, es que las actividades que se realicen sin cumplir con la regulación sean rechazadas y prohibidas, con la minería no se ha dado esto. Por el contrario, dada la importancia de esta actividad en nuestro país, el Estado ha optado por aceptar la realización de actividades mineras que no cumplen con todos los requisitos y condiciones previstas en nuestra regulación, bajo ciertos términos.

La realización de actividades mineras que sin cumplir con todos los requisitos y condiciones previstas en nuestra regulación ha sido denominada minería informal, y en lugar de proscribirla, el Estado ha optado por promover su formalización, para lo cual ha dictado una serie de normas, procedimientos e instrumentos conducentes a que las personas que realizan esta actividad (mineros informales) puedan incorporarse a la formalidad (cumpliendo con la regulación).

Como ampliaremos más adelante, las normas, procedimientos e instrumentos creados por el Estado para la promoción de la formalización de los mineros informales no se ha mantenido uniforme, sino que ha variado. La principal motivación de estas variaciones han sido los escasos resultados positivos en la formalización de los mineros informales.

Actualmente, la vía idónea para lograr la formalización es el participar de un procedimiento administrativo denominado Proceso de Formalización Minera Integral, el cual consiste básicamente en poder seguir realizando actividad minera por un periodo determinado, de manera informal, siempre y cuando se vayan obteniendo las concesiones, permisos, autorizaciones y licencias requeridas para realizar actividad minera en ese mismo periodo.

Si bien, el vigente procedimiento administrativo denominado Proceso de Formalización Minera Integral ha tenido algunos resultados positivos – principalmente si lo comparamos con los procedimientos administrativos precedentes – encontramos que realmente este no ha obtenido los grandes resultados que se esperaban, y peor aún, ha permitido una flexibilización en materia de protección del ambiente y la seguridad y salud, en la realización de actividades mineras, desproporcionada.

Esto podría evidenciar, que el Estado ha priorizado la protección de otros intereses como el político, económico o social, por sobre derechos humanos como el ambiente, la salud y hasta la vida, lo cual sin duda es preocupante.

En el presente trabajo académico profundizaremos en el concepto de minería informal, su regulación, sus impactos ambientales, y los resultados que traído la decisión del Estado de permitir la realización de esta actividad, bajo el análisis del vigente Proceso de Formalización Minera Integral, entre otras cosas.

2. Capítulo 1: Descripción de la minería informal y sus impactos

En el presente capítulo, realizaremos una descripción inicial de la actividad de minería informal y los impactos ambientales. Para tal fin, en primer lugar, definiremos, a la luz de la legislación y la doctrina, cuáles son los estratos en minería y cuál es su relación con la formalización minera, con especial énfasis en los estratos de pequeña minería y minería artesanal, y sus particularidades. En segundo lugar, definiremos también a la luz de la legislación y la doctrina, qué se debe entender por minería informal (pasible de seguir el proceso de formalización) y cuál es su diferencia con la minería ilegal (no pasible de participar en el proceso de formalización), con especial énfasis en el porqué de la distinción entre ambas. Finalmente, analizaremos la magnitud de los impactos ambientales previstos para la minería informal (y los mineros en proceso de formalización), de acuerdo a lo regulado, y cuál es realmente la magnitud de los impactos ambientales de esta actividad, lo cual podría demostrar que en la realidad la figura de la minería informal y el propio proceso de formalización no se ajustan a los fines para los cuales fueron concebidos, habiéndose generado una tergiversación de estos.

2.1. Pequeña minería y minería artesanal

A continuación describiremos el desarrollo normativo que se ha dado en relación a las figuras de la pequeña minería y la minería informal, definiendo la propia diferencia que existe entre ambas figuras y, principalmente, la diferencia que existe entre el régimen de estas figuras y el régimen general en minería.

Una vez hecha esta distinción, analizaremos las particularidades del régimen de pequeña minería y minería informal en comparación con el régimen general minero, haciendo énfasis en la particularidad que el régimen de la pequeña minería y minería informal permite que los sujetos que se encuentren en este puedan participar en el proceso de formalización, mientras que el régimen general minero no lo permite. Particularidad sobre la cual girará el presente capítulo:

1. La figura de la pequeña minería está presente en nuestro ordenamiento jurídico desde la Ley General de Minería, Decreto Legislativo 109, promulgada en el año 1981, la cual reguló esta figura e impuso una serie de requisitos para calificar como tal¹.
2. Esta figura se mantiene en la regulación minera hasta la fecha, aunque no ha estado exenta de ciertas modificaciones, como las del Decreto Legislativo 708, Decreto Legislativo 868, Decreto Legislativo 1040 y principalmente las de la Ley 27651, Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal (en adelante, Ley de Formalización).
3. A diferencia de la pequeña minería, la figura de la minería artesanal no fue introducida a nuestro ordenamiento jurídico, sino hasta el año el año 2012, por la Ley de

¹ Artículo 164.- Son pequeños productores mineros los que reúnen las siguientes condiciones:

1. Que posean por cualquier título, entre denuncios y/o concesiones, hasta 5,000 hectáreas.
2. Que su producción y reservas guarden la proporción fijada en esta Ley, o, alternativamente cumpla, con la mínima inversión, en su caso.
3. Que cumpliendo lo prescrito en el inciso 2) del presente artículo, su producción no exceda de las 350 TM/día tratándose de minerales metálicos; y de 500 TM/día tratándose de sustancias carboníferas y/o no metálicas, a excepción de los materiales de construcción que será de 500 metros cúbicos por día.
4. Quienes reuniendo las condiciones señaladas en los incisos anteriores, sean además titulares de concesiones de beneficio y/o refinación con una capacidad de tratamiento que no exceda de 350 TM/día si se trata de minerales metálicos, y de 500 TM/día para minerales carboníferos y no metálicos.
5. Quienes posean únicamente concesiones de beneficio y/o refinación con las mismas capacidades indicadas en el inciso anterior.

Los titulares de actividades mineras que reúnan estas condiciones pueden solicitar en cualquier momento su calificación como pequeños productores mineros, la que tendrá validez de dos años consecutivos. Esta calificación se renovará con la sola declaración jurada del pequeño productor minero, de que no han variado las condiciones necesarias para dicha calificación. La autoridad minera tendrá un plazo de sesenta días para pronunciarse sobre la solicitud de calificación y de treinta días para la renovación. Si no se formularan observaciones dentro de los plazos antes señalados, se tendrán por aprobadas las solicitudes de calificación o de renovación.

Formalización. Como ha ocurrido con la pequeña minería, la minería artesanal también ha sido sujeto de modificaciones normativas.

4. Actualmente, tanto la pequeña minería como la minería artesanal se encuentran reguladas en el artículo 91 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo No. 014-92-EM (en adelante, TUO LGM)².
5. Como puede apreciarse del artículo citado, los parámetros que definen la pequeña minería y la minería artesanal son los mismos: (i) El área total de los derechos mineros y (ii) la capacidad instalada de producción o beneficio; siendo la principal diferencia entre ambas figuras, los valores de los mencionados parámetros.

² Artículo 91.- Son pequeños productores mineros los que:

1. En forma personal o como conjunto de personas naturales, o personas jurídicas conformadas por personas naturales o cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras se dedican habitualmente a la explotación y/o beneficio directo de minerales; y
2. Posean, por cualquier título, hasta dos mil (2,000) hectáreas, entre denuncias, petitorios y concesiones mineras; y, además.
3. Posean, por cualquier título, una capacidad instalada de producción y/o beneficio no mayor de trescientas cincuenta (350) toneladas métricas por día. En el caso de los productores de minerales no metálicos y materiales de construcción, el límite máximo de la capacidad instalada de producción y/o beneficio será de hasta un mil doscientas (1,200) toneladas métricas por día.
En el caso de los yacimientos metálicos tipo placer, el límite máximo de la capacidad instalada de producción y/o beneficio, será de tres mil (3,000) metros cúbicos por día.

Son productores mineros artesanales los que:

1. En forma personal o como conjunto de personas naturales o personas jurídicas conformadas por personas naturales, o cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras se dedican habitualmente y como medio de sustento, a la explotación y/o beneficio directo de minerales, realizando sus actividades con métodos manuales y/o equipos básicos; y
2. Posean, por cualquier título, hasta un mil (1,000) hectáreas, entre denuncias, petitorios y concesiones mineras; o hayan suscrito acuerdos o contratos con los titulares mineros según lo establezca el reglamento de la presente ley; y, además;
3. Posean, por cualquier título, una capacidad instalada de producción y/o beneficio no mayor de veinticinco (25) toneladas métricas por día. En el caso de los productores de minerales no metálicos y de materiales de construcción, el límite máximo de la capacidad instalada de producción y/o beneficio será de hasta cien (100) toneladas métricas por día.

En el caso de los yacimientos metálicos tipo placer, el límite máximo de capacidad instalada de producción y/o beneficio será de doscientos (200) metros cúbicos por día.

La condición de pequeño productor minero o productor minero artesanal se acreditará ante la Dirección General de Minería mediante declaración jurada bial.

6. Lo descrito en el párrafo anterior se encuentra reflejado en el siguiente cuadro:

ESTRATO	ÁREA DE DERECHOS MINEROS	CAPACIDAD INSTALADA DE PRODUCCIÓN O BENEFICIO
Pequeña Minería	2,000 hectáreas	350 tm/día para minería metálica. 1,200 tm/día para minería no metálica.
Minería Artesanal	1,000 hectáreas	25 tm/día para minería metálica. 100 tm/día para minería no metálica.

Fuente: Elaboración propia

7. Habiendo definido qué se debe entender por pequeña minería y minería artesanal, corresponde recalcar que estos son regímenes de minería excepcionales, creados por necesidades coyunturales y los cuales mantienen ciertas particularidades, por lo cual, se diferencian del régimen general de minería, conformado por la mediana y gran minería, el cual es el régimen más promovido por el Estado y el que ha tenido mayor desarrollo normativo.
8. Respecto a lo anterior conviene traer a colación la definición de la pequeña minería y la minería, dada por la Ley de Formalización:

“Artículo 2.- Ámbito de aplicación de la Ley

La minería artesanal es una actividad de subsistencia que se sustenta en la utilización intensiva de mano de obra que la convierte en una gran fuente de generación de empleo y de beneficios colaterales productivos en las áreas de

influencia de sus operaciones, que generalmente son las más apartadas y deprimidas del país, constituyéndose en polos de desarrollo, por lo que resulta necesario establecer una legislación especial sobre la materia.

La pequeña minería es la actividad minera ejercida a pequeña escala, dentro de los límites de extensión y capacidad instalada de producción y/o beneficio establecidos por el artículo 91 de la Ley General de Minería (...)

9. Dado que, como se señala en la Ley de Formalización, las actividades de pequeña minería y minería artesanal son formas de realizar actividad minera, pero a una pequeña escala y muchas veces como actividad de subsistencia, es que se ha dado un régimen especial y excepcional de estos estratos mineros.
10. La especialidad y excepcionalidad del régimen de la pequeña minería y la minería artesanal se ve reflejada, en que en ciertos aspectos de su regulación son distintos a los del régimen general de minería, como el hecho de registrarse bajo otras autoridades, no tener que cumplir con ciertas obligaciones y recibir ciertos beneficios. Esto es desarrollado también por Belaunde Moreyra en el siguiente sentido: “Sucesivas disposiciones legales a partir del TUO (...), han establecido ciertos beneficios adicionales a favor de estas dos categorías (pequeña minería y minería informal) de titulares de actividades mineras.” (BELAUNDE MOREYRA 2013: 241).
11. Al respecto, entre las diferencias más resaltantes entre el régimen de la pequeña minería y minería artesanal y el régimen general minero, encontramos las siguientes:

RÉGIMEN	GENERAL MINERO (MEDIANA Y GRAN MINERÍA)	PEQUEÑA MINERÍA Y MINERÍA ARTESANAL
Derecho de vigencia	US\$ 3.00 por hectárea	US\$ 1.00 por hectárea para PPM

		US\$ 0.50 por hectárea para PMA
Producción mínima	1 UIT por año y por hectárea	10% de UIT por año y por hectárea para PPM 5% de UIT por año y por hectárea para PMA
Penalidad	Hasta 10% de la producción mínima por año y por hectárea	Hasta 10% de la producción mínima por año y por hectárea
Autoridad de certificación ambiental	DGAAM del MEM o SENACE	Gobierno Regional
Autoridades fiscalizadoras	OEFA, OSINERGMIN, SUNAFIL	Gobierno Regional
Otorgamiento de concesiones mineras	INGEMMET o DGM del MEM	Gobierno Regional
Autorización de inicio de actividades	DGM del MEM	Gobierno Regional
Posibilidad de formalización	No	Si

Fuente: Elaboración propia

12. Del cuadro mostrado, se desprenden una serie de diferencias sustanciales entre ambos regímenes, algunas de las cuales pueden ser consideradas como beneficios en favor del régimen de pequeña minería y minería informal. Sin embargo, para efectos del presente trabajo académico, nos enfocaremos únicamente en la diferencia de la “posibilidad de formalización”, es decir, la particularidad del régimen de pequeña

minería y minería artesanal que permite que los mineros que se encuentren en este puedan formalizarse, mientras que el régimen general no.

13. Por “posibilidad de formalización” debe entenderse al proceso excepcional, en el cual el Estado acepta que ciertos sujetos realizan actividad minera sin cumplir con todos los requisitos y condiciones previstas en nuestro ordenamiento jurídico, como son el contar con una concesión minera, derechos sobre los terrenos superficiales o con certificación ambiental, entre otros, y en lugar de sancionarlos, les otorga un plazo y facilidades para que puedan cumplir con estos requisitos y condiciones sin tener que paralizar sus actividades.
14. En relación con lo anterior, en el año 2002 se promulgó la Ley de Formalización, mediante la cual, entre otras cosas, el Estado tomó la decisión de regular las actividades del régimen de pequeña minería y minería artesanal, pero sin cumplir con todos los requisitos y condiciones previstos en nuestro ordenamiento jurídico (informalidad), permitiendo y promoviendo su formalización. Por consiguiente, proscribiendo la actividad de los sujetos que realicen minería sin cumplir con nuestro ordenamiento jurídico (informalidad), pero que no se encuentren en el régimen de pequeña minería y minería artesanal, sino en el régimen general.

2.2. Minería informal vs minería ilegal

Como hemos podido aclarar en el subcapítulo anterior, la actividad minera, de acuerdo con el TUO LGM, se encuentra dividida dentro de estratos (minería artesanal, pequeña minería, mediana minería y gran minería), y dentro de estos estratos existen dos grandes regímenes con particularidades y ciertas distinciones en la regulación, como son el régimen de pequeña minería y minería artesanal, y el régimen general minero.

Asimismo, como ya adelantamos en el subcapítulo anterior, dentro de las particularidades y distinciones en la regulación del régimen de pequeña minería y minería artesanal, se encuentra que este régimen permite que los sujetos que realicen actividad minera sin

cumplir con todos los requisitos y condiciones previstos en nuestro ordenamiento jurídico (informalidad), puedan seguir realizando la actividad por un periodo, mientras logran cumplir con todos los requisitos y condiciones previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Para lo cual, se ha creado un procedimiento administrativo específico y se han regulado una serie de facilidades y beneficios.

Ahora bien, en el presente subcapítulo, definiremos a la luz de la legislación y la doctrina, que se debe entender por minería informal, en qué se diferencia con la minería ilegal y el por qué el Estado ha optado por aceptar una, promoviendo su formalización (minería informal) mientras que ha optado por proscribir y penalizar la otra (minería ilegal):

15. El punto de partida de la regulación de la minería informal es la Ley de Formalización y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 013-2002-EM, normas en las cuales se reconoce que las actividades de pequeña minería y minería artesanal venían ejecutándose muchas veces en la informalidad, es decir (i) sin título de concesión minera o (ii) sin autorización del titular de la concesión minera, y (iii) sin certificación ambiental. Motivo por el cual, crean ciertas herramientas y otorgan ciertos beneficios, para promover la formalización de mineros informales, como los siguientes:

- Plan de Desarrollo de la Minería Informal, para facilitar el otorgamiento de concesiones mineras a pequeños productores mineros y productores mineros artesanales.
- Derecho de preferencia para el otorgamiento de las concesiones mineras ubicadas en las áreas donde los productores mineros artesanales realizan sus actividades.
- Apoyo del Ministerio de Energía y Minas para que los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales pueden celebrar contratos de explotación con los titulares de las concesiones mineras (formales) en las cuales estos realizan sus actividades.

- Capacitaciones tecnológicas, de medio ambiente y de seguridad y salud, entre otras.

16. Sin perjuicio de lo anterior, la Ley de Formalización y su reglamento, reafirman la obligación de todos los titulares mineros, incluidos los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales, de contar con un Programa de Adecuación y Monitoreo Ambiental (PAMA) o Estudio de Impacto Ambiental (EIA), aunque crean un procedimiento simplificado para tal fin.

17. Es preciso tener en cuenta que la Ley de Formalización Minera y su reglamento no crean un procedimiento de formalización (como si lo hacen otras normas posteriores), sino que se limita únicamente a regular ciertas herramientas y beneficios que pudiesen promover la formalización de los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales informales.

18. Como puede apreciarse, la Ley de Formalización y su reglamento, no mencionan la figura de la minería ilegal, por lo cual se debe entender que estas normas son de aplicación para todos los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales que realicen actividad minera sin cumplir con todos los requisitos y condiciones previstas en nuestro ordenamiento jurídico y que estén en condiciones de llegar a formalizarse. Contrario sensu, debe entenderse que esta norma no es aplicable para los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales que realicen actividad minera sin cumplir con todos los requisitos y condiciones previstas en nuestro ordenamiento jurídico y que no están en condiciones de formalizarse por algún impediente legal. Este sería el caso, por ejemplo, de las personas impedidas para realizar actividad minera, de acuerdo al TUO LGM, y las personas que realizan actividad minera en sitios prohibidos, como las Áreas Naturales Protegidas de uso indirecto o las zonas urbanas.

19. Dado que la Ley de Formalización Minera y su reglamento no crearon un proceso de formalización y que el número de mineros ilegales e informales en nuestro país iba en aumento, de acuerdo a Belaunde Moreyra:

Resulta difícil calcular cuantos miles de personas se dedican a la minería ilegal e informal, pero a juzgar por los diversos paros realizados en Madre de Dios, Puno, Arequipa y más recientemente en La Libertad, puede estimarse que su ámbito de influencia alcanza a más de 200 000 habitantes listos para protestar violentamente en defensa de sus intereses económicos y el de sus empleadores o habilitadores, los cuales se manejan desde la sombra para ganar muchísimo dinero. (BELAUNDE MOREYRA 2013: 311)

20. En el año 2011 se promulga la Ley 29815, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materias de minería ilegal, con esta norma se hace referencia por primera vez a la figura de la minería ilegal distinta a la minería informal y al amparo de esta se promulgan una serie de Decretos Legislativos que tuvieron como fin crear el primer proceso de formalización minera.

21. Respecto de la distinción entre minería informal y minería ilegal, materia que nos ocupa en este subcapítulo, conviene traer a colación el artículo 2 del Decreto Legislativo 1105, en el cual se define y se hace la más importante distinción entre estas actividades, la cual se mantiene a la fecha:

“a) Minería Ilegal.- Actividad minera ejercida por persona, natural o jurídica, o grupo de personas organizadas para ejercer dicha actividad, usando equipo y maquinaria que no corresponde a las características de la actividad minera que desarrolla (Pequeño Productor Minero o Productor Minero Artesanal) o sin cumplir con las exigencias de las normas de carácter administrativo, técnico, social y medioambiental que rigen dichas actividades, o que se realiza en zonas en las que esté prohibido su ejercicio.

Sin perjuicio de lo anterior, toda actividad minera ejercida en zonas en las que esté prohibido el ejercicio de actividad minera, se considera ilegal.

b) Minería Informal.- Actividad minera que es realizada usando equipo y maquinaria que no corresponde a las características de la actividad minera que desarrolla (Pequeño Productor Minero o Productor Minero Artesanal) o sin cumplir con las exigencias de las normas de carácter administrativo, técnico, social y medioambiental que rigen dichas actividades, en zonas no prohibidas para la actividad minera y por persona, natural o

jurídica, o grupo de personas organizadas para ejercer dicha actividad que hayan iniciado un proceso de formalización conforme se establece en el presente dispositivo.”

22. Respecto a estas definiciones, se debe de tener en cuenta, que si bien, el proceso de formalización minera creado por el Decreto Legislativo 1105 ya no se encuentra vigente, al haber sido reemplazado por el Proceso de Formalización Minera Integral, creado por el Decreto Legislativo 1336, las definiciones y distinciones entre minería informal y minería ilegal se mantienen hasta la fecha.

23. Las distinciones entre minería informal y minería ilegal previstas en el artículo 2 del Decreto Legislativo 1105 se encuentran sintetizadas en el siguiente cuadro comparativo:

CARACTERÍSTICAS	MINERÍA ILEGAL	MINERÍA INFORMAL
¿Cumplen con la normativa que regula la actividad minera?	Ambas actividades se realizan al margen de lo establecido en las normas que regulan la actividad minera. Es decir actúan al margen del ordenamiento jurídico.	
¿Dónde desarrollan las actividades mineras?	En zonas prohibidas para actividades extractivas.	En zonas no prohibidas para la actividad minera.
¿Qué herramientas utilizan?	Maquinaria prohibida.	Utiliza maquinaria que no corresponde con las características de la escala de minería.
¿Tiene posibilidad de formalizarse?	Nunca podrán formalizarse.	Podrán si cumplen con los requisitos del proceso de formalización.
¿Son necesariamente pequeños productores	No necesariamente.	Si

mineros o productores mineros artesanales?		
---	--	--

Fuente: Elaboración propia

24. En línea con lo anterior, Belaunde Moreyra señala que: “En otras palabras, la clave para la distinción entre minero ilegal y minero informal radica en el lugar del ejercicio de la actividad minera, según sea realizada en zona prohibida o no prohibida para la minería, y en este último caso, además que la persona o grupo de personas hubieren solicitado su formalización” (BELAUNDE MOREYRA 2013: 314)
25. Como puede apreciarse, si bien no existen demasiadas diferencias entre la minería informal y la minería ilegal, si existen diferencias sustanciales entre ambas respecto del lugar donde se desarrolla la actividad, la maquinaria utilizada y el estrato de los mineros.
26. Por un lado, respecto de las zonas prohibidas para la minería (minería ilegal), estas han sido detalladas en la Resolución Jefatural No. 1038-2002-INACC, siendo las siguientes: Las áreas naturales protegidas, las zonas de amortiguamiento de estas, áreas de proyectos especiales, puertos y aeropuertos, zonas arqueológicas y zonas urbanas y de expansión urbana. Por otro lado, respecto de la maquinaria prohibida (utilizada en minería ilegal), esta se encuentra detallada en el Decreto Legislativo 1100, el cual señala que se encuentra prohibido el uso de dragas en cuerpos de agua, carancheras, tracas, entre otras.
27. Teniendo en cuenta que, la minería ilegal es aquella que se realiza en zonas como áreas naturales protegidas, zonas arqueológicas y zonas urbanas, entre otras, utilizando maquinaria como dragas, carancheras, tracas, entre otras, y no necesariamente por pequeños productores mineros o productores mineros artesanales. Es evidente que el perjuicio que causa esta actividad al ambiente es mucho mayor que el que se causaría en zonas permitidas para la minería y maquinaria acorde, motivo por el cual el Estado ha optado por proscribir la minería realizada bajo esas

condiciones (ilegal), permitiendo solo la formalización de las actividades realizadas en zonas no prohibidas y con maquinaria acorde (informal).

28. Un ejemplo del perjuicio ambiental de la minería ilegal son las regiones de Madre de Dios, Puno y Arequipa, donde de acuerdo al Informe emitido por el *Monitoring of the Andean Amazon Project* (MAAP), en los años 2017 y 2018, se deforestó 18,440 hectáreas de bosques, un equivalente a más de 25 mil campos de fútbol, principalmente como consecuencia de la minería ilegal (MAAP: 2018)
29. Asimismo, que de acuerdo a estudios de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental – SPDA-, a octubre del año 2016, en la Reserva Nacional Tambopata (área natural protegida) se estimaba la existencia de más de mil mineros ilegales realizando actividades, las cuales habían afectado o destruido más de 10 mil hectáreas de bosque. Además de generar delitos conexos como la prostitución clandestina y la trata de mujeres. (2016: 10-11).
30. Además, no son pocos los casos violación de derechos humanos causados por la minería ilegal, especialmente la explotación legal y trata de personas, como recoge la agencia BBC en el artículo denominado “La "escalofriante" alianza entre la minería ilegal y la explotación sexual en Sudamérica”.
31. Al respecto, es evidente que, tanto la minería informal como la minería ilegal son actividades que se realizan al margen de la ley, ya que no cumplen con todos los requisitos o condiciones para la realización de la actividad minera previstas en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, el Estado ha optado por darle un trato diferenciado a ambas actividades, tomando en cuenta sus particularidades y ponderando sus perjuicios y beneficios. Siendo que, por un lado, ha optado por proscribir totalmente la minería ilegal, dado que los perjuicios que traen para el ambiente, ecosistemas, salud y seguridad son desproporcionadamente mayores que los beneficios que podría traer.

32. Mientras que, por otro lado, se ha optado por promover la formalización de la minería informal, ya que se ha concluido que, en tanto esta actividad se realiza en zonas pasibles de recibir minería y con maquinaria acorde, los beneficios que traería esta actividad (económicos, paz social, trabajo) podrían ser mayores a los perjuicios que esta actividad genera, sumado al hecho de que los perjuicios relacionados a impactos ambientales podrían ser corregidos, prevenidos y/o mitigados.
33. Es evidente, que esta decisión de promover la formalización de la minería informal no se ha tomado únicamente considerando los aspectos ambientales o jurídicos, sino que tiene una alta dosis política y social. Como ya señaló Belaunde Moreyra, existen más de 200 000 personas relacionadas directa o indirectamente a la minería informal dispuesta a protestar en caso se proscriba su actividad. Por tal motivo, y en aras de preservar la paz social, entre otras cosas, es que se ha optado por no proscribir esta actividad.
34. Finalmente, como puede apreciarse, si bien a primera vista la minería informal y la minería ilegal son actividades similares, no es así, siendo que la minería ilegal es una que causa muchos más perjuicios, motivo por el cual el Estado ha optado por proscribirla totalmente. Lo cual significa que bajo ninguna circunstancia un minero ilegal podría formalizarse. En contraposición, el Estado ha optado por promover la formalización de la minería informal, para lo cual a lo largo de los años ha creado diferentes instrumentos y procedimientos, algunos con más éxito que otros, teniendo al día de hoy, el vigente Proceso de Formalización Minera Integral.

2.3. Impactos ambientales de la minería informal

En el subcapítulo anterior, se adelantó que la minería informal y la minería ilegal recibían un trato distinto en la regulación, siendo que, por un lado, se promueve la formalización de la minería informal, y que por otro lado se proscribe y penaliza la minería ilegal.

Esta distinción, se da principalmente, porque el Estado ha ponderado que los impactos ambientales, sociales y de seguridad, entre otros, que causa la minería ilegal, por sus

propias características, no son tolerables, y que, en todo caso los beneficios que esta actividad podría traer no son superiores a los perjuicios. En contraposición, el Estado ha ponderado los impactos ambientales, sociales y de seguridad, entre otros, de la minera informal contra los beneficios que generaría su formalización, llegando a la conclusión de que estos los beneficios podrían ser mayores.

Al respecto, es importante recordar que entre las particularidades de la minera informal (en comparación con la minería ilegal) es que esta se da, necesariamente, por pequeños productores mineros o productores mineros artesanales. Esto significa, que solo son posibles de participar en el proceso de formalización, los mineros que cumplan con las condiciones para ser considerados pequeños productores mineros o productores mineros artesanales. Esto, debido a que, evidentemente las condiciones de hectareaje y producción bajo los cuales realizan la actividad los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales³ generan impactos ambientales menores a los del régimen general minero (mediana y gran minería).

Si bien, lo descrito en el párrafo anterior, acerca de los menores impactos ambientales generados en la pequeña minería y minería artesanal en comparación con los del régimen general minero, resulta lógico, dadas las diferencias en el hectareaje y producción. En la realidad esto no es necesariamente así, estando a que en ciertos casos los impactos ambientales de los pequeños productores mineros o productores mineros artesanales pueden ser equiparables o superiores a los de los medianos o grandes productores mineros, dado que muchas veces estos primeros realizan actividad minera en conjunto.

A continuación, detallaremos lo principal de los impactos ambientales generados por los mineros informales:

35. Los procesos de formalización minera previstos, tanto en el Decreto Legislativo 1105 y 1336, han exigido como un requisito esencial para lograr la formalización de los

³ Condiciones previstas en el artículo 91 del TUO LGM.

pequeños productores mineros y productores mineros artesanales que estos cuenten con un instrumento de gestión ambiental aprobado.

36. Dadas las condiciones particulares de la minería informal, como son (i) el ser realizada por pequeños productores mineros o productores mineros artesanales y (ii) encontrarse en ejecución, sumado a la necesidad de contar con un procedimiento expeditivo que promueva la formalización, las autoridades que han regulado el proceso de formalización se han visto obligadas a crear su propio instrumento de gestión ambiental, ya que los instrumentos de gestión ambiental previstos hasta ese momento en nuestro ordenamiento jurídico, como el EIA o PAMA, no eran idóneos.
37. Por un lado, el Proceso de Formalización Minera, creado por el Decreto Legislativo 1105, el cual estuvo vigente hasta la entrada en vigencia del Proceso de Formalización Minera Integral, creó el Instrumento de Gestión Ambiental Correctivo – IGAC, que como su propio nombre dice, es uno de carácter correctivo. Por otro lado, el Proceso de Formalización Minera Integral, creado por el Decreto Legislativo 1336, creó el Instrumento de Gestión Ambiental para la Formalización de Actividades de Pequeña Minería y Minería Artesanal – IGAFOM, el cual es de carácter preventivo y correctivo, y es el exigible al día de hoy para los mineros en formalización.
38. Como ya señalamos, tanto el IGAC como el IGAFOM tuvieron que ser concebidos en base a las necesidades de la minería informal, como son el poder ser aplicables a actividades en curso y tener un procedimiento de elaboración y aprobación expeditivo que pueda propiciar su aceptación por parte de los mineros informales, pero que a su vez cumpla con su finalidad principal, gestionar correctamente los impactos generados por la actividad.
39. Por lo anterior, mediante el Decreto Supremo No. 004-2012-MINAM se aprobó los términos de referencia comunes del IGAC y se reguló los plazos de su evaluación. Dadas las particularidades del IGAC, los términos de referencia comunes fueron más acotados y los plazos de elaboración y evaluación fueron fijados en 5 meses y 125 días calendario, respectivamente.

40. Respecto del IGAFOM, mediante la Resolución Ministerial No. 473-2017-MEM-DM se aprobó el formato para su elaboración, el cual incluyó aspectos comunes para todos los proyectos, como valores de Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y Límites Máximos Permisibles (LMP), medidas de manejo y monitoreo, entre otros. Asimismo, por Decreto Supremo No. 038-2017-EM, se fijó el plazo de evaluación del IGAFOM, siendo este de 30 días aproximadamente.
41. Como se demuestra en las normas citadas, estas tomaron en consideración que los impactos ambientales generados por los mineros informales serían acordes a los de los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales, motivo por el cual se aprobaron términos de referencia reducidos y plazos para la evaluación del IGAC y el IGAFOM más expeditivos, lo que supone una evaluación menos rigurosa.
42. Sin embargo, en el diseño e implementación de estas normas y sus instrumentos de gestión ambiental, no se tomó en cuenta, que los mineros informales muchas veces realizan la actividad minera en conjunto, e inclusive actuando como un solo productor minero, lo que supone que los impactos ambientales que generen en conjunto sean acordes a la mediana o gran minería, y no a la pequeña minería o minería artesanal.
43. Estos impactos ambientales conjuntos han sido denominados impactos acumulativos y el Senace los ha definido de la siguiente manera: “Impacto sobre el ambiente ocasionado por proyectos desarrollados o por desarrollarse en un espacio de influencia común, los cuales pueden tener un efecto sinérgico. Los impactos acumulativos pueden ser resultado de actuaciones de menor importancia vistas individualmente, pero significativas en su conjunto.” (SEANCE 2016: 18)
44. Al respecto, se ha dado por ejemplo en el caso emblemático de los miembros de la familia Baca Casas y dos empresas vinculadas a estos, los cuales son pequeños productores mineros o productores mineros en proceso de formalización, quienes se encontraban tramitando individualmente diversos IGAC ante el Gobierno Regional de Madre de Dios, pero dados los vínculos que estos mantenían, la autoridad de

fiscalización ambiental calificó a estos como un solo productor minero, por lo cual les exigió contar con un instrumento de gestión ambiental para mediana o gran minería.

45. De lo anterior, se puede colegir, que el proceso de formalización minera y sus instrumentos de gestión ambiental, han sido diseñados partiendo de la premisa que la minería informal es una que se da a pequeña escala o escala artesanal, y generando impactos ambientales no significativos, motivo por el cual las exigencias ambientales no necesitan ser demasiado rigurosas. Sin embargo, la realidad nos ha demostrado que esto no necesariamente es así, y que existen muchos mineros informales que trabajan en conjunto, como un solo productor minero, lo cual supone una generación de impactos acorde a la de un mediano o gran productor minero, e incluso que existen muchos mineros informales que formalmente cumplen con las condiciones de pequeños productores mineros o productores mineros artesanales (requisitos del proceso de formalización), pero que en la realidad actúan como medianos o grandes productores mineros.
46. Por lo cual, consideramos que no solo las normas de minería informal y los instrumentos de gestión ambiental diseñados especialmente para esta actividad estarían siendo descontextualizadas, sino que el propio proceso de formalización minera estaría incumpliendo su verdadero fin, ya que los mineros que están participando en el mismo no necesariamente serían pequeños productores mineros o mineros artesanales.
47. Esto, sumado al hecho que, los gobiernos regionales, los encargados de ejercer la fiscalización ambiental de los mineros en formalización, no se encuentran verdaderamente capacitados para ejercer esta función, deriva en que algunos medianos o grandes productores mineros participen, ilegalmente, en el proceso de formalización minera, con el objetivo de evadir la fiscalización del OEFA. Al respecto, el propio OEFA señala en su Informe 2013 de Fiscalización Ambiental a la Pequeña Minería y Minería Artesanal:

Actualmente, la situación es crítica. Los indicadores demuestran que las funciones de fiscalización ambiental realizadas a la pequeña minería y minería artesanal durante el 2013 han sido desarrolladas de manera deficiente. Esto se debe principalmente al desconocimiento, por parte de la mayoría de los funcionarios y servidores públicos de los gobiernos regionales, de la normativa y los procedimientos técnicos y legales referidos a la fiscalización ambiental minera. Se observa que, por ejemplo, la mayoría de las entidades supervisadas no inician procedimientos sancionadores a los administrados que incumplen sus obligaciones ambientales (OEFA 2013: 9).

48. Ante esta situación, en el año 2013, se promulgó la Ley 30011, que modificó el artículo 17 de la Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, Ley del SINEFA). Mediante esta modificación, se autorizó al OEFA a realizar un análisis indiciario de las condiciones en las cuales los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales realizan su actividad, a fin de verificar en los hechos que estos cumplan efectivamente con las condiciones de pequeños productores mineros o productores mineros artesanales, y no se esté escondiendo una actividad del régimen general minero bajo la figura de la pequeña minería o minería artesanal, con el objetivo de sacar provecho de esta figura. Sin embargo, como desarrollaremos más adelante, la aplicación al día de hoy de esta norma es bastante discutible, más aún en el marco del proceso de formalización.

3. Capítulo 2: Análisis del Proceso de Formalización Minera

En el presente capítulo, describiremos el desarrollo de la regulación de la minería informal en nuestro país, haciendo un especial análisis en las razones que llevaron a los cambios en esta regulación, respecto de los fines y los medios asociados a la formalización de la minería informal. Asimismo, describiremos los principales aspectos del Proceso Integral de Formalización Minera, y analizaremos la flexibilización, entendida como menos rigurosidad, ambiental del mismo. Finalmente, analizaremos ciertos casos emblemáticos relacionados al proceso de formalización minera y su relación con el ambiente; para concluir con una valoración a la fecha de la regulación de la minería informal, el proceso de formalización, y formular unas propuestas al mismo.

3.1. Desarrollo normativo

Como ya adelantamos, la regulación de la minería informal no se ha mantenido uniforme, sino que desde que el Estado optó por promover la formalización de la pequeña minería y la minería informal, con la promulgación de la Ley de Formalización, en el año 2002, hasta la creación del Proceso de Formalización Minera Integral, por el Decreto Legislativo 1293, las herramientas y disposiciones orientadas a lograr la formalización de los pequeños productores mineros y productores mineros informales han variado.

Respecto del desarrollo de la regulación de la minería informal en nuestro país, hemos identificado tres momentos resaltantes, los cuales están caracterizados por tener su propia normativa, herramientas y disposiciones, aunque, evidentemente, estos tres momentos en la regulación comparten un objetivo común: La formalización de la pequeña minería y minería informal.

Los momentos resaltantes de la regulación de la minería informal, a los cuales hacemos referencia en el párrafo anterior son: (i) La promoción de la formalización de la minería informal en la Ley de Formalización, (ii) la creación del Proceso de Formalización Minera con el Decreto Legislativo 1100 y siguientes, y (iii) la creación del Proceso de Formalización Minera Integral con el Decreto Legislativo 1293, el cual se encuentra vigente a la fecha. A continuación, explicaremos estos tres momentos del desarrollo de la regulación de la minería informal, haciendo especial énfasis en la normativa en la que se materializó estas regulaciones:

Ley de Formalización Minera

49. En primer lugar, con la Ley de Formalización Minera y su reglamento, como ya adelantamos, no se creó un proceso de formalización minera, aunque si se crearon ciertas herramientas orientadas a promover la formalización de los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales. Entre las más herramientas resaltantes creadas por estas normas, encontramos las siguientes:

- Contratos de explotación: Si dispuso que los Gobiernos Regionales a través de sus Direcciones Regionales de Energía y Minas, propiciarán la formalización de los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales fomentando la suscripción de un contrato de explotación entre estos y el titular del derecho minero”.
- Beneficios por formalización: Si dispuso que los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales que se formalizaran e inviertan cierto monto, gozarían de estabilidad tributaria por 10 años.
- Instrumento de Gestión Ambiental: Se requirió por primera vez a los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales contar con un instrumento de gestión ambiental para sus actividades. En caso se tratase de actividades aun no iniciadas, se dispuso que debían contar con una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) o un Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIA-sd), y para actividades en curso un Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA).

50. Como puede verse, mediante esta Ley y su reglamento, se reconoció por primera vez la existencia de ciertos sujetos que realizan la actividad minera sin cumplir con todos los requisitos, autorizaciones, licencias y demás que existen en nuestro ordenamiento, y en lugar de proscribir su actividad, se les otorgó la posibilidad de insertarse a la legalidad.

51. Estas normas introdujeron ciertas herramientas orientadas a lograr la formalización de los pequeños productores mineros y productores mineros informales y su objeto era la promoción de la formalización. Sin embargo, esto no fue así, entre otras cosas, porque los titulares de las concesiones mineras no celebraron contratos de explotación con los mineros informales, por lo cual la informalidad aumentó (2014), como señala Jáuregui en Semana Económica.

Proceso de Formalización Minera

52. Dado que, las disposiciones y herramientas orientadas a lograr la formalización de la minería informal, previstas en la Ley de Formalización y su reglamento no tuvieron el efecto esperado, y la minería informal no disminuyó sino que aumento según Torres (Torres 2015: 34), en el año 2011, el Congreso de la Republica promulgó la Ley 29815, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materias de minería ilegal.
53. En virtud de dicha delegación de poderes, el Poder Ejecutivo promulgó los Decretos Legislativos 1099, 1100, 1101, 1102, 1103, 1104, 1105, 1106 y 1107, referentes a minería ilegal e informal.
54. Respecto de la minería informal, el Decreto Legislativo 1105, como ya señalamos, es el más relevante, ya que establece disposiciones para el proceso de formalización de las actividades de pequeña minería y minería artesanal, creándose el Proceso de Formalización Minera.
55. Entre lo más relevante de esta norma, encontramos que por primera vez se hace una distinción entre minería informal e ilegal, siendo solo la minería informal pasible de formalización. En ese sentido, es importante señalar que esta norma no solo cataloga como mineros informales a aquellos que no cuentan con un título de concesión minera, sino también a aquellos que, contando con un título de concesión minera, no son titulares de los terrenos superficiales de la concesión minera donde operan, no cuentan con un instrumento de gestión ambiental o no han sido autorizados para realizar actividad minera.
56. Por otro lado, el Decreto Legislativo crea el Proceso de Formalización de la Actividad Minera de la Pequeña Minería y Minería Artesanal, cuyo objeto es “establecer y administrar los requisitos, plazos y procedimientos para que el sujeto de formalización pueda cumplir con la legislación vigente, en un plazo máximo de 24 meses.”
57. Respecto de este proceso de formalización minera, se establece que este debe seguirse ante la Dirección Regional de Energía y Minas del Gobierno Regional correspondiente

y se debe cumplir los siguientes pasos (requisitos) progresivos para lograr la formalización:

- Presentación de Declaración de Compromisos.
- Acreditación de Titularidad, Contrato de Cesión, Acuerdo o Contrato de Explotación sobre la Concesión Minera.
- Acreditación de Propiedad o Autorización de Uso del Terreno Superficial.
- Autorización de Uso de Aguas.
- Aprobación del Instrumento de Gestión Ambiental Correctivo.
- Autorización para Inicio/Reinicio de Actividades de Exploración, Explotación y/o Beneficio de Minerales.

58. Como puede verse, este proceso de formalización tuvo un plazo determinado de 24 meses, el cual venció el 19 de abril de 2014, e idealmente debió concluir con la emisión de una Resolución de Gobierno Regional con la Autorización para Inicio/Reinicio de Actividades de Exploración, Explotación y/o Beneficio de Minerales.

59. Finalmente, como mecanismo para lograr la formalización, el Decreto Legislativo 1105 impone la obligación los titulares de concesiones mineras formales, de presentar a la Dirección Regional de Energía y Minas correspondiente, un documento declarando la existencia o no de actividad minera informal en sus concesiones mineras y la intención de suscribir con estos un contrato de explotación, un contrato de cesión minera o su decisión de explotar directamente la concesión minera.

60. Los resultados de este proceso de formalización minera no fueron los esperados. De acuerdo a la opinión de los representantes de la Federación Nacional de Pequeños Productores Minera y Productores Mineros Artesanales (FENAMARPE), el fracaso del proceso se debió a que los titulares formales no tuvieron intención de celebrar un contrato de cesión minera o explotación con los informales (2014); y de acuerdo a Luis Egocheaga, ex gerente de Activos Mineros S.A.C. el fracaso se debió principalmente a los altos costos de la formalización y los altos costos de transacción de la formalidad en comparación de la informalidad (2017).

61. A modo de evaluación a la interdicción de la minería ilegal y la formalización de la minería informal, el Poder Ejecutivo promulgó el Decreto Supremo No. 029-2014-PCM, que aprueba la Estrategia de Saneamiento de la Pequeña Minería y de la Minería Artesanal en el cual se plantea el Eje Estratégico de la Formalización Minera.
62. Dicha norma destaca en su introducción que, el Proceso de Formalización Minera, ha permitido la Implementación del Registro de Declaración de Compromisos, el cual identifica el número de personas naturales, jurídicas o grupo de personas organizadas para ejercer la actividad minera; la implementación de una Ventanilla Única para hacer el proceso de formalización más coordinado; y la creación de un Instrumento de Gestión Ambiental Correctivo.
63. Sin embargo, el Decreto Supremo No. 029-2014-PCM también señala que el Proceso de Formalización Minera ha tenido deficiencias que merecen ser corregidas. Entre estas deficiencias se encuentran las siguientes:
- Conflicto por superposición de concesiones mineras y concesiones comprendidas dentro de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre.
 - Superposición de concesiones otorgadas por el Estado
 - Autorización de uso de terreno superficial.
 - Titularidad minera.
 - Procedimiento simplificado para el otorgamiento del Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos
 - Instrumento Ambiental Correctivo
64. Teniendo en cuenta que los resultados del Proceso de Formalización Minera creado por el Decreto Legislativo 1105 tampoco fueron los esperados, por las deficiencias ya mencionadas, el gobierno entrante en el año 2016, liderado por Pedro Pablo Kuczynski solicitó al Poder Legislativo le otorgue facultades para legislar en materia de minería informal e ilegal, entre otras cosas. Por tal motivo, se promulgó la Ley 30506, ley que tuvo como objeto, entre otras cosas, el “perfeccionamiento del marco legal del proceso de formalización de la pequeña minería y minería artesanal, así como el mejoramiento de capacidades de la Direcciones Regionales de Minería para

garantizar un adecuado desarrollo de las operaciones mineras a pequeña escala, de manera sostenible y compatible con el medio ambiente y a través de un proceso ordenado y simplificado”.

65. En virtud de la Ley 30506, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Legislativo 1293 y Decreto Legislativo 1336, mediante los cuales se creó el Proceso de Formalización Minera Integral, la cual es la vía idónea a la fecha para lograr la formalización de los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales informales.

3.2. Descripción del Proceso Integral de Formalización Minera

El Proceso de Formalización Minera Integral, creado por el Decreto Legislativo 1293 y desarrollado por el Decreto Legislativo 1336, reemplazó el Proceso de Formalización Minera, siendo hoy el procedimiento que deben seguir los mineros informales con el objetivo de lograr la formalización.

Este nuevo procedimiento orientado a la formalización minera fue concebido, tomando en consideración, principalmente, lo propuesto por la Dirección Regional de Energía y Minas de los Gobierno Regional (2016: 1), lo dispuesto en el Decreto Supremo No. 029-2014-PCM y lo solicitado por las Federaciones de Mineros Informales (2017: 8). Siendo lo mas relevante lo siguiente:

66. Por el Decreto Legislativo 1293, se declaró de interés nacional la reestructuración del proceso de formalización de las actividades de la pequeña minería y minería artesanal. Por lo cual se creó el Proceso de Formalización Minera Integral, el cual busca simplificar los mecanismos administrativos para la formalización minera.
67. Dicha norma dispuso que el Proceso de Formalización Minera Integral podían seguirlo los sujetos que hayan participado en el Proceso de Formalización minera, es decir, que cuenten con inscripción vigente en el Registro de Saneamiento o en el Registro Nacional de Declaraciones de Compromisos; y excepcionalmente, las personas

naturales que se encuentren desarrollando actividades de pequeña minería o de minería artesanal de explotación en una sola concesión minera y cuenten con RUC.

68. Como vemos, esta norma no solo admitió al Proceso de Formalización Minera Integral a los mineros informales que ya estuviesen siguiendo el procedimiento administrativo orientado a la formalización precedente (Proceso de Formalización Minera), sino que admitió también a sujetos que ni siquiera habían buscado formalizarse, por lo cual eran considerados ilegales, lo cual resulta bastante discutible.

69. Asimismo, el Decreto Legislativo 1293, dispuso que el plazo del Proceso de Formalización Minera sería de 36 meses, es decir amplió hasta el 21 de junio de 2020 el plazo para cumplir con todos los requisitos necesarios para la formalización de las operaciones.

70. El Decreto Legislativo 1336 desarrolla el contenido del Proceso de Formalización Minera Integral y modifica ciertos de los requisitos para lograr la formalización de las actividades mineras, con el objetivo de tener un procedimiento más simplificado y coordinado. Los requisitos pasan a ser los siguientes:

- Aprobación del Instrumento de Gestión Ambiental para la Formalización de Actividades de Pequeña Minería y Minería Artesanal - IGAFOM o del Instrumento de Gestión Ambiental Correctivo cuando corresponda.
- Acreditación de Propiedad o Autorización de Uso del Terreno Superficial.
- Acreditación de Titularidad, Contrato de Cesión o Contrato de Explotación respecto de la concesión minera.
- Declaración Jurada de inexistencia de restos arqueológicos sujeta a fiscalización posterior por parte del Ministerio de Cultura.
- Autorización de inicio o reinicio de actividades mineras de explotación y/o beneficio de minerales y/o título de concesión de beneficio.

71. Como puede verse, se crea un nuevo instrumento de gestión ambiental especial para la formalización de las actividades mineras, el IGAFOM, el cual se destaca por ser un instrumento de gestión ambiental correctivo y preventivo, y de aprobación muy

expeditiva. Sin embargo, este IGAFOM ha recibido críticas de expertos como Pulgar Vidal y Castro, quienes señalan que la modificación del IGAC por el IGAFOM es incorrecta, en tanto el IGAFOM “no prevé metas graduales, cronograma de inversiones, y resultados ambientales que son objeto de fiscalización y sanción y que su incumplimiento suponga la cancelación de la Declaración de Compromiso” (Pulgar Vidal y Castro 2017: 25-26)

72. Por otro lado, destaca que este Proceso de Formalización Minera Integral ya no exija un Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA) para determinar si existe restos arqueológicos dentro del área de la concesión minera, sino simplemente una Declaración Jurada de evaluación posterior. Si bien, esta modificación puede hacer mucho más cèlere el proceso de formalización, también ha sido criticada por Pulgar Vidal y Castro, ya que esto podría generar daños irreversibles al patrimonio cultural nacional (2017: 26).
73. Respecto a los incentivos a los titulares formales para suscribir contratos de cesión minera o explotación con los mineros informales dentro de su concesión, encontramos que el Decreto Legislativo dispone que los titulares formales que suscriban dichos contratos con mineros en formalización, podrán conseguir la acreditación de pequeño productor minero o productor minero artesanal, lo cual significa beneficios con respecto a las obligaciones de producción mínima, pago de derecho de vigencia y penalidad.
74. Asimismo, como incentivo para la suscripción de dichos contratos, se dispone que los titulares formales no serán responsables por las obligaciones ambientales o de seguridad de su contraparte contractual (mineros en proceso de formalización). Es decir, se exime de responsabilidad a los titulares formales de los daños que pudiera causar el informal dentro del área de su concesión minera, lo cual elimina el régimen de responsabilidad solidaria que había sido introducido con la Ley de Formalización.
75. Sin duda, estos incentivos a los titulares formales para suscribir contratos con los informales, es de lo más destacado de la reformulación del proceso de formalización,

en tanto la formalización es imposible si no se tiene una cooperación entre los titulares formales y los mineros informales.

3.3. Flexibilización ambiental

Como ya se adelantó, si bien el Proceso de Formalización Minera Integral ha traído disposiciones positivas como los incentivos para la suscripción de contratos con los mineros informales para coadyuvar a su formalización, o la simplificación de ciertos requisitos en el procedimiento administrativo, consideramos que su concepción no ha sido la ideal, ya que ha permitido una flexibilización ambiental desmedida. A continuación, explicaremos el sustento de nuestra posición:

76. El Decreto Legislativo 1336 dispone que el Proceso de Formalización Minera Integral vencerá el 21 de junio de 2020, lo cual supone que para esa fecha los mineros ya deben de haber cumplido con todos los requisitos del procedimiento, entre ellos el de contar con un IGAFOM aprobado.

77. Dado que el plazo de aprobación del IGAFOM se encuentra fuera del ámbito de control de los mineros en proceso de formalización, aunado al hecho de que el realizar actividad minera sin contar con un instrumento de gestión ambiental aprobado puede causar severos perjuicios al ambiente, por Decreto Supremo No. 019-2018-EM dispuso como fecha límite para la presentación del IGAFOM a la autoridad competente, el 31 de julio de 2019.

78. Sin embargo, debido al escaso cumplimiento de dicho requisito, por Decreto Supremo No. 015-2019-EM, se aplazó la fecha límite para presentar el IGAFOM hasta el 31 de marzo de 2020.

79. Como puede apreciarse, ya el propio Proceso de Formalización Minera Integral otorgaba un plazo bastante prolongado para operar sin siquiera haber presentado para evaluación el instrumento de gestión ambiental, pero además este plazo ha sido ampliado, lo cual supone que los mineros en proceso de formalización podrán seguir

operando sin mayores controles y sin tener la viabilidad ambiental, prácticamente hasta la fecha límite del Proceso de Formalización Minera Integral.

80. Este hecho, sumado a que el IGAFOM no ha previsto medidas metas graduales y resultados ambientales cuyo incumplimiento suponga la exclusión del Proceso de Formalización Minera Integral, encontramos que se estarían ponderando los fines sociales, económicos o políticos que traería la formalización de los mineros informales, por encima de la protección del ambiente.

81. Esta situación se agrava si tomamos en cuenta que el OEFA se ha declarado incompetente para analizar de las condiciones mediante las cuales los sujetos en proceso de formalización realizan las actividades mineras y para ejercer la fiscalización y sanción ambiental de estos, como desarrollaremos en el próximo subcapítulo. Lo cual supone que la fiscalización y sanción ambiental de los mineros en proceso de formalización recae solo en los Gobiernos Regionales, aun en el caso se tenga indicios razonables y verificables de que estos realizan actividades de mediana o gran minería. Teniendo los Gobiernos Regionales menos capacidades para llevar a cabo la fiscalización y sanción ambiental como se demuestra en el Informe 2013 de Fiscalización Ambiental a la Pequeña Minería y Minería Artesanal del OEFA:

La mayoría de las entidades de fiscalización ambiental no ejecuta supervisiones a las personas naturales o jurídicas sujetas a formalización, y a las actividades de minería ilegal; no remiten al OEFA el “Reporte trimestral sobre la ejecución de actividades de supervisión y fiscalización ambiental a la pequeña minería y minería artesanal” así como no identifican ni comunican la minería ilegal a los órganos competentes...” (OEFA 2013: 135).

82. En tal sentido, consideramos que Proceso de Formalización Minera Integral estaría vulnerando parte del contenido esencial del derecho a gozar de un ambiente equilibrado, que de acuerdo al Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el expediente No. 0048-2004-PI/TC consiste en “Parte del derecho de análisis se concretiza en que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes

públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute” (Tribunal Constitucional 2005: 14) , ya que el Estado no estaría cumpliendo sus obligaciones de preservar el medio ambiente; sino que también se estarían vulnerando principios ambientales previstos en la Ley General del Ambiente, como el principio de sostenibilidad, el principio de prevención, el principio de internalización de costos y principio de responsabilidad ambiental.

3.4. Casos emblemáticos

En el presente subcapítulo veremos que, a pesar de que en principio el OEFA no es la autoridad competente para fiscalizar y sancionar en materia ambiental a los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales, en ciertos casos, al amparo de lo dispuesto en la Ley del SINEFA ha realizado un análisis sobre condiciones mediante las cuales los sujetos en proceso de formalización realizan sus actividades, ejerciendo la fiscalización y sanción ambiental al haber encontrado indicios de que estos no cumplen con las condiciones para ser considerados como pequeños productores mineros o productores mineros artesanales.

Sin embargo, también veremos que, en un caso muy reciente, el OEFA resolvió que no se encontraría facultada a realizar dicho análisis y ejercer la fiscalización y sanción ambiental, en caso los titulares mineros se encuentren en proceso de formalización. Lo cual significa que, los mineros en proceso de formalización solo se encontrarían bajo el ámbito de fiscalización y sanción de los Gobiernos Regionales, quienes como ya señalamos, tienen menos capacidades que el OEFA. A continuación, desarrollaremos los dos casos más relevantes:

Caso Yanguang Yi

Este caso se trata de un procedimiento administrativo sancionador iniciado por el OEFA contra el administrado Yanguang Yi por la realización de actividad minera de mediana o gran escala sin contar con un instrumento de gestión ambiental aprobado por la autoridad

competente⁴ en la provincia de Puerto Inca, departamento de Huánuco. El cual tienen una estrecha relación con la regulación de la minería informal y el proceso de formalización minera, que a continuación pasamos a explicar:

83. Con fecha, 15 de enero de 2013, la DFSAI del OEFA inició un procedimiento administrativo sancionador contra Yanguang Yi imputándole la infracción de “realizar actividad minera de mediana o gran escala sin contar con un instrumento de gestión ambiental aprobado por la autoridad competente”. En ese momento el administrado se encontraba en el proceso de formalización minera respecto de los derechos mineros SH2 y SH3, lo cual suponía ser considerado un pequeño productor minero o productor minero artesanal en proceso de formalización, habilitado para realizar actividad minera sin contar con un instrumento de gestión ambiental aprobado.
84. Como puede apreciarse del párrafo anterior, Yanguang Yi se encontraba en el proceso de formalización minera, el cual le permitía, de acuerdo a las normas de minería informal, realizar actividad minera de pequeña escala o escala artesanal por un período determinado de tiempo sin contar con un instrumento de gestión ambiental aprobado. Sin embargo, el OEFA le inició un procedimiento administrativo sancionador, argumentando que la actividad minera que realizaba no era una de pequeña escala o escala artesanal, sino de mediana o gran escala, lo cual supone no cumplir con las condiciones para participar en el proceso de formalización y que deviene en que no sea aplicable la excepción de contar con un instrumento de gestión ambiental aprobado.
85. El razonamiento utilizado por la DFSAI del OEFA para determinar que Yanguang Yi no realizaba actividad minera de pequeña escala o escala artesanal, por lo cual no se encontraba bajo el régimen de la minería informal, era que si bien, este de manera individual cumplía con las condiciones previstas en el artículo 91 del TUO LGM para ser considerado un pequeño productor minero, en la realidad la actividad minera Yanguang Yi era una mediana o gran escala, ya que esta actividad era realizada en

⁴ Expediente No. 015-2013-DFSAI/PAS

conjunto con su concubina, Wei Liu Luo y la sociedad de la cual es socio y gerente, Shuanghesheng Mining Group S.A.C. Este razonamiento fue denominado por el OEFA como “aplicación del principio de primacía de la realidad en minería” y a criterio de esta, se encuentra sustentado en el artículo 17 de la Ley del SINEFA, modificado por la Ley 30011.

86. La defensa de Yanguang Yi no se basó en argumentar que se encontraba en el proceso de formalización minera cuyo requisito esencial es el cumplir con las condiciones para ser considerado un pequeño productor minero o productor minero artesanal. El cual exime a los titulares mineros de contar con un instrumento de gestión ambiental por un lapso determinado, por lo cual no podría imputársele el “realizar actividad minera de mediana o gran escala sin contar con un instrumento de gestión ambiental aprobado por la autoridad competente”. Sino que se basó en argumentar que este no realizaba actividad minera de ninguna escala, ni siquiera actividad minera de pequeña escala o escala artesanal, por lo cual no podía ser considerado un titular minero.
87. Como sustento a su posición, Yanguang Yi y Wei Liu Luo se desistieron del proceso de formalización minera, lo cual supuso que estos dejen de ser considerados mineros en proceso de formalización, siendo considerados mineros ilegales, en caso realicen actividad minera.
88. Este procedimiento sancionador fue resuelto por la DFSAI del OEFA, con fecha 23 de enero de 2014⁵, sancionando a Yanguang Yi con una multa de 498 UIT por la comisión de la infracción imputada e imponiéndole la medida correctiva de cese de actividades hasta la obtención de las autorizaciones correspondientes, teniendo en cuenta que Yanguang Yi pertenecía al estrato de gran o mediana minería, ya que realizaba la actividad como un grupo económico con Wei Liu Luo y Shuanghesheng Mining Group S.A.C., quienes en conjunto superaban las condiciones previstas en el artículo 91 del TUO LGM para ser considerados como pequeños productores mineros o productores mineros artesanales; y confirmado en segunda instancia por el Tribunal de Fiscalización Ambiental.

⁵ Mediante Resolución Directoral No. 071-2014-OEFA-DFSAI

89. Este caso ha tenido especial relevancia tanto para el régimen de la minería informal como para el régimen de la pequeña minería y minería artesanal, ya que fue el primer caso donde el OEFA aplicó el principio de primacía de la realidad en minería con el objetivo de determinar si los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales en proceso de formalización, en la realidad cumplían con las condiciones para ser considerados como tal.
90. Lo resuelto por el OEFA en este caso no ha estado exento de críticas y polémica, ya que además de aplicar por primera vez en materia minero ambiental un principio como el de la primacía de la realidad, que no se encuentra expresamente recogido en las normas del sector, el OEFA se declaró competente para determinar el estrato al que pertenecen los titulares minero, competencia que de acuerdo con el Decreto Legislativo 1136 y otras normas, corresponde a la Dirección General de Formalización Minera del Ministerio de Energía y Minas.
91. Respecto al proceso de formalización minera, este caso también sentó un precedente, ya que abrió la posibilidad de que no solo sea el Ministerio de Energía y Minas, a través de la Dirección General de Formalización Minera quien determine si los mineros en proceso de formalización cumplen con las condiciones para participar en el proceso de formalización minera, sino que también podría hacerlo el OEFA, mediante la aplicación del principio de primacía de la realidad. Asimismo, determinó, que en caso el OEFA cuente con indicios razonables de que los mineros en proceso de formalización no cumplen con las condiciones para ser considerados como pequeños productores mineros o productores mineros artesanales, podrán ser fiscalizados y sancionados por el OEFA, ya no por el Gobierno Regional.

Caso Baca Casas

Este caso se trata de un procedimiento administrativo sancionador iniciado por el OEFA contra los administrados sancionador contra los administrados Cecilio Baca Fernandez, Gregoria Casas Huamanhuilca, Cecilio Baca Casas, Violeta Baca Casas, Yony Baca Casas, Maruja Baca Casas, José Luis Baca Cazas, Marco Baca Cazas, Goya E.I.R.L. y S.M.R.L. Chavinsa N° 3 de Madre de Dios, todos ellos miembros de la familia Baca Casas

y sus empresas vinculadas, por la realización de actividad minera de mediana o gran escala sin contar con un instrumento de gestión ambiental aprobado por la autoridad competente⁶ en la provincia del Manu, departamento de Madre de Dios. Este procedimiento administrativo sancionador también tiene una estrecha relación con la regulación de la minería informal y el proceso de formalización minera, aunque la relación de este haya sido contraria a lo resuelto en el Yanguang Yi, como pasamos a explicar:

92. Con fecha 4 de julio de 2013, la DFSAI del OEFA, inició un procedimiento administrativo sancionador contra los miembros de la familia Baca Casas y sus empresas vinculadas imputándoles la infracción de “realizar actividad minera de mediana o gran escala sin contar con un instrumento de gestión ambiental aprobado por la autoridad competente”. En ese momento (y hasta la fecha) los administrados se encontraba en el proceso de formalización minera respecto de diversos derechos, lo cual suponía ser considerados pequeños productores mineros o productores mineros artesanales en proceso de formalización, habilitados para realizar actividad minera sin contar con un instrumento de gestión ambiental aprobado.

93. Al igual que en el caso Yanguang Yi, los administrados se encontraban en el proceso de formalización minera lo cual les permite realizar actividad minera de pequeña escala o escala artesanal por un lapso determinado sin contar con un instrumento de gestión ambiental aprobado. Sin embargo, el OEFA le inició un procedimiento administrativo sancionador, argumentando que los miembros de la familia Baca Casas y sus empresas vinculadas no realizaba no actividad minera de pequeña escala o escala artesanal, sino de mediana o gran escala, ya que actuaban como un único productor minero. Por lo cual, cumplían con las condiciones para participar en el proceso de formalización y requieren un instrumento de gestión ambiental aprobado.

94. El razonamiento utilizado por la DFSAI del OEFA para determinar que los miembros de la familia Baca Casas y sus empresas vinculadas actuaban como un único productor minero incumpliendo las condiciones para ser considerados mineros de pequeña escala o escala artesanal, se sustentó en que, supuestamente, (i) estos se encuentran

⁶ Expediente No. 329-2018-OEFA/TFA-SMEPIM

vinculados familiar o contractualmente, (ii) existe una fuente de control común sobre los derechos mineros y (iii) realizan actividad minera en conjunto.

95. Por lo cual, la DFSAI del OEFA, al amparo del principio de primacía de la realidad, determinó que, si bien de manera individual los miembros de la familia Baca Casas y sus empresas vinculadas cumplían con las condiciones previstas en el artículo 91 del TUO LGM para ser considerados pequeños productores mineros, en la realidad la actividad minera que realizaban estos era una en conjunto, como un único productor minero, equivalente a la de un mediano o gran productor minero. En tal sentido, estos no podían participar en el proceso de formalización minera, no se encontraban bajo el ámbito de fiscalización del OEFA y requerían contar con un instrumento de gestión ambiental para mediana o gran minería.

96. A diferencia de Yanguang Yi, los miembros de la familia Baca Casas y sus empresas vinculadas centraron su defensa en que, estos se encontraban en el proceso de formalización minera, lo cual supone cumplir con las condiciones para ser considerados pequeños productores mineros o productores mineros artesanales, siendo competencia del Ministerio de Energía y Minas verificar el cumplimiento de estas condiciones y no del OEFA. Asimismo, señalaron que la actuación del OEFA era contraria a derecho porque el principio de la primacía de la realidad no estaba concebido para el derecho ambiental y que su aplicación colisionaba con las normas especiales del proceso de formalización minera. Por lo cual, los administrados contaban con un status firme de pequeños productores mineros en proceso de formalización, lo cual les habilitaba a realizar actividad minera sin contar con un instrumento de gestión ambiental aprobado, y en todo caso, la autoridad competente para fiscalizarlos y sancionarlos en materia ambiental era el Gobierno Regional de Madre de Dios, no el OEFA.

97. Con fecha, 22 de noviembre de 2017, la DFSAI del OEFA resolvió en primera instancia este procedimiento, sancionando a los miembros de la familia Baca Casas y sus empresas vinculadas con una multa de 646 UIT por la comisión de la infracción de realizar actividad minera de mediana o gran escala sin contar con un instrumento de gestión ambiental aprobado por la autoridad competente, e imponiéndoles la

medida correctiva de reportar trimestralmente sus avances en el proceso de formalización minera.

98. Los administrados apelaron dicha resolución, replicando los argumentos de que el OEFA no era competente para conocer este procedimiento, ya que se trataba de pequeños productores mineros en proceso de formalización y agregando que se habían vulnerado los principios de verdad material y presunción de licitud. Por su parte, el Gobierno Regional de Madre de Dios solicitó al OEFA se declare incompetente para conocer este procedimiento sancionador, dado que la competencia para fiscalizar y sancionar a pequeños productores mineros en proceso de formalización le correspondía a esta, de acuerdo con las normas de formalización minera.
99. Con fecha, 16 de octubre de 2018, el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA emitió la resolución de segunda instancia, mediante la cual se puso fin al procedimiento sancionador contra los miembros de la familia Baca Casas y sus empresas vinculadas, declarando nulo todo lo actuado y disponiendo que se remita el expediente al Gobierno Regional de Madre de Dios, en su calidad de autoridad competente para fiscalizar y sancionar a los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales.
100. Lo resuelto por el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA se sustentó principalmente en que, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley de Formalización⁷, la competencia de fiscalización y sanción ambiental de los pequeños productores mineros y productores mineros corresponde a los Gobiernos Regionales, y de acuerdo

⁷ Artículo 14.- Sostenibilidad y fiscalización”

Los gobiernos regionales tienen a su cargo la fiscalización, sanción y demás facultades que les han sido transferidas en el marco del proceso de descentralización, de quienes ejercen actividad minera cumpliendo con las tres condiciones previstas en el artículo 91 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, se encuentren o no acreditados como pequeños productores mineros o productores mineros artesanales ante la Dirección General de Minería. En caso de que cualquiera de las tres condiciones antes mencionadas no se cumpliera, la fiscalización y sanción estará a cargo del OEFA, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y del Osinergmin, según sus respectivas competencias.

Corresponde al Gobierno Nacional la aprobación de los planes y determinación de las acciones relacionadas con la formalización de las actividades de pequeña minería y minería artesanal, los que serán de obligatorio cumplimiento de las autoridades en los tres niveles de gobierno y de los que ejercen dicha actividad minera.

con la décimo segunda disposición final del Decreto Legislativo 1336⁸, el Ministerio de Energía y Minas es el encargado de verificar el cumplimiento de las condiciones para que un pequeño productor minero o productor minero artesanal participe del proceso de formalización minera. En tal sentido, las normas especiales de formalización minera impedirían al OEFA aplicar el principio de primacía de la realidad respecto de sujetos que se encuentren en el proceso de formalización minera, ya que la competencia de determinar los estratos de estos corresponde al Ministerio de Energía y Minas; y en caso de mineros en formalización, la competencia de fiscalización y sanción ambiental corresponde a los Gobiernos Regionales, al ser pequeños productores mineros y productores mineros artesanales.

101. Si bien, lo resuelto en este procedimiento administrativo sancionador no ha sido declarado un precedente de observancia obligatoria, consideramos que si tiene una especial relevancia, ya que el OEFA ha delimitado criterios, respecto de (i) la aplicación del principio de primacía de la realidad en minería, (ii) las competencias para determinar los estratos en minería, y (iii) las competencias para ejercer la fiscalización y sanción ambiental a los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales en proceso de formalización.

102. Respecto de la aplicación del principio de la primacía de la realidad, tanto la DFSAI como el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA reafirman que el OEFA tiene la competencia de realizar un análisis indiciario de las condiciones mediante las cuales los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales realizan sus actividades y en caso determine que las condiciones para ser considerados como tal no se cumplen, ejercer la fiscalización y sanción ambiental. Sin embargo, el Tribunal de Fiscalización Ambiental, reconoce que esta competencia podría colisionar con la competencia del Ministerio de Energía y Minas de verificar que los mineros en proceso de formalización cumplan con los requisitos para participar en este, entre ellos

⁸ DÉCIMO SEGUNDA. - Fiscalización de la información contenida en el Registro Integral de Formalización Minera

La información contenida en el Registro Integral de Formalización Minera está sujeta a fiscalización por parte del Ministerio de Energía y Minas.

el cumplir con las condiciones para ser considerados pequeños productores mineros o productores mineros artesanales.

103. En relación con lo anterior, el Tribunal de Fiscalización Ambiental determina que, en caso de mineros en proceso de formalización, la competencia para determinar si estos cumplen con las condiciones (ser pequeños productores mineros o productores mineros artesanales) corresponde al Ministerio de Energía y Minas, a través de la Dirección General de Formalización Minera, de acuerdo con las normas ya mencionadas; y la competencia para ejercer la fiscalización y sanción ambiental de los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales (incluyendo a los que participan en el proceso de formalización) corresponde al Gobierno Regional.

104. Como puede apreciarse, el caso Baca Casas varió el criterio adoptado por el OEFA en el caso Yanguang Yi, respecto de la aplicación del principio de primacía de la realidad a mineros en proceso de formalización minera, la competencia para determinar los estratos en minería, en el caso de mineros en proceso de formalización y la competencia de fiscalización y sanción ambiental de estos.

105. Por lo cual, si bien el OEFA no lo ha reconocido expresamente, puede entenderse que a la fecha ha adoptado la postura de que, si bien cuenta con la competencia para aplicar el principio de primacía de la realidad, previsto en el artículo 17 de la Ley del SINEFA, esta competencia no puede ser ejercida en el caso de mineros en proceso de formalización, ya que las propias normas especiales de este proceso señalan que corresponde al Ministerio de Energía y Minas verificar el cumplimiento de las condiciones para ser considerado pequeño productor minero o productor minero artesanal, excluyendo a los mineros en proceso de formalización que no cumplan con dichas condiciones.

106. Consideramos que, si bien la postura adoptada por el OEFA podría ser concordante con lo dispuesto en las normas, esta puede ser contraproducente con la protección al ambiente, ya que el OEFA estaría renunciando a aplicar el principio de primacía de la realidad a los mineros en proceso de formalización, lo cual repercutiría en que estos mineros solo se encuentren bajo el ámbito de fiscalización y sanción de los gobiernos

regionales en materia ambiental, el cual como ya adelantamos, es menos riguroso y cuenta con menos capacidades que el OEFA.

107. A forma de balance de los casos mencionados podemos concluir que los factores de la regulación del proceso de formalización minera integral derivan en que el OEFA no se encuentre habilitado para aplicar el principio de primacía de la realidad, situación que podría estar vulnerando parte del contenido esencial del derecho a gozar de un ambiente equilibrado, el cual como ya señalamos ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el expediente No. 0048-2004-PI/TC, ya que el Estado no estaría cumpliendo sus obligaciones de preservar el medio ambiente.

108. Asimismo, consideramos que esta última resolución del OEFA (caso Baca Casas), han podido generar incentivos negativos, al permitir que sujetos que perteneciesen a grupos económicos o mantuvieran una vinculación efectiva con otros derechos mineros, de tal manera que no cumplieran con las condiciones para ser considerados como pequeños productores mineros o productores mineros artesanales participen de manera individual en el proceso de formalización minera integral y así no se encuentren en el ámbito de fiscalización y sanción del OEFA, sino del de los gobiernos regionales, que como se ya adelantamos tienen menos capacidades en materia ambiental que el OEFA.

3.5. Valoración del proceso de formalización minera al año 2019

En el presente subcapítulo, valoraremos el vigente proceso de formalización minera, el Procedimiento de Formalización Minera Integral y sus resultados al año 2019. Teniendo en cuenta la valoración y resultados, propondremos algunas recomendaciones al Proceso de Formalización Minera Integral, las cuales consideramos podrían coadyuvar a cumplir con los objetivos esperados de este proceso:

109. Como ya adelantamos en los subcapítulos anteriores, la participación en el Proceso de Formalización Minera Integral es libre, siempre y cuando se cumplan con ciertas

condiciones, como ser un pequeño productor minero o productor minero artesanal, haber participado previamente en el proceso de formalización minera, estar inscrito en alguno de los registros de formalización o el haber realizado actividad minera en una sola concesión minera por algún tiempo determinado.

110. Si bien, la participación en el Proceso de Formalización Minera Integral es libre, se fijó un plazo determinado para inscribirse en el mismo, a través del Registro Integral de Formalización Minera – REINFO, el cual venció en junio de 2017, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1293.

111. De acuerdo con los datos proporcionados por la Dirección de Formalización Minera Integral⁹, forman parte del REINFO, 54,336 sujetos, entre personas naturales y personas jurídicas¹⁰. Siendo las regiones con más sujetos inscritos Arequipa y Ayacucho, con 11,640 y 6,525 sujetos respectivamente.

112. Si bien, respecto de la cantidad de mineros formalizados no existe una fuente oficial y publica completa, los datos del REINFO arrojan que en las 19 regiones con data disponible, solo 663 sujetos han concluido el Proceso de Formalización Minera, es decir han obtenido satisfactoriamente la Autorización de Inicio o Reinicio de Actividades de Explotación.

113. De lo anterior, es preciso puntualizar que entre las regiones cuya data de mineros formalizados no se encuentra disponible en el REINFO, es Arequipa, a pesar de la región con más mineros en proceso de formalización. Sin embargo, de acuerdo con reportes de prensa, Arequipa es la región con más mineros formalizados, logrando una cifra de 1,243 mineros formalizados, que ha sido catalogada como histórica, ya que ha sido el logro cuantitativo más importante en la historia de los procesos de formalización minera (Andina 2019).

114. Una de las grandes explicaciones del logro obtenido en la región Arequipa, es que los mineros informales constituyeron empresas para lograr cumplir de manera conjunta

¹⁰ http://www.minem.gob.pe/_detalle.php?idSector=20&idTitular=8049&idMenu=sub8048

con los requisitos del Proceso de Formalización Minera Integral, de tal manera que los costos y obligaciones asociadas a este procedimiento fueron soportados entre varios sujetos. En esa línea, el medio de comunicación Andina señala lo siguiente:

“El titular de la Dirección General de Formalización Minera, Lenin Valencia, entregó las resoluciones de inicio de actividades mineras en beneficio a cinco empresas dedicadas a la pequeña minería en el distrito de Huanuhuanu, provincia de Caravelí, las cuales representan a 433 mineros socios (los otros 810 mineros concretaron el proceso antes).” (Andina 2019)

115. Igualmente, respecto de la región Puno, la data de mineros formalizados no se encuentra disponible en el REINFO, sin embargo de acuerdo a reportes de prensa, 467 mineros informales habrían logrado la formalización en dicha región también bajo la figura de empresas. (Andina 2019).

116. Como ya señalamos, no existen datos oficiales disponibles respecto de la cantidad de mineros formalizados en el marco del Proceso Integral de Formalización Minera. Sin embargo, tanto de los datos oficiales disponibles en el REINFO como los datos recogidos en medios de comunicación, podemos llegar a la conclusión de que a la fecha han logrado la formalización aproximadamente 2,000 mineros informales,

117. Los datos mencionados en los párrafos anteriores evidentemente determinan que los resultados del Proceso de Formalización Minera Integral no han sido demasiado exitosos, teniendo en cuenta que aproximadamente solo un 4 % de los mineros informales han logrado la formalización.

118. Sin perjuicio de que la cifra de mineros formalizados en el marco del Proceso de Formalización Minera Integral a la fecha no son los más alentadores, el Ministerio de Energía y Minas confía en que en el plazo restante, las cifras de mineros formalizados mejorarán. Al respecto, de acuerdo a declaraciones del Ministro de Energía y Minas, Francisco Ismodes se espera que estos resultados mejoren, y que para el final del año 2019 se tengan más de 20,000 mineros formalizados. (Gestión 2019)

119. Teniendo en cuenta lo anterior y estando a que, de acuerdo con el Decreto Legislativo 1293 el Proceso de Formalización Minera Integral culmina en junio del año 2020, vemos como muy poco probable que el número de mineros formalizados incremente drásticamente. Por lo cual, siendo optimistas consideramos que para el año 2020 deberían haber logrado la formalización no más de 20,000 mineros informales, los cuales resultan menos del 50% de los mineros que iniciaron el Proceso de Formalización Minera Integral.

120. Dicho esto, para el término del Proceso de Formalización Minera, aproximadamente un 40% de los mineros informales inscritos en el REINFO habrán logrado la formalización. Sin duda, porcentualmente este número nos es demasiado alto, pero si lo comparamos con los datos del antecesor procedimiento, el Proceso de Formalización Minera, contenidos en el estudio de la Defensoría del Pueblo, el cual señala que solo habrían logrado la formalización 631 mineros (2013: 8), sin duda los resultados de este nuevo Proceso de Formalización Minera Integral son largamente superiores.

121. En tal sentido, podemos llegar a la conclusión que, si se logra llegar a la meta de 20,000 mineros formalizados en el marco del Proceso de Formalización Minera Integral, este procedimiento de formalización habrá tenido mucho más éxito y habrá superado largamente a su antecesor Proceso de Formalización Minera. Sin embargo, los resultados no serán del todo positivos, teniendo en cuenta que menos del 50% de los participantes del Proceso de Formalización Minera Integral habrán logrado la formalización.

122. En este punto, conviene recordar que tanto el Proceso de Formalización Minera Integral como su antecesor Proceso de Formalización Minera, fueron concebidos de tal manera que se otorgó un plazo a los mineros informales para operar en la “informalidad”, plazo en el cual se debía de cumplir con todos los requisitos para incorporarse a la formalidad.

123. Dicho plazo vencerá en junio de 2020, lo cual significará que en ese momento solo podrán seguir operando aquellos sujetos que hayan cumplido con todos los requisitos del Proceso de Formalización Minera Integral, siendo que los que no hayan cumplido con estos requisitos deberán dejar de realizar actividades mineras, bajo sanción de ser considerados mineros ilegales.
124. Estando a que, lo proyectado por el Ministerio de Energía y Minas es que 20,000 mineros informales cumplan con todos los requisitos del Proceso de Formalización Minera Integral, para junio del año 2020 tendremos que los restantes 30,000 inscritos en el REINFO deberán dejar de realizar actividades mineras inmediatamente.
125. Sin duda, esto es una potencial fuente de conflictos, ya que como señala Belaunde Moreyra, los mineros informales cuya actividad sea proscrita estarán dispuestos a protestar por la eliminación o ilegalización de su principal fuente de ingresos.
126. En tal sentido, el Estado tiene un importante reto en determinar si es que (i) efectivamente estos 30,000 mineros informales deberán retirarse de la actividad minera, para lo cual deberá idear un mecanismo idóneo para tal fin; (ii) se ampliará el plazo del Procedimiento de Formalización Minera Integral, con el objetivo de que un mayor número de mineros logre formalizarse; o si (iii) creará un nuevo procedimiento de formalización distinto al vigente Proceso de Formalización Minera Integral.
127. Independientemente de la determinación que adopte el Estado en relación a lo descrito en el párrafo anterior, consideramos que es imperativo que el Estado tome una decisión final respecto a proibirá la minera informal, igualándola a la minera ilegal, o por el contrario decidirá seguir permitiendo la realización de la actividad minera sin cumplir con todos los requisitos de nuestro ordenamiento jurídico, promoviendo su ingreso a la formalidad. Decisión que se ha venido posponiendo incomprensiblemente.

4. Conclusiones

Habiendo realizado una descripción de la minería informal – y sus diferencias con la minería ilegal –, sus impactos ambientales, y habiendo analizado tanto la regulación

general de esta actividad como específicamente el Proceso de Formalización Minera, hemos arribado a las siguientes conclusiones:

128. Existe un régimen especial para la pequeña minería y minera artesanal, el cual se diferencia del régimen general minero (mediana y gran minería), entre otras cosas, en que permite realizar actividad minera sin cumplir con todos los requisitos y condiciones previstos en nuestro ordenamiento jurídico (informalidad), promoviendo su formalización.

129. Si bien pueden parecer iguales, la minería informal y la minería ilegal son actividades distintas, siendo la minería ilegal una actividad que causa muchos más perjuicios para el ambiente, la sociedad y los derechos humanos, motivo por el cual el Estado ha optado por proscribirla totalmente. En contraposición, el Estado ha optado por promover la formalización de la minería informal, ponderando que si bien, es una actividad que se realiza al margen del ordenamiento jurídico, los beneficios económicos y sociales que puede traer su formalización son mayores. Por tal motivo, el Estado ha creado procedimientos e instrumentos específicos para tal fin.

130. La formalización minera ha estado orientada al régimen especial de pequeña minería y minera artesanal, partiendo de la premisa de que estas actividades al ser de menor escala generan menores impactos ambientales. Sin embargo, esto no necesariamente es así, ya que muchas veces estos mineros realizan actividades en conjunto, lo cual genera impactos ambientales acumulativos, los cuales pueden ser equiparables o superiores a los del régimen general minero. Lo cual evidencia, que no necesariamente la regulación de la minería informal ha estado correctamente concebida.

131. La regulación de la minería informal no se ha mantenido uniforme, siendo que han existido tres (3) grandes momentos en la regulación, con la Ley de Formalización, en el año 2002, el Proceso de Formalización Minera en el año 2012 y el Proceso de Formalización Minera Integral en el año 2017. Si bien, cada uno de estos momentos han tenido particularidades y herramientas específicas, salvos matices, los resultados obtenidos han sido bastante similares.

132. El vigente Proceso de Formalización Minera Integral ha traído algunas disposiciones positivas las cuales han coadyuvado a lograr mejores resultados en la formalización minera. Sin embargo, como ya explicamos este procedimiento ha dejado de lado la protección ambiental permitiendo una flexibilización ambiental desmedida. Al respecto, el Estado ha venido permitiendo por un lapso bastante prolongado (el cual además es constantemente ampliado) la operación de mineros informales sin contar con un instrumento de gestión ambiental aprobado, es decir sin un pronunciamiento de la autoridad respecto de la viabilidad ambiental de un proyecto. Esto, no solo vulnera el derecho humano a gozar de un ambiente sano y equilibrado y vulnera normas de rango legal como la Ley del SEIA, sino que vulnera principios inherentes al derecho ambiental como el de sostenibilidad, prevención, internalización de costos y responsabilidad ambiental.

133. La situación detallada en el párrafo anterior sin duda es preocupante, ya que demuestra el poco interés del Estado para con la protección ambiental y los derechos humanos conexos, priorizando los intereses políticos, económicos y hasta sociales relacionados a la minería informal.

134. De acuerdo con uno de los casos emblemáticos más recientes en materia de minería informal, el caso Baca Casas, el OEFA no es competente para aplicar el principio de primacía de la realidad en minería a los mineros en proceso de formalización, ya que esto vulneraría competencias específicas del Ministerio de Energía y Minas y los Gobiernos Regionales. Si bien, desde el punto de vista meramente legal, esta postura es bastante sólida, entendemos que esta podría generar una desprotección desmedida al bien jurídico ambiente, situación que consideramos no ha sido correctamente ponderada.

135. Los resultados del Proceso de Formalización Minera Integral han mejorado en comparación a su antecesor Proceso de Formalización Minera, sin embargo, estos resultados no han sido los esperados, ya que solo se ha logrado que menos de un 50% de los participantes del Proceso de Formalización Minera Integral se formalicen.

136. Es necesario que el Estado tome una determinación firme sobre si se seguirá ampliando el plazo para la formalización de los mineros informales o si por el contrario el Estado optará por concluirlo, permitiendo operar solo a aquellos sujetos que hayan cumplido con todos los requisitos para entrar en la formalidad.



5. Bibliografía

ANDINA
2019

MINEM: Arequipa logra formalización de 1,243 pequeños mineros. 13 de octubre de 2019.

Fecha de consulta: 29 de octubre de 2019:

<https://andina.pe/agencia/noticia-minem-arequipa-logra-formalizacion-1243-pequenos-mineros-769557.aspx>

ANDINA
2019

MINEM apoya formalización de 896 mineros en Puno y Ayacucho. 4 de octubre de 2019.

Fecha de consulta: 29 de octubre de 2019:

<https://andina.pe/agencia/noticia-minem-apoya-formalizacion-896-mineros-puno-y-ayacucho-768738.aspx>

BELAUNDE, Martín
2013

Derecho Minero y concesión. Quinta Edición. Editorial San Marcos: Lima.

DEFENSORÍA DEL
PUEBLO
2013

Gestión del Estado frente a la minería informal e ilegal en el Perú. Informe 160. Lima.

GESTIÓN
2019

MEM: Se formalizará a 10,000 mineros artesanales en 2019. 1 de febrero de 2019.

Fecha de consulta: 29 de octubre de 2019:

<https://gestion.pe/economia/mem-formalizara-10-000-mineros-artesanales-2019-257520-noticia/>

IPENZA PERALTA,
Cesar A.
2013

Manual para entender la pequeña minería y minería artesanal y los Decretos Legislativos vinculados a la minería ilegal. SPDA: Lima

JAUREGUI,
Gabriela.
2014

Minería Ilegal: El largo camino hacia la formalización. Semana Económica. 18 de mayo de 2014.

Fecha de Consulta 5 de junio de 2017:

<http://semanaeconomica.com/article/sectores-y-empresas/mineria/137147-mineria-ilegal-el-largo-camino-hacia-la-formalizacion>

- MAAP
2018
- Informe: Minería Aurífera Alcanza Máximo Histórico en la Amazonia sur peruana.
- Fecha de consulta: 11 de octubre de 2019.
- <https://maaproject.org/2019/peru-mineria-2018/>
- MONCADA,
Andrea
2016
- Entrevista a Luis Egocheaga en Semana Económica. 26 de diciembre de 2016.
- Fecha de consulta: 11 de octubre de 2019.
- <http://semanaeconomica.com/article/sectores-y-empresas/mineria/208194-se-debe-continuar-con-el-programa-de-formalizacion-minera/>
- OEFA
2013
- Informe 2013 de Fiscalización Ambiental a la Pequeña Minería y Minería Artesanal
- https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=8368
- OEFA
2016
- Guía para la fiscalización ambiental a la pequeña minería y minería artesanal.
- <http://www.oefa.gob.pe/wp-content/uploads/2016/08/Gu%C3%ADa-para-la-fiscalizaci%C3%B3n-ambiental-a-la-PM-y-MA-FINAL-11.08.16.pdf>
- PULGAR VIDAL
OTAROLA, Manuel
y Mariano CASTRO
SANCHEZ-
MORENO
2017
- Perdonando el delito y retrocediendo en el proceso: Análisis de los Decretos Legislativos dictados entre octubre de 2016 y enero de 2017 para la formalización de la minería artesanal y el control de la minería ilegal. Lima.
- Fecha de consulta: 11 de octubre de 2019
- <https://es.scribd.com/document/336073106/Decretos-Legislativos-mineria-ilegal-versio-n-para-publicacio-n>
- SENACE
2016
- Manual para la Evaluación del Estudio de Impacto Ambiental Detallado (EIA-D). Lima
- Fecha de consulta: 29 de octubre de 2019
- <https://www.senace.gob.pe/wp-content/uploads/2016/10/manual-mineria-mhk2.pdf>

- SPDA
2014 La realidad de la minería ilegal en países amazónicos. Primera Edición. SPDA: Lima.
- SPDA
2016 Minería Ilegal: Áreas Naturales Protegidas en peligro. Primera Edición. SPDA: Lima.
- TORRES
CUZCANO, Victor
2015 Minería Ilegal e Informal en el Perú: Impacto Socioeconómico. CooperAcción. Lima.
- ZEGARRA
MULANOVICH,
Gonzalo
2014 Minería Ilegal: El reto de formalizarla es no desincentivarla. Semana Económica. 18 de marzo de 2014.
- Fecha de consulta: 11 de octubre de 2019
- <http://semanaeconomica.com/article/sectores-y-empresas/mineria/134103-mineria-ilegal-el-reto-de-formalizarla-es-no-desincentivarla/?ref=a-ari>

