



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACION
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS:

**“LA EFECTIVIDAD POLÍTICA CRIMINAL EN MINERÍA ILEGAL
DENTRO DEL CONTEXTO DE DERECHO PENAL AMBIENTAL EN
EL PERÚ”**

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER:

JUANA SEGURA ALTAMIRANO

ASESOR:

DR. ENRIQUE RODAS RAMÍREZ

LINEA DE INVESTIGACION: DERECHO AMBIENTAL

PIMENTEL; PERÚ - 2021

“La efectividad política criminal en minería ilegal dentro del contexto de derecho penal ambiental en el Perú”

Bachiller

Asesor

Aprobado por:

Presidente

Secretario

Vocal

Dedicatoria

A Dios, mis padres y familia.

Agradecimiento

A la Universidad de Chiclayo, sus catedráticos.

RESUMEN

En la actualidad son notorios los efectos negativos que causa la actividad minera ilegal en los ecosistemas y lugares de extracción y más aún si se incrementó en nuestro país, ya sea que se trate de minería metálica y no metálica, una forma de contrarrestar dicha ilegalidad es por medio de la coacción intrínseca del Derecho Penal a través de la tipificación de estas conductas contrarias al derecho a fin de sancionar las mismas y evitar que se siga afectando de manera considerable la riqueza de ecosistemas de un país tan privilegiado como el nuestro.

Objetivo general: Determinar el nivel de eficacia de la política criminal implementada para hacer frente a la minería ilegal dentro del contexto de la legislación del derecho penal y ambiental en el Perú.

Por ser una investigación dogmática, no se consideran ámbitos espacial ni temporal, tampoco no se tomará universo y muestra, pues se tomará como referencia casos emblemáticos.

Esta actividad de minería ilegal e informal, deja factores contaminantes en el aire, agua y suelo, éstas son originadas por máquinas y técnicas empleadas para la extracción del oro, las máquinas excavadoras dejan gases tóxicos y esto contribuye a la contaminación del aire, además las máquinas llamadas bombas o pistolas que con su efecto a presión de agua genera la destrucción de la capa vegetal y el derivo de árboles, lo que ocasiona un pasivo ambiental que duraría siglos para recuperarse.

ABSTRACT

At present, the negative effects caused by illegal mining activity on ecosystems and extraction sites are notorious, and even more so if it increased in our country, whether it is metallic and non-metallic mining, one way to counteract said illegality is by means of the intrinsic coercion of Criminal Law through the classification of these behaviors contrary to the law in order to sanction them and prevent the richness of ecosystems of a country as privileged as ours from continuing to be considerably affected.

Course objective: To determine the level of effectiveness of the criminal policy implemented to deal with illegal mining within the context of the criminal and environmental law legislation in Peru.

As it is a dogmatic investigation, spatial or temporal areas are not considered, nor will the universe and sample be taken, since emblematic cases will be taken as a reference.

This illegal and informal mining activity leaves polluting factors in the air, water and soil, they are caused by machines and techniques used to extract gold, excavating machines leave toxic gases and this contributes to air pollution, in addition to the machines called pumps or guns that with their effect under water pressure generate the destruction of the vegetal layer and the drift of trees, which causes an environmental liability that would last centuries to recover.

INDICE

Dedicatoria	3
Agradecimiento	4
RESUMEN	5
ABSTRACT	6
I.- INTRODUCCIÓN	8
II.- MARCO TEÓRICO.....	15
IV.- METODOLOGÍA	83
4.1.- Tipo de investigación	83
4.2.- Diseño de investigación.....	83
4.3.- Escenario de estudio.	83
4.4.- Participantes.	84
4.5.- Técnicas e instrumentos de recolección de datos.	84
4.6.- Procedimientos de recolección de datos e informaciones.	84
4.7.- Análisis estadístico de los datos.....	84
4.8.- Rigor científico	85
CONCLUSIONES.....	86
RECOMENDACIONES	87
BIBLIOGRAFÍA	88

I.- INTRODUCCIÓN

La Realidad problemática señala que : Las normas que se han regulado bajo el funcionamiento de la actividad minera, relativas a los temas ambientales, tributarios, sociales y laborales pueden ser identificadas según las etapas de la cadena de valor, La línea de tiempo que sigue el ciclo de un proyecto de inversión minero, que inicia por el cateo y prospección, la exploración minera y la decisión de explotar o no el recurso, el desarrollo y construcción, la producción o explotación y el cierre de minas. El marco normativo fue reformado a inicios de los años 90' con la expresa finalidad de alentar la llegada de inversión extranjera al sector. Entre las principales normas podemos citar:

Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería aprobado por el Decreto Supremo N° 014-92-EM; Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero, Decreto Legislativo N.º 708; Ley N.º 27343, Ley que regula los contratos de estabilidad jurídica con el Estado al amparo de las leyes sectoriales; el Decreto Supremo N.º 162-92- EF (Reglamento de los Regímenes de Estabilidad Jurídica; Decreto Legislativo N.º 662 Aprobación del régimen de estabilidad a la inversión extranjera; Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales (Ley N° 26821).

En ello, en el transcurso de los años, podemos resumir que la historia de la Minería, dentro del marco Legal, se aprecia en las evoluciones cronológicas de las normas principales, así como también evoluciones económicas.

En la actualidad son notorios los efectos negativos que se causa la actividad minera en los ecosistemas y lugares de extracción y más aún si se incrementó la informalidad en nuestro país respecto a esta actividad, ya sea que se trate de minería metálica y no metálica, una forma de contrarrestar dicha informalidad es por medio de la coacción intrínseca del Derecho Penal a través de la tipificación de estas conductas contrarias al derecho a fin de sancionar las mismas y evitar que se siga afectando de manera considerable la riqueza de ecosistemas de un país tan privilegiado como el nuestro. Sin embargo, se advirtió una desproporcionalidad en la tipificación de los delitos de minería ilegal, frente a la tipificación de los delitos contra los recursos naturales, ya sea por la aplicación del principio de oportunidad para los delitos de minería y sus agravantes, siendo esto muy cuestionado por el hecho de que se trata de delitos

contra recursos naturales no renovables, como son los minerales, o por las ventajas tributarias, exoneraciones y demás beneficios administrativos del derecho en general que le otorga la norma a esta actividad en su desarrollo formal.

Se tiene que la tipificación, respecto a los delitos ambientales, se encuentran tipificados en el Código Penal, en su Título XIII como Delitos Ambientales, Primer Capítulo como Delitos de Contaminación y Segundo Capítulo como Delitos contra los Recursos Naturales, y desde ese entonces se reconoce al Ambiente como un bien jurídico protegido; en el año 2005 se promulga la Ley General del Medio Ambiente - Ley N° 28611, en la cual se ganó batalla conceptual y legislativa, deja aun la gran lección que para la gestión e implementación de una norma, es fundamental la concertación de los actores; asimismo tenemos la Ley N°26839 Ley sobre la conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica; luego se tiene la creación de la importancia de la creación de Fiscalías especializadas en materia Ambiental, juzgados especializados y que decidan sobre estos procesos.

Existen dos tipos de problemas, unos comunes al resto de delitos, no solo los ambientales como las carencias logísticas (falta de recursos para una adecuada persecución de la actividad minera ilegal), y un problema mayor: nuestro vasto territorio nacional, el cual hace muy costosa una adecuada labor de prevención.

Por otro lado, en el sentido estrictamente jurídico, existen errores muy graves en el diseño de los tipos penales de minería ilegal.

Para muestra de ello, podemos centrarnos en el tipo base del delito de minería ilegal.

En primer lugar, el tipo -a raíz de la reforma introducida por el Decreto Legislativo N° 1351- establece que el acto de minería ilegal debe recaer sobre recursos minerales metálicos y no metálicos. El uso del conector y obliga a que el acto minero -de forma simultánea- recaiga sobre ambos tipos de recursos. Aparentemente no habría mayor problema con ello; sin embargo, en la práctica la acción minera recae sobre un recurso metálico o uno no metálico, no sobre ambos de forma simultánea. En buena cuenta, quien busca un mineral metálico como el oro no busca a la par extraer un mineral no metálico como el mármol.

Por ello, el craso error en mención llama poderosamente la atención, sobre todo si tenemos en cuenta que el tipo original establecía el conector correcto o, con lo que el acto minero podía recaer sobre cualquiera de los dos minerales indistintamente.

En segundo lugar, el tipo penal genera un problema de certeza cuando usa el término u otros actos similares, que hace referencia a otros actos mineros distintos a la exploración, la extracción y la explotación. La intención del legislador -siendo muy generosos con esta suposición- posiblemente fue incluir a todos los actos que formen parte del proceso minero. Sin embargo, al usar tan poco afortunada expresión, el legislador no consideró que -desde un punto de vista técnico- los actos mineros son distintos entre sí.

El planteamiento del problema es que, los únicos actos mineros que están sancionados por el tipo penal son la exploración y la explotación, pues la extracción en realidad está incluida dentro del acto de explotación. De ahí que no sea posible incluir dentro del ámbito objetivo de este delito a otros actos mineros como el beneficio (proceso de separación del mineral de los elementos no deseados a través de métodos usualmente químicos), pues dicho acto minero no es similar, ni a la exploración (proceso para determinar la existencia de un yacimiento y sus reservas), ni a la explotación (extracción del mineral del yacimiento).

Por una opción política criminal, el delito de minería ilegal fue colocado dentro de los delitos de contaminación. Este no es un asunto superficial. Por el contrario, haberlo hecho limita muchísimo la interpretación que se puede hacer del daño ambiental, el cual solo podrá entenderse -si se es coherente con la ubicación del tipo- como un tipo de daño ambiental: la contaminación. Consecuentemente, el delito no debería llamarse delito de minería ilegal, sino delito de contaminación ambiental cometido con ocasión de un acto minero ilegal.

Considero que el acto minero de beneficio sí se encuentra sancionado penalmente. Sin embargo, a causa de la indebida técnica legislativa expuesta, la conducta no configura el tipo penal de minería ilegal (artículo 307-A), sino un delito de contaminación ambiental (Artículo 304°).

Si el tipo penal de minería ilegal hubiere usado una fórmula como u otros actos mineros o u otros actos que forman parte del proceso minero, no quedaría duda alguna de que los actos de beneficio formarían parte del tipo objetivo del delito de minería ilegal. No obstante, dado que la acción ilegal de beneficio es una acción que puede causar o causa un acto de contaminación, la correcta ubicación de este tipo penal es el tipo base de contaminación ambiental, al cual se remiten todos los actos de contaminación. Asimismo, es posible agregar que, al ser una actividad usualmente subrepticia, podría incluso afirmarse que constituye la agravante, esto es: el artículo 305°, inciso 3. Código Penal.

Finalmente, se agrega que existe un aspecto muy positivo en que el beneficio no forme parte del delito de minería ilegal: al no ser una conducta sancionada por este delito, sino por el delito de contaminación ambiental, no le alcanzan los efectos de la eximente por razón de formar parte del proceso de formalización minera. En buena cuenta, el minero que realiza un acto de beneficio comete la conducta tipificada en el artículo 304, el cual no se encuentra dentro del ámbito de delitos por los que se exime de responsabilidad penal por formar parte del proceso de formalización minera, con lo que sería posible perseguir penalmente a aquellas personas que cometen este acto ilícito.

Ante tal panorama, se consideran otros problemas jurídicos respecto a la persecución penal de la minería ilegal.

Si la persecución ya era compleja por la mala técnica jurídica del tipo base, existen dos limitantes bastante importantes que explican la baja tasa de condenas por este delito: el principio de oportunidad y, fundamentalmente, la exención de pena por incorporación al proceso de formalización minera.

El legislador, en su deseo de lograr la formalización de la mayor cantidad de mineros que operaban al margen de la ley, otorgó la exención de pena a quien se incorporase al proceso de formalización minera. Ergo, si una persona presentaba su declaración de compromisos dentro del plazo legal, estaba exenta de responsabilidad penal. En consecuencia, la persona no podía ser objeto de interdicción, ni mucho menos pasible de persecución penal. El hecho era típico, antijurídico, culpable, pero -por esta razón de política criminal- no era punible.

Considerar las consecuencias que ha llevado la política criminal implantada, en donde los mineros informales carezcan de incentivos reales para

formalizarse, siendo su verdadero interés permanecer en el proceso de formalización.

Esto por conseguir incorporarse a la legalidad si estando al interior del proceso de formalización, goza de los beneficios de la legalidad, sin pagar los costos que ella impone.

El minero informal puede seguir explotando el recurso mineral sin pagar los tributos por ello, puede seguir contaminando el ambiente y evitar ser perseguido penalmente. En suma, se ha creado lo que en la teoría económica se denomina incentivo perverso.

La formulación Del problema es: ¿Cuál es el nivel de eficacia de la política criminal implementada para hacer frente a la minería ilegal dentro del contexto de la legislación del derecho penal y ambiental en el Perú?

La justificación e importancia de la investigación será: la presente investigación se justifica, porque nos permitirá analizar dentro del procedimiento o actuar de los mineros ilegales la importancia que tiene el proceso de formalización minera en la persecución del delito de minería ilegal.

Es importante porque analiza la actual configuración del proceso de formalización minera determina los escasos resultados en la lucha contra la minería ilegal. Como podemos ver, la actual política ambiental busca que los mineros informales se incorporen a la legalidad. Sin embargo, las interrogantes aún persisten respecto al actual incentivo perverso antes descrito y su deseo de ser mineros informales o legales.

La base de la información del propio Ministerio de Energía y Minas, podemos comprobar que solo el 3% de todos los mineros informales ha conseguido la ansiada formalidad. En ese contexto, me pregunto, ¿resulta idóneo mantener un proceso de formalización que tan malos resultados ha producido? Desde mi perspectiva, la respuesta es contundentemente negativa. Incluso afirmo mis dudas sobre la constitucionalidad de un proceso que afecta derechos y deberes fundamentales tan sensibles como el derecho a un ambiente sano y equilibrado, a la salud, y el deber del Estado de proteger los recursos naturales.

La investigación es importante en la medida que abarca varias propuestas técnicas que podrían encauzar mejor la persecución penal, y también mejorar el actual sistema de formalización minera. En el presente caso se analiza la exención de pena. Si se desea mantener la exención de pena, al menos debe eliminarse el incentivo perverso.

La exención debe otorgarse como consecuencia de que la persona reciba el permiso de inicio o reinicio de operaciones, y no por su sola incorporación al interior del proceso de formalización minera. De esa forma, el minero tendría un incentivo real para formalizarse: o se formaliza o la persecución penal que se seguiría en paralelo al proceso podría alcanzarle. Finalmente, si a ello se le suma un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que declare inconstitucional la prórroga del plazo del proceso de formalización minera, llevaría a que el minero informal sí tenga incentivos reales para formalizarse.

Los objetivos:

Objetivo general: Determinar el nivel de eficacia de la política criminal implementada para hacer frente a la minería ilegal dentro del contexto de la legislación del derecho penal y ambiental en el Perú.

Los objetivos específicos:

- Desarrollar la doctrina de la política criminal en los delitos ambientales en la legislación peruana.
- Explicar los aspectos generales de la doctrina y base legal respecto a la minería ilegal en el Perú.
- Analizar la casuística presentada en los casos desarrollados de minería ilegal en el derecho peruano.

La Hipótesis es: El tratamiento de la política criminal referente a la tipificación del delito de minería ilegal a diferencia con la tipificación de los delitos contra los recursos naturales tiene un resultado desproporcional, situación que se da en razón de la aplicación del principio de oportunidad en la casuística de minería ilegal agravada.

Las variables:

Variable independiente: Política criminal en minería ilegal

Variable dependiente: Derecho penal ambiental en el Perú¹⁰.

II.- MARCO TEÓRICO.

Los Antecedentes internacionales:

En Colombia. Asmad Velásquez, J. A. (2020). Vulneración del derecho a un ambiente sano y equilibrado en la Provincia de Virú a causa de la minería ilegal. En el marco de la Política Andina de Lucha contra la Minería Ilegal, el gobierno nacional adoptó medidas de tipo legislativo, administrativo y operativo, entre las que se encuentran normas para la importación y transporte de maquinaria pesada para la explotación de yacimientos mineros, así como para su destrucción cuando sea utilizada en actividades de exploración y explotación minera sin el lleno de requisitos legales. No obstante, en las actividades de extracción ilícita de minerales que se adelantan dentro del territorio nacional se emplea este tipo de herramientas .

Arango M. (2021). “La minería tradicional en Colombia y su criminalización: ¿ qué efectos ejerce el derecho positivo en la minería tradicional?. La minería en Colombia se desarrolla como actividad económica hace cientos de años, ha sido uno de los pilares del desarrollo económico de varias regiones del país y actualmente es una de las principales fuentes de inversión extranjera. Existe una variedad de conceptos y definiciones para calificar y regular la actividad minera que es importante conocer y diferenciar, entre los cuales se encuentran: la pequeña, mediana y gran minería; la minería de subsistencia, tradicional e informal y la minería ilegal y criminal. Para regular dicha actividad, se cuenta con el Código Minero, el cual representa la principal norma, pero también hay una pluralidad de normas que buscan controlar la actividad tanto administrativa como penalmente de las cuales se analizan algunas y las críticas que estas han recibido, además se analiza la actuación e interés del legislador desde algunos elementos de la criminología”.

Azpilcueta, M. (2018). “Señala que, los Ilícitos penales derivados de la minería ilegal de oro en el Perú: caso Madre de Dios. M+ A, revista electrónica de medioambiente, 19(2), 159-177. El presente trabajo de investigación aborda los delitos derivados de la minería ilegal de oro en el Perú, identificando en un primer momento el contexto social y económico que rodea esta actividad y, diferenciando a esta de otros tipos de minería no formalizadas. Así mismo, se exponen los motivos que han llevado al Estado peruano a criminalizar esta

conducta, que hasta hace unos pocos años (2012) era sancionada con multa y decomiso al amparo de las normas del derecho administrativo. La preocupación por el Medio Ambiente y la estabilidad de los ecosistemas ha llevado al Estado peruano a la implantación de un nuevo marco jurídico que permita combatir con mayor eficiencia la actividad minera ilegal, introduciendo en escena al derecho penal para que bajo amenaza de una pena severa pueda servir como instrumento disuasorio para reducir la actividad de minería ilegal y el grave daño, si acaso irreversible, que esta causa al medio ambiente por el uso de mercurio, dragas y otros instrumentos y, equipos similares, igualmente dañosos. Así pues, a partir del año 2012 y a raíz de la dación del DL 1102 en el Perú existe un delito de minería ilegal, este delito, que, si bien es cierto, abarca al conjunto de minerales metálicos y no metálicos, tiene como fundamento principal la lucha contra la minería ilegal de oro que se desarrolla en Madre de Dios, la cual genera un grave daño sobre el medio ambiente y sus componentes en esta región de la amazonía peruana caracterizada por su riqueza en biodiversidad”.

Campos Ponce, R. L. (2021). “En su tesis Delitos ambientales en la minería ilegal aurífera en el distrito de Suyo-Ayabaca-Piura 2019. Los Delitos Ambientales en la Minería Ilegal en el Distrito de Suyo – Ayabaca – Piura 2019, permite determinar los delitos ambientales generados por la actividad minera ilegal aurífera que se práctica en nuestro país desde hace muchos años atrás, con limitada regulación socioambiental de parte del Estado. Los micro-extractores ilegales auríferos en el Distrito de Suyo, expolían concesiones, terrenos de Comunidades Campesinas o del Estado; la misma, genera grandes daños ambientales que impacta directamente en la calidad ambiental y salud ambiental, en el entorno social, las mismas que pueden ser considerados como delitos ambientales, enmarcada en el Título XIII Delitos Ambientales, Capítulo I Delitos de Contaminación (Artículos 304-.307). Delitos de Minería Ilegal (Artículos 307-A-307- F) (Código Penal, 2016, pp. 190 - 192). Capítulo II Delitos contra los recursos naturales (Artículos 310, 311-313). Capítulo III Responsabilidad funcional e información falsa (Artículo 314). Capítulo IV Medidas cautelares y exclusión o reducción de pena (Artículos 314-C - 314-D) (Código Penal, 2016, pp.196, 198, 200). Para el desarrollo de la Tesis se utilizó el método general científico y como método específico el método descriptivo correlacional (Hernández, Fernández, 2007, p. 63), ya que ello, permite evaluar la relación entre dos variables en un contexto particular; el método jurídico,

permite obtener una visión lo más aproximada posible a la verdad de la materia jurídica y la: diferentes líneas metodológicas (Sánchez, 2018)., el diseño general aplicado de investigación fue descriptivo correlacional (Hernández y Baptista, 2007, pp 143 – 146). Concluyendo, que esta actividad ilícita, contraviene a uno de los derechos fundamentales de la persona, gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida (Constitución Política del Perú, 1993, p.3), a lo que se señala toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida (Ley General del Ambiente, 2005, p.302291)”.

En las bases teóricas se tiene:

La minería en el Perú.

Antecedentes y actualidad nacimiento, evolución y desarrollo de la minería en el mundo y en el Perú.

La formación del mercado interno ha sido un tema recurrente dentro de la historia económica. En el caso de América Latina esta preocupación fue todavía más aguda, puesto que del desarrollo de dicho mercado parecía depender no sólo el aumento de la división del trabajo y el consiguiente repliegue del sector de autoconsumo, sino también, a fin de cuentas, la conformación de una unidad nacional y la consolidación del Estado como institución positiva de la nación.

En un conjunto de artículos publicados en diversas revistas latinoamericanas a lo largo de la década de 1970, Carlos Sempat Assadourian trasladó la inquietud por la formación del mercado interno en la región andina al estudio de la historia colonial temprana. (Flores, 1989, P.223).

Ésta fue una innovación importante, puesto que hasta entonces (cierto que la preocupación por el nacimiento del mercado interno era aún reciente) la indagación se había desarrollado sobre todo dentro del periodo poscolonial, prestando especial atención a los sectores de exportación.

La producción minera que hasta los años finales del siglo XIX consistió casi enteramente en metales preciosos, como la plata y el oro se destinaba también, desde luego, a los mercados foráneos, pero su circuito interno de producción tenía poderosos efectos dentro de la economía local, según lo demostró Assadourian. Estos se daban tanto en el nivel de la demanda de insumos para

la producción y de bienes de consumo para la población de los campamentos, como en el de la formación de un mercado de trabajo y de la percepción de ingresos para el Estado local. La minería era entonces un sector de exportación, pero no era un enclave.

Pero si ese era el modelo de la minería colonial temprana, ¿hasta cuándo se mantuvo? Ya hacia el final del periodo colonial diversos observadores europeos advirtieron el atraso técnico de la minería americana. ¿Se trataba sólo de un prejuicio europeísta hacia la técnica criolla, como lo denunciaron los mineros peruanos de entonces y lo siguen haciendo hasta hoy algunos historiadores, o se trataba de un atraso real? Este aspecto encierra una importancia fundamental, puesto que una de las bases sobre las cuales reposó el efecto multiplicador de la minería colonial en la economía interna fue el control local de la tecnología. Pero háyase tratado de atrasos técnicos reales o de supercherías europeas, lo cierto fue que hacia la década de 1870 el arcaísmo en la producción minera americana era ostensible. Todo, o casi todo, debió desde entonces importarse de Europa en este terreno: ferrocarriles, bombas y máquinas de desagüe, sistemas de iluminación para las galerías subterráneas y de beneficio para los minerales”.

Otro asunto significativo tiene que advertir con la alineación del mercado laboral.

En “este campo también ocurre algo similar a lo reseñado respecto de la tecnología. Esto es, que cuando uno trata de trasladarse con el modelo historiográfico minero de Assadourian hacia épocas posteriores el siglo XIX, por ejemplo, queda bastante perplejo. El pujante mercado laboral que habría venido desarrollándose desde 1600 en adelante, parece quedar reducido a la nada después de la independencia. ¿Dónde quedaron los indios mingas que acudían volando y en competencia a buscar empleo en las plazas mineras de Potosí, Pasco o Castrovirreina? En cualquier parte, menos en los campamentos. Tal parece así que, a pesar de todo el efecto mercantilizador de la minería en la economía campesina andina, ésta siguió requiriendo hasta épocas muy recientes de una presión extraeconómica para incursionar en el mercado laboral. Incluso cuando esta incursión fuese de manera solamente estacional. Debió esperarse hasta una época tan tardía como la década de 1950 para que

el execrado método del enganche de campesinos desapareciera en, al menos, la mediana y gran minería peruana.

El otro tema en el que he incursionado es el de la relación entre minería, inversión extranjera y desarrollo económico, como quedo dicho. En Perú, al igual que en otros países mineros latinoamericanos, la inversión extranjera en el sector se inició en las décadas finales del siglo XIX, y se halló asociada tanto a la modernización técnica de la infraestructura productiva y de comercialización como al cambio de una minería fundada en los metales preciosos en una basada en metales industriales, como el cobre, el hierro y otros. Diversos autores se han preguntado si la desnacionalización del control del sector minero era un costo imprescindible para la modernización productiva y la reinserción de la minería peruana en el mercado mundial (tras un debilitamiento de la presencia en el mismo ocasionada por la caída en el precio de la plata a partir de la década de 1870). Ello supone, como lo intentaron Rosemary Thorp y Geoffrey Bertram, emprender un ejercicio de historia contrafactual: ¿hubieran sido los mineros nacionales capaces de ejecutar dicha modernización sin el concurso de las empresas extranjeras?, ¿qué impedimentos hubo para ello?

De otro lado, la historiografía también se ha preocupado por indagar el efecto que la inversión extranjera significó para la relación establecida entre la minería y la economía nacional. Al parecer, cambió drásticamente desde el momento en que los empresarios nacionales fueron desplazados por las firmas foráneas. Al menos ésta es la imagen más difundida dentro de la historiografía. El modelo antiguo, vigente desde el siglo XVI hasta los finales del XIX, y de acuerdo con el cual el funcionamiento del sector producía efectos de arrastre multiplicadores en las economías regionales, se habría visto cancelado. En adelante, la minería se habría transformado en un enclave.

Sin duda así sucedió en algunos aspectos. Los arrieros, por ejemplo, y con ellos los productores de ganado de transporte, se vieron desplazados por el ferrocarril. Algo similar ocurrió con canteros y trabajadores de las salinas, que frecuentemente eran indígenas, dándose el caso de que comunidades o pueblos enteros de ellos estaban especializados en estas actividades. Hasta entonces el sector minero se había integrado fuertemente a las economías regionales donde se ubicaba, pero a costa de su arcaísmo. La modernización en este sentido desintegró en alguna medida al sector de las economías locales.

Sin embargo, otros aspectos compensaron estas consecuencias negativas. En el nivel regional pudo observarse una mayor demanda de trabajadores para la minería moderna y desnacionalizada. El asiento de Cerro de Pasco en el Perú pasó, por ejemplo, de absorber unos 3 000 trabajadores hacia los años finales del siglo XIX a 18 000 tres décadas más tarde. La mayor parte de ellos provenían de los pueblos campesinos de la región de la sierra central, y gracias al ahorro de una parte de los salarios que ahora percibían en metálico, se financiaron diversas obras en sus pueblos (electrificación, puentes, etc.) y se mercantilizó la agricultura regional.

En el nivel nacional el Estado pudo obtener mayores recursos fiscales del sector minero, logrando de esta guisa una mejor capacidad de gasto, con lo que en varios casos se inauguraría un estilo populista de gobierno”.

Las “fuentes para el estudio de la historia minera peruana

Para el periodo colonial, el Archivo General de Indias resulta, por supuesto, un repositorio harto fructífero: La guía de Documentos existentes en el Archivo General de Indias. Sección de Lima de la Cátedra de San Isidoro, preparada bajo la dirección de Muñoz Pérez es de una valiosísima ayuda puesto que permite ir directamente al legajo y al documento pertinente sin mayor pérdida de tiempo. Además de la correspondencia y de los informes generales que sobre la marcha del sector se enviaban a España figuran para el siglo XVIII una gran cantidad de proyectos destinados a mejorar la situación de la explotación y la recaudación de los impuestos.

La documentación de este archivo permite estudiar los planes de reforma de la minería a lo largo de la época colonial; tanto los diseñados en el seno del Consejo de Indias como en Lima, la capital virreinal. Asimismo, la evaluación que en España se hacía de algunas instituciones o mecanismos creados para ayudar al sector (sistemas de trabajo forzado indígena, venta al crédito del azogue, bancos de rescate de la plata piña, etc.). Dentro de las series de Cajas Reales, en el mismo Archivo General de Indias, pueden seguirse los ritmos de venta del azogue y ferretería en las distintas oficinas regionales de expendio que como bien se sabe son útiles indicadores de la actividad minera. Se puede identificar en estos mismos libros quiénes son los compradores, los fiadores y si existe alguna estacionalidad en la adquisición de dichos insumas.

Dentro del Perú un archivo fundamental es, sin duda alguna, el del Tribunal de Minería, institución fundada en 1785 y que sobrevivió hasta unos quince años después de declarada la independencia. (Martinez, 1986).

Los papeles del antiguo tribunal se encuentran ahora en el Archivo General de la Nación, en Lima, componiendo un fondo llamado Minería. A pesar de la fecha tardía de la fundación de la institución, este archivo cuenta con documentos desde el siglo XVI puesto que heredó los papeles correspondientes que hasta entonces estuvieron en poder de otras instituciones. La documentación consiste en asuntos contenciosos por minas o avíos de minas, lo que permite estudiar temas tan interesantes como las relaciones entre los empresarios mineros y los aviadores que los financiaban; actas de sesiones, acuerdos y elecciones de representantes, tanto en las diputaciones locales como de la Junta Central en Lima; correspondencia con las autoridades locales (virrey, visitadores, superintendentes, etc.) así como la establecida entre Lima y las distintas diputaciones.

El fondo Minería comprende unos setenta legajos, pero carecen todavía de catalogación. Por el momento están divididos sólo por diputaciones y fechas extremas. El grueso de la documentación, como se puede uno ya imaginar, corresponde a la época de funcionamiento del Tribunal de Minería.

Refiriéndonos siempre al campo de la minería colonial, quedan por referir los archivos locales o que bien podríamos llamar de corregimientos. Los corregimientos mineros (es decir, aquellos como Huancavelica, Caylloma o Castrovirreyna, que habían sido creados precisamente a partir de un campamento minero descubierto) solían producir abundante documentación por la grande cantidad de litigios y desórdenes que ahí ocurrían: Huancavelica guarda, por ejemplo, uno de los más nutridos archivos de este tipo; lamentablemente, todo él arrumbado en un depósito húmedo y sin prestar servicio al público regularmente (al menos así se hallaba hasta hace pocos años).

Los principales campamentos mineros solían ser sede de diputaciones de minería a partir de la erección del tribunal. Los archivos de estas diputaciones han pasado en ocasiones a los archivos departamentales, donde se crearon fondos de Minería. En otras, han sido absorbidos por las actuales Direcciones Departamentales de Minería, organismos dependientes del Ministerio de Energía y Minas. Estos archivos locales permiten aproximarse a documentación muy

concreta, referida por ejemplo a acuerdos de trabajo para la habilitación de una mina entre un barretero y el propietario del denunció; para el beneficio de algunos cajones de mineral entre el dueño de los Después de 1870 mejora la documentación de la Dirección de Minería, a la vez que se escriben (y a veces se publican) informes sobre asientos mineros, posibilidades de un proyecto de inversión, etc., a cargo de ingenieros traídos del extranjero por optimistas empresarios o por los flamantes egresados de la Escuela de Construcciones Civiles y de Minas, fundada por el Estado en 1876. También desde esta época comenzaron a publicarse, aunque sin guardar mucha periodicidad, los padrones de propiedad de las minas para efectos fiscales y de control de los denuncios de vetas. En la década siguiente la ya citada Escuela de Ingenieros, junto con otros organismos (como la Sociedad Geográfica de Lima o la Sociedad Nacional de Minería), comenzó a publicar boletines o revistas periódicas que contenían valiosísima información para una historia económica de la minería de finales del siglo XIX. También pueden verse, en el mismo sentido, las tesis de los alumnos de la Escuela de Ingenieros. Tanto los artículos en las revistas como estas tesis de grado solían ser monografías de asientos mineros (que incluían noticias acerca de las facilidades o dificultades para conseguir mano de obra, el sistema de retribución a ésta, etc.), aun cuando también consistían en discusiones o interpretaciones del código de minería o del sistema impositivo que gravaba la producción, o la presentación de una nueva técnica de beneficio de minera les. Como se ve, toda esta información es sumamente valiosa para el historiador.

Es para esta época (finales del siglo XIX) que puede disponerse de algunos archivos, aunque no muy completos, de compañías mineras que en el siglo xx serían absorbidas por las compañías extranjeras que tomaron el control de la minería.

De acuerdo a los intereses particulares del investigador y a su paciencia también puede recurrirse a otras fuentes no directamente mineras. Por ejemplo, para poder encontrar los lugares de procedencia de los trabajadores de Cerro de Pasco durante el siglo XIX, eché mano de los registros de bautismos, matrimonios y defunciones del archivo parroquial de la ciudad cuya principal actividad era ciertamente la minería. A finales del siglo pasado, las empresas mineras debían remitir a la subprefectura una lista de sus operarios cada semana, para cumplir con disposiciones al respecto. Estas listas me fueron de

preciosa ayuda para poder establecer la estacionalidad de la migración laboral campesina a los centros mineros”. (Kingman, 1992, p. 175).

Así pues, “cada quien puede hallar un uso virtuoso a alguna fuente no específicamente minera para poder responder a sus preguntas. Es cuestión de imaginación, paciencia y habilidad en las relaciones públicas (puesto que algunos archivos, como los parroquiales o los sub prefecturales, no están en principio abiertos al público). Convencer a sus a veces celosos guardianes de las buenas intenciones de uno, no es siempre tarea fácil, pero también se encuentran en esto sorpresas agradables.

La independencia, la república. Primera legislación minera, Según el documento titulado Panorama de la Minería en el Perú elaborado por Osinergmin cuyos autores son Alfredo Dammert Lira y Fiorella Molinelli Aristondo, se aprecia la evolución cronológica de las principales normas legales relacionadas con el sector minero en el Perú.

Ordenanzas de Indias (antes de 1901), Durante la Colonia y toda la etapa republicana del siglo XIX, la minería estuvo reglamentada por las Ordenanzas de Indias y las disposiciones administrativas que las rectificaban o ampliaban.

Código de Minería de 1901, Iniciando el siglo XX, en 1901, se dicta el primer Código de Minería caracterizado por una mayor simplicidad y claridad respecto a los anteriores dispositivos administrativos.

Dicho Código estableció el principio de accesión por el cual el propietario del suelo también era propietario de los recursos minerales contenidos en él. Ello implica que no existía distinción entre la propiedad del suelo y el subsuelo para efectos del aprovechamiento diferenciado de los recursos minerales. Asimismo, estableció la propiedad privada minera legalmente adquirida, con carácter de irrevocable y perpetua salvo por caducidad debido al no pago de los impuestos correspondientes.

Con este Código, se crea la jurisdicción minera y un proceso administrativo especial para adquirir la titularidad minera. La administración minera fue encargada y ejercida por el Ministerio de Fomento del Poder Ejecutivo, el Consejo Superior de Minería y las diputaciones territoriales.

Código de Minería de 1950, En mayo de 1950, durante el gobierno de Manuel A. Odría y mediante Decreto Ley N° 11357, se aprobó el segundo Código de minería, el cual entró en vigencia a partir del mes de julio de dicho año. A diferencia del primero, se establece una distinción entre la propiedad del suelo y el subsuelo. Dicha distinción fue la base del llamado régimen dominalista en el cual el Estado, por primera vez y en concordancia con la Constitución de 1933, es concebido como el titular de los yacimientos mineros, es decir, el dueño del subsuelo. Mientras que el particular es propietario de los minerales una vez extraídos.

Este Código definió la explotación minera como una actividad de utilidad pública, es decir, una actividad de interés nacional. Por ello, se favoreció al concesionario minero con un marco menos restrictivo, generando problemas con el sector agrario. Bajo este marco legal, el titular minero pagaba un impuesto por las utilidades industriales y comerciales. Este impuesto no gravaba el capital y era considerado como un pago a cuenta del impuesto anual a las utilidades. Adicionalmente, se fijó una cláusula contractual que exoneraba por 25 años al minero de todo gravamen por crearse, sea éste de alcance nacional, regional o local, así como de cualquier tributo sobre la concesión o sus productos.

Ley General de Minería, Decreto Ley No. 18880 – (1971), En 1971, el régimen militar del general Juan Velasco Alvarado promulgó la Ley N° 18880, Ley General de Minería. Dicho instrumento legal, en concordancia con el régimen, justificó un mayor papel del Estado en la actividad minera al declarar la propiedad estatal de los yacimientos mineros como inalienables e imprescriptibles.

Con este Código, cualquier otra actividad conexas o asociada a las actividades de explotación minera era considerada de interés nacional. En consecuencia, se llevó a cabo la estatización de diversas empresas y organizaciones privadas presentes en todas las etapas de la actividad minera reduciéndose la actividad privada sujeta a un régimen de concesiones. En la siguiente tabla se mencionan otras disposiciones importantes contenidas en la Ley.

Con posterioridad al régimen de facto, el Congreso de la República, instalado con ocasión de la Asamblea Constituyente que emitió la Constitución de 1979, aprobó medidas de promoción minera entre los cuales se encuentra el

Decreto Legislativo No. 34 que versa una modificación del porcentaje de reinversión de utilidades necesario para la exención del pago de impuestos.

Ley General de Minería, Decreto Legislativo 109 – (1981), En 1981, mediante Decreto Legislativo 109, se promulgó una nueva Ley General de Minería. Dicha Ley otorgó el derecho pleno sobre el área de terreno que los concesionarios mineros denunciaban a partir de la realización de la solicitud. Sin embargo, la presencia estatal en el sector, especialmente a través de la actividad empresarial, siguió siendo importante. En la siguiente tabla se muestran otras disposiciones importantes contenidas en la nueva Ley.

Asimismo, durante el segundo gobierno del arquitecto Fernando Belaúnde Terry se dictó el Decreto Legislativo 110, que modificó la Ley Orgánica del Registro Público de Minería, con lo cual se pudo registrar los derechos mineros y todos los actos, contratos y resoluciones que recaían sobre éstos.

Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería – (1992), en 1992, mediante el Decreto Supremo N° 014-92-EM se promulgó el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley General de Minería. Constituye la fuente normativa vigente en materia minera en el país e incluye en el Decreto Legislativo 109 lo dispuesto en la Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero promulgada por el Decreto Legislativo 708 del 6 de noviembre de 1991”.

Entre los aspectos “más importantes se encuentra el mantenimiento de la propiedad estatal sobre los minerales de forma inalienable e imprescriptible y la liberación de la comercialización interna y externa de los minerales permitiendo a cualquier persona, y no sólo al Estado, su realización.

Asimismo, se adopta el régimen de cuadrículas mediante el uso de la Carta Nacional y el sistema de coordenadas U.T.M. (Universal Transversal Mercator), evitando así los problemas de superposiciones de derechos mineros, brindando así mayor seguridad jurídica. Por otro lado, se dispuso la inclusión de los minerales del suelo, subsuelo y dominio marítimo en las concesiones.

Por último, es necesario mencionar la reducción de la presencia estatal en la industria minera a partir de la adopción de las medidas incluidas en el Consenso de Washington para la Reforma Estructural de la economía. Mediante el Decreto Supremo N° 757 de diciembre de 1991 se dictó la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada. Dicha Ley inició el proceso de

privatizaciones de las empresas públicas de la década de los noventa cambiando el panorama de todos los sectores económicos, incluyendo el minero.

La minería un enfoque conceptual.

Las tensiones y conflictos socio-ambientales, los diferentes problemas que surgen como consecuencia del desarrollo de proyectos mineros en el Perú han sido objeto de numerosos estudios, básicamente porque evidencian las dificultades económicas y sociales para articular la creciente apuesta de los capitales nacionales y extranjeros a fin de invertir en proyectos mineros, que implica la obtención de ingentes ingresos¹ con la satisfacción de las necesidades y expectativas de los actores de los ámbitos nacional, regional o local para que sea evidente la existencia de una relación entre la minería y el desarrollo sostenible.

Abordar esta relación pasa por la comprensión de la lógica de la distribución de la riqueza, establecida por el Estado a través de mecanismos como el canon minero, el impuesto a la renta de tercera categoría, las regalías mineras y el fondo minero de solidaridad con el pueblo. Los trabajos 1. De acuerdo con información publicada en la página web del Ministerio de Energía y Minas (Minem), la Dirección General señala como logros de la entidad durante 2008 el que hasta octubre de ese año las exportaciones mineras alcanzaran los 16,3 mil millones de dólares (15,7% más que durante el mismo mes en 2007), que la minería represente el 59,4% del total de las exportaciones del país, más del 56% de la inversión extranjera neta; y que representa el 6,3 % del PBI.

Empresas Mineras y Población, esta temática es un referente académico útil para descifrar los conceptos e indicadores utilizados para crear estos instrumentos, su funcionalidad para repartir la riqueza obtenida a partir de la minería, su capacidad para generar bienestar económico y social, y su relevancia para el mantenimiento de la paz social y la gobernabilidad democrática. Al respecto, explica el tema haciendo referencia a tres grandes problemas como consecuencia de la lógica y distribución del canon minero: **primero**, la magnitud de los fondos disponibles, escasos si los comparamos con las necesidades que se enfrentan; **segundo**, los criterios de asignación del Estado, que atomiza los recursos y los reparte creando efectos regresivos (no favorece a los más pobres); y **tercero**, los problemas que tienen los gobiernos regionales y locales para

invertir de la mejor manera los recursos que finalmente reciben” (Barrantes et ál., 2005: 12).

Además, “los criterios de distribución han variado en diversas oportunidades desde su creación en junio de 2001, y los ingresos han generado malentendidos constantemente entre los actores locales y nacionales (público y privado), en parte por la lógica temporal sobre la base de la cual son distribuidos.

Ejecución de proyectos de inversión social, la ejecución de recursos obtenidos por las actividades mineras encuentra obstáculos en las jurisdicciones regional y local, los cuales de acuerdo con Arellano (2008) se traducen en la ausencia de capacidades técnicas para destinar recursos en grandes proyectos que generen impacto a gran escala, en disposiciones técnicas y normativas demasiado estrictas para realizar las inversiones como las del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP) y una muy fuerte presión por parte de las empresas y las autoridades nacionales y locales para invertir con rapidez estos recursos. Respecto de este punto, la actitud de las empresas se inclina hacia no querer cargar con toda la responsabilidad por la ocurrencia de conflictos, por lo cual intentan. El canon minero generado en un determinado año se distribuye 18 meses después de su recaudación.

Marco conceptual sobre minería y población 17 demostrar que la ineficiencia en la capacidad para gastar de las autoridades locales también tiene incidencia en la generación o el recrudecimiento de conflictos socio-ambientales. El Gobierno Central, en cambio, intenta tomar distancia transfiriendo el protagonismo del desarrollo local tanto a las empresas como a los gobiernos locales y regionales (Arellano, 2008: 77- 78).

Tipos de minería.

La Minería peruana se encuentra concentrada en los medianos y grandes productores. Considerando el tamaño de actividad, podemos clasificarla bajo dos criterios: según el tamaño de la concesión (i.e. según el número de hectáreas que poseen) y según la capacidad productiva (i.e. según el número de toneladas métricas que producen por día).

- 1) Gran minería. Cuando la actividad se realiza con una capacidad productiva mayor a 5000 TM (según el tamaño de la producción).
- 2) Mediana minería. Cuando la actividad se realiza con una capacidad productiva entre 350 y 5000 TM.
- 3) Pequeña minería. Cuando la actividad se realiza en un terreno menor a 2000 hectáreas y/o con una capacidad productiva entre 25 y 350 TM.
- 4) Minería artesanal. Cuando la actividad se realiza en un terreno menor a 1000 hectáreas y/o con una capacidad productiva menor a 25 TM.

Gran minería.

Este tipo de minería, (también llamada megaminería), se refiere a depósitos minerales que se explotan a través del uso de técnicas de minería a cielo abierto por la magnitud de proyectos planteados.

La minería a cielo abierto conocida también como minería a RAJO ABIERTO que es la que se está promocionado en América Latina y en el resto del mundo (Estados Unidos el 97% de los minerales se extraen mediante ésta técnica), corresponde a la apertura de inmensos cráteres en forma de bancos o escalones gigantes para extraer los minerales en las zonas en las que se ha verificado la existencia de estos, dichas aperturas afectan a gigantescas superficies.

La razón para que se esté utilizando esta técnica en la actualidad es porque los yacimientos más grandes y ricos del mundo disminuyen, y ya no resulta rentable para las empresas mineras utilizar la técnica subterránea que es mucho más costosa y peligrosa.

Hay una gran controversia con los ambientalistas, en cuanto a que las explotaciones no son controladas. En los impactos de contaminación, la experiencia demuestra que el poder real de lo tecnológico sobre los procesos de contaminación falla en todas partes del mundo y que los niveles de mitigación y control que prometen son solo metas. Muchos geólogos trabajan en medioambiente, pero las grandes empresas de minería a cielo abierto no siguen sus instrucciones, principalmente porque los países, sobre todo los menos desarrollados, no las controlan y un procedimiento absolutamente limpio les

encarecería la extracción. La solución, dado que los minerales se necesitan, es el absoluto y constante control de la explotación, y multar si corresponde.

Mediana minería.

La natural y creciente dificultad de encontrar grandes yacimientos permite visualizar que, en el mediano y largo plazo, las minas de mediana y pequeña escala pueden adquirir mayor presencia e importancia.

La mediana minería es un sector que tiene un potencial de desarrollo muy importante y, por tanto, es clave generar las condiciones para que ello ocurra. Es un área productiva que explota yacimientos que no son de interés para operaciones del tipo gran minería, con lo que se hace un aprovechamiento integral de los recursos mineros del país. Sus operaciones generan empleo y sustento socioeconómico en muchas localidades donde no existen otras fuentes laborales de importancia.

La valorización de la producción de la mediana minería es incluso superior a otros importantes sectores exportadores, como la celulosa y el vino. El valor de su producción excede los US\$ 2.500 millones al año.

En este escenario, la natural y creciente dificultad de encontrar grandes yacimientos mineros permite visualizar que, en el mediano y largo plazo, los yacimientos de menor escala pueden adquirir mayor presencia e importancia. Asimismo, existe una creciente demanda internacional por productos mineros para mejorar la calidad de vida de los habitantes del orbe. Chile tiene condiciones privilegiadas para ser un actor relevante como proveedor de muchos de estos productos, para lo cual necesita recurrir a todo su potencial de recursos.

Los desafíos que enfrenta la mediana minería son muy similares a los de la actividad minera en general.

Sabemos que sus costos operacionales suelen ser superiores a los de la gran minería dada sus economías de escala. Este mayor costo se compensa extrayendo y procesando minerales con mayores leyes. Con todo, las compañías de la mediana minería asumen esta situación trabajando en función de una mayor productividad, para lo cual están permanentemente incorporando más tecnología, innovación y gestión.

Además, este subsector de nuestra industria está enfrentando crecientes exigencias ambientales: la necesidad de mantener ambientes de trabajo más seguros, una buena relación con las comunidades, el acceso a mano de obra

calificada y el desarrollo de prácticas adecuadas de responsabilidad social. En su conjunto, todos estos aspectos son indispensables para una minería sustentable, objetivo al que la mediana minería se está orientando, conjugando para ello los aspectos comerciales, ambientales y sociales.

En su actual gestión, la mediana minería se está focalizando en procesos y tecnologías que permitan la extracción y tratamiento de minerales de menores leyes, la incorporación de más control de los procesos en línea y un mayor aprovechamiento de minerales mixtos y subproductos comerciales. Por tanto, es destacable su esfuerzo por modernizar sus operaciones junto con el aporte que hace al desarrollo de vastas zonas en el Norte del país.

La minería artesanal.

La llamada minería artesanal —o a pequeña escala— de oro es una actividad plenamente reconocible en el país desde mediados de la década de 1980. Su proliferación se debe sobre todo a una combinación de supervivencia y oportunidad, muy ligada a la creciente pobreza y a la falta de oportunidades de empleo. Este tipo de minería explota exclusivamente oro, y se encuentra en plena expansión debido a los altos precios de este metal.

A pesar de la amplia variedad de características de las operaciones que conforman la minería artesanal, se puede llegar al consenso de que trata de operaciones mineras de pequeña escala, que utilizan tecnologías rudimentarias e intensivas en mano de obra, y con poca exigencia en cuanto a salud, seguridad y cuidado ambiental.

Tradicionalmente, este tipo de actividad se ha concentrado en cuatro zonas: Madre de Dios, sur medio (Ica, Arequipa y Ayacucho), Pataz (La Libertad) y Puno. Recientemente se han identificado aglomeraciones de mineros artesanales en Yangas y Pucará, en la provincia de Canta, departamento de Lima (Romero y otros 2005); en Cajabamba, en la provincia del mismo nombre, departamento de Cajamarca (El Comercio 2007); y en Suyo, en la provincia de Ayabaca, departamento de Piura (Factor tierra 2006), entre otros.

En las zonas mencionadas, este tipo de minería se convierte en la actividad económica predominante y sostén de la economía local. Excepto en las diversas localidades de Madre de Dios, en todas las demás han surgido poblados que conglomeran a los mineros y a sus familias, lo que ha dado lugar al establecimiento de algunos servicios básicos como escuela y centro de salud.

Esto no quiere decir que su crecimiento sea desordenado y que haya una ausencia de planificación en el desarrollo de estos poblados. En el caso de la zona de Madre de Dios, los mineros suelen ir únicamente a trabajar y dejan a sus familias en sus lugares de origen o se trasladan hacia poblaciones cercanas, como la ciudad de Madre de Dios.

Respecto a la importancia económica de la minería a pequeña escala, esta representa el 12% de la producción nacional de oro, es decir, casi 21.000 kilogramos anuales. Este porcentaje se ha mantenido estable durante toda la última década. Aunque no se tiene un estimado oficial del número de mineros que se dedican a esta actividad, los estimados van desde las 20.000 personas hasta las 150.000; esta gran diferencia tendría que ver con la inclusión de personal a tiempo parcial e incluso de mano de obra infantil.

Un efecto negativo que acompaña a las operaciones de minería artesanal o en pequeña escala es su deficiente manejo ambiental. El uso intensivo de mercurio para amalgamar el oro, la emanación de gases y la dispersión de partículas de mercurio durante su quema hacen que esta actividad sea sumamente contaminante y que tenga grandes impactos sobre la salud pública. Los esfuerzos públicos para detener la contaminación han estado centrados en la provisión de retortas, herramientas que capturan los gases y las partículas de mercurio durante su quema. Sin embargo, los avances han sido limitados debido a la poca adecuación de estas retortas a la idiosincrasia y a las características del proceso productivo de los mineros.

Recientemente, se ha dado un incremento del uso de pozas de cianuración para el beneficio del oro. El impacto radica en la pobre preparación de las pozas, que pueden generar filtraciones, y en la disposición inadecuada de los relaves.

Otro de los principales problemas que enfrenta la minería a pequeña escala es su escasa formalización, lo que da paso a operaciones mineras muy inseguras, propensas a la sobreexplotación de mano de obra y generadoras de pasivos ambientales muy severos. Por otro lado, tal informalidad impide que el Estado regule el sector, que su producción se integre a los circuitos formales de comercialización de metales y que pague sus respectivos impuestos.

A pesar de que a partir de la segunda mitad de la década de 1990 el Ministerio de Energía y Minas lanzó programas para formalizar a este sector, como el Proyecto Minería Artesanal y Pequeña Minería (MAPEM) y el Proyecto Pequeña Minería y Minería Artesanal (PEMIN), Poco se avanzó debido a que la

solución requiere un enfoque integral. Al respecto, un estudio de Barreto (2002) refiere que el proceso de formalización de la minería en pequeña escala debe contemplar las dimensiones de acceso al crédito, legislación, fortalecimiento institucional, gestión ambiental y tecnológica, gestión local y participativa, acceso a información y transparencia, y mejora de condiciones de trabajo.

Un hito de la formalización de este sector es la promulgación, en enero del 2002, de la Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal, que generó el marco a partir del cual esfuerzos importantes de 8 Las retortas fueron importadas del Brasil. La primera objeción de los mineros artesanales a su uso es que cambia el color del oro resultante de la quema, además de que no se puede ver el metal durante su quema. Esto conlleva una reducción en el precio de venta, a pesar de que el contenido de metal fino no varía. La segunda objeción es que es necesario acumular una mayor cantidad de amalgama para hacer la quema, lo que impacta en la frecuencia de las ventas y, como resultado, de la obtención de ingresos.

El Proyecto Minería Artesanal y Pequeña Minería (MAPEM) fue lanzado en enero de 1996 para contribuir al desarrollo ordenado y eficiente de la minería artesanal y pequeña minería en armonía con el medio ambiente y con estándares adecuados de seguridad e higiene minera” (Romero y otros 2005).

El proyecto “Pequeña Minería y Minería Artesanal (PEMIN) se inició en el 2001 como una continuación del proyecto MAPEM, pero tuvo una corta duración.

La minería peruana: lo que sabemos y lo que aún nos falta por saber apoyo al sector, como el Proyecto GAMA, y la acción de varias organizaciones no gubernamentales han permitido crear las bases para que grupos organizados de mineros artesanales inicien sus trámites de formalización. Romero y otros (2005) analizan los casos de formalización de mineros en pequeña escala en Santa Filomena (Ayacucho), Tres Islas y Laberinto (Madre de Dios) y resaltan la importancia de la participación de los actores sociales en estos procesos, así como el apoyo de la cooperación nacional e internacional.

Debilidad del estado para regular y fiscalizar la actividad minera.

A pesar de los esfuerzos descritos anteriormente para la resolución de los conflictos socio-ambientales vinculados con la actividad minera en medio de un contexto como el actual, caracterizado por el crecimiento económico sostenido,

la disciplina fiscal y la implementación de medidas de corte político administrativo cuyo objetivo es hacer más eficiente la asignación de recursos generada por esta actividad según Arellano, la explicación acerca de la persistencia de estos problemas se encuentra en una constante debilidad del Estado, caracterizada por el arraigamiento del centralismo político y económico que aún ahora, en pleno proceso de descentralización, desconoce la diversidad geográfica y cultural del país. De acuerdo con (Arellano, 2008), esta primera gran debilidad se evidencia: en la presencia de liderazgos locales desconectados de los partidos y la agenda política nacional, en la creciente fragmentación política y la consecuente elección de autoridades locales con muy bajos porcentajes de aceptación, motivada por la competición para acceder al flujo de recursos económicos obtenidos por la actividad minera, lo que produce al mismo tiempo una inclinación hacia la adopción de medidas cortoplacistas para ganar popularidad. En forma paralela, el proceso de descentralización demandó la creación de nuevos espacios de participación (cabildos abiertos, presupuesto participativo, mesas de concertación) que no tienen correspondencia con la forma como los gobiernos regionales y locales se relacionan con sus pobladores; finalmente, la transferencia de poder político para tomar medidas que permitan manejar los problemas derivados de la actividad minera sigue siendo muy limitada, pues los principales procesos relacionados con la minería continúan concentrados en todo el país. La segunda gran debilidad del Estado para regular la actividad minera se explica en la falta de capacidades, reflejada en la presencia de funcionarios incompetentes y desconfiados de la planificación. La tercera es la inconsistencia en la generación de políticas públicas para el sector, que se explica por la volatilidad, contradicción, reversibilidad y falta de continuidad originadas por los cambios de gestión. Hay dos ejemplos que Arellano considera grafican esta situación: «Las normas fiscales que se aplican a la minería y los mecanismos para la distribución del canon minero a los gobiernos locales y regionales...» (2008: 66).

Arellano concluye, respecto de las debilidades del Estado, con la siguiente aseveración: Las tres debilidades expuestas generan un marco institucional donde los gobiernos locales, las compañías mineras y los movimientos ciudadanos quedan atrapados en la defensa de sus intereses, sin que exista capacidad de arbitraje por parte del Estado (2008: 68).

La minería ilegal.

Este tipo de minería, se identifica y califica como tal a la actividad minera ejercida por personas naturales o jurídicas, o grupos 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 (...). La minería ilegal es aquella que trabaja en zonas no permitidas por la ley, trabaja en cuerpos de agua, usa maquinaria prohibida para la pequeña minería y minería artesanal, no cuenta con una declaración de compromiso y es, por tanto, sujeto de interdicción. Los mineros ilegales no pueden formalizarse. Es a esta actividad minera a la que se califica como delictiva y es reprimida penalmente.

Según (D.L. 1105, 2012) indica que es la 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.

El término de la ilegalidad es un tema muy controversial; ya que al considerar como tal a la actividad minera que no cumple con las exigencias de la legalidad y formalidad; principalmente a la minería emergente se le condena a un encierro sin salida; pues según los parámetros de la formalización de la Ley 27651. Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y Minería Artesanal, limita su reconocimiento y proceso de formalización; haciendo que este tipo de actividad no tenga una solución y que se mantenga en un círculo vicioso; mientras tanto esta actividad se va expandiendo sin tener ningún control.

Por otra parte (De Echave, 2016) indica que son los tres factores principales que explican el crecimiento de este tipo de minería:

- El alza sostenida del precio internacional del oro.
- La falta de empleo adecuado.

- Una preocupante debilidad institucional del Estado peruano.

Según (Alvarado Barbarán, 2014), sostiene que la minería ilegal se realiza sin cumplir las normas que rigen dichas actividades y se efectúa en zonas no autorizadas. Y que estas actividades han aumentado peligrosamente impulsados por los elevados precios del oro registrados en los últimos años: el precio por gramo fino de oro pasó de 70 soles en el 2007 a 147 soles en el 2012.

Las investigaciones anteriores evidencian como factores determinantes de la expansión de la minería ilegal a la subida de los metales en el mercado.

Por otro parte (Huamán Castellares, 2014), concluye que el delito de minería ilegal, así como sus delitos conexos, forman parte de una estrategia de lucha frontal y desde distintos sectores en contra de la minería ilegal. Su énfasis principal es la sanción de las actividades ilícitas de minería sin contar con la autorización ambiental.

Los delitos conexos que el autor menciona citan arriba está relacionado con el lavado de activos, evasión tributaria, trata de personas, contaminación ambiental, etc.

Haciendo un análisis del marco normativo de tendencia penal el sector de la minería ilegal ha sido incorporado como un delito según el D.L. N° 1102; refiriéndose a las personas que la ejercen y la promocionan.

El gobierno peruano estima que hay treinta mil mineros ilegales en Madre de Dios. Algunos de ellos operan en tierra dividida en zonas para la minería, pero no han llevado a cabo los estudios ambientales requeridos y autorizaciones para ser plenamente legítimos, mientras que otros han invadido las tierras indígenas, concesiones forestales o áreas protegidas.

Interdicción del Estado

Según (Chayña Aguilar, 2016), se entiende por interdicción a las acciones de prohibirla o vetarla, es decir, impedir la realización de actividades ilegales. En la práctica se trata de decomisar bienes, maquinarias, equipos y dragas, entre otros, que por sus características situacional no resulte viable su decomiso.

Estas medidas emprendidas por el Estado en contra de la minería ilegal; corresponden las siguientes acciones:

- Identificación de los mineros ilegales por parte del Ministerio de energía y minas y de los gobiernos regionales.
- Decomiso de los bienes, maquinarias, equipos e insumos prohibidos; así como la prohibición de la realización de las actividades ilegales conforme al decreto legislativo N° 1102, que incorpora al Código Penal los delitos de minería ilegal.
- Destrucción, demolición de bienes, maquinarias o equipos cuyo decomiso por las características o situación no resulte viable.

La persecución del delito de minería ilegal

Daniel Huamán (D.H.): Existen dos tipos de problemas, unos comunes al resto de delitos ambientales como las carencias logísticas (falta de recursos para una adecuada persecución de la actividad de la actividad minera ilegal) y un problema mayor: nuestro vasto territorio nacional, el cual hace muy costosa una adecuada labor de prevención.

En primer lugar, el tipo -a raíz de la reforma introducida por el Decreto Legislativo N° 1351 establece que el acto de minería ilegal debe recaer sobre recursos minerales metálicos y no metálicos. El uso del conector **y** obliga a que el acto minero -de forma simultánea- recaiga sobre ambos tipos de recursos. Aparentemente no habría mayor problema con ello; sin embargo, en la práctica la acción minera recae sobre un recurso metálico o uno no metálico, no sobre ambos de forma simultánea. En buena cuenta, quien busca un mineral metálico como el oro no busca a la par extraer un mineral no metálico como el mármol. Por ello, el craso error en mención llama poderosamente la atención, sobre todo si tenemos en cuenta que el tipo original establecía el conector correcto **o** con lo que el acto minero podía recaer sobre cualquiera de los dos minerales indistintamente.

En segundo lugar, el tipo penal genera un problema de certeza cuando usa el término u otros actos similares, que hace referencia a otros actos mineros distintos a la exploración, la extracción y la explotación. La intención del legislador siendo muy generosos con esta suposición posiblemente fue incluir a todos los actos que formen parte del proceso minero. Sin embargo, al usar tan poco afortunada expresión, el legislador no consideró que desde un punto de vista técnico los actos mineros son distintos entre sí. Consecuentemente, los

únicos actos mineros que están sancionados por el tipo penal son la exploración y la explotación, pues la extracción en realidad está incluida dentro del acto de explotación. De ahí que no sea posible incluir dentro del ámbito objetivo de este delito a otros actos mineros como el beneficio (proceso de separación del mineral de los elementos no deseados a través de métodos usualmente químicos), pues dicho acto minero no es similar, ni a la exploración (proceso para determinar la existencia de un yacimiento y sus reservas), ni a la explotación (extracción del mineral del yacimiento).

En tercer lugar, por una opción política criminal, el delito de minería ilegal fue colocado dentro de los delitos de contaminación. Este no es un asunto baladí. Por el contrario, haberlo hecho limita muchísimo la interpretación que se puede hacer del daño ambiental, el cual solo podrá entenderse -si se es coherente con la ubicación del tipo- como un tipo de daño ambiental: la contaminación. Consecuentemente, el delito no debería llamarse delito de minería ilegal, sino delito de contaminación ambiental cometido con ocasión de un acto minero ilegal.

Si el tipo penal de minería ilegal hubiere usado una fórmula como u otros actos mineros o u otros actos que forman parte del proceso minero, no quedaría duda alguna de que los actos de beneficio formarían parte del tipo objetivo del delito de minería ilegal. No obstante, dado que la acción ilegal de beneficio es una acción que puede causar o causa un acto de contaminación, la correcta ubicación de este tipo penal es el tipo base de contaminación ambiental, al cual se remiten todos los actos de contaminación. Asimismo, es posible agregar que, al ser una actividad usualmente subrepticia, podría incluso afirmarse que constituye la agravante, esto es: el artículo 305, inciso 3.

Finalmente, debo agregar que existe un aspecto muy positivo en que el beneficio no forme parte del delito de minería ilegal: al no ser una conducta sancionada por este delito, sino por el delito de contaminación ambiental, no le alcanzan los efectos de la eximente por razón de formar parte del proceso de formalización minera. En buena cuenta, el minero que realiza un acto de beneficio comete la conducta tipificada en el artículo 304, el cual no se encuentra dentro del ámbito de delitos por los que se exime de responsabilidad penal por formar parte del proceso de formalización minera, con lo que sería posible perseguir penalmente a aquellas personas que cometen este acto ilícito.

Otros problemas jurídicos existen en torno a la persecución penal de la minería ilegal, Si la persecución ya era compleja por la mala técnica jurídica del tipo base, existen dos limitantes bastante importantes que explican la baja tasa de condenas por este delito: el principio de oportunidad y, fundamentalmente, la exención de pena por incorporación al proceso de formalización minera. Por tiempo y por importancia, solo me referiré al segundo.

El legislador, en su deseo de lograr la formalización de la mayor cantidad de mineros que operaban al margen de la ley, otorgó la exención de pena a quien se incorporase al proceso de formalización minera. Ergo, si una persona presentaba su declaración de compromisos dentro del plazo legal, estaba exenta de responsabilidad penal. Consecuentemente, la persona no podía ser objeto de interdicción, ni mucho menos pasible de persecución penal. El hecho era típico, antijurídico, culpable, pero por esta razón de política criminal no era punible. ¿A qué conllevó esta política? A que los mineros informales carezcan de incentivos reales para formalizarse, siendo su verdadero interés permanecer en el proceso de formalización. ¿Por qué? La respuesta es simple: para qué incorporarse a la legalidad si estando al interior del proceso de formalización gozan de los beneficios de la legalidad, sin pagar los costos que ella impone. El minero informal puede seguir explotando el recurso mineral sin pagar los tributos por ello, puede seguir contaminando el ambiente y evitar ser perseguido penalmente. En suma, se ha creado lo que en la teoría económica se denomina incentivo perverso.

Importancia tiene el proceso de formalización minera en la persecución del delito de minería ilegal, la actual configuración del proceso de formalización minera determina los escasos resultados en la lucha contra la minería ilegal. Como podemos ver, la actual política ambiental busca que los mineros informales se incorporen a la legalidad. Sin embargo, lo que deberíamos preguntarnos es si, con el actual incentivo perverso antes descrito, ¿tienen los mineros informales el deseo de ser legales?

No es solo una afirmación, sobre la base de la información del propio Ministerio de Energía y Minas, podemos comprobar que solo el 3 % de todos los mineros informales ha conseguido la ansiada formalidad. En ese contexto, me pregunto, ¿resulta idóneo mantener un proceso de formalización que tan malos resultados ha producido?, la respuesta es contundentemente negativa. Incluso

afirmo mi duda sobre la constitucionalidad de un proceso que afecta derechos y deberes fundamentales tan sensibles como el derecho y deberes a un ambiente sano y equilibrado, a la salud y el deber del Estado de proteger los recursos naturales.

Importancia que tiene el proceso de formalización minera en la persecución del delito de minería ilegal, sobre la base de la información del propio Ministerio de Energía y Minas, podemos comprobar que solo el 3 % de todos los mineros informales ha conseguido la ansiada formalidad. En ese contexto, me pregunto, ¿resulta idóneo mantener un proceso de formalización que tan malos resultados ha producido? Desde mi perspectiva, la respuesta es contundentemente negativa. Incluso afirmo mis dudas sobre la constitucionalidad de un proceso que afecta derechos y deberes fundamentales tan sensibles como el derecho a un ambiente sano y equilibrado, a la salud, y el deber del Estado de proteger los recursos naturales”.

El delito de “minería ilegal en el código penal, Como ya se ha mencionado, el delito de minería ilegal en Perú se encuentra esencialmente relacionado con procedimientos ilícitos y dañosos de extracción y exportación de oro. Esta actividad delictiva se ha focalizado, principalmente, en el departamento de Madre de Dios y las recientes fluctuaciones positivas en el valor internacional de este metal precioso constituyen un atrayente incentivo para su continuidad y su expansión. Efectivamente: El alza del precio internacional del oro a US\$ 1700 la onza (unos 28.3 gramos) ha generado el incremento de la demanda y el desenfreno por su extracción en Madre de Dios. De acuerdo con estadísticas de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, la región figura entre las cuatro principales productoras de oro del país y su economía depende prácticamente de esta actividad. Se estima que el 50 % de su PBI se sustenta en el oro. Ahora bien, a las características normativas, así como a los estándares estadísticos de su criminalización primaria y secundaria se dedican los comentarios siguientes.

Es pertinente comenzar este análisis y evaluación precisando que el texto original del Código Penal de 1991 no incluyó ninguna modalidad delictiva relacionada con la minería ilegal. Es más, entre los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente ni siquiera se le consignó como una circunstancia agravante específica dada su alta potencialidad contaminante.

La inclusión en el Código Penal del delito de minería ilegal recién tendrá lugar once años después de su entrada en vigor. En efecto, la tipificación y la punibilidad de estas conductas se formalizaron a fines de febrero de 2012 mediante el Decreto Legislativo N° 1102. Para ello, el legislador nacional utilizó el Título XIII del Libro Segundo, dedicado a los delitos ambientales, para incorporar en su Capítulo I sobre delitos de contaminación el marco legal correspondiente a los delitos de minería ilegal. Al respecto, uno de sus considerados de dicha norma jurídica señaló lo siguiente: La necesidad de abordar legislativamente esta particular cuestión en el marco jurídico penal se halla plenamente justificada en la medida en que actualmente el ordenamiento penal, si bien prevé figuras delictivas que protegen el medioambiente de forma genérica, no cuenta con un mecanismo normativo que contemple especiales formas de criminalidad de naturaleza pluriofensiva, como es la minería ilegal, en sus diversas formas y modalidades. Por lo demás, la doctrina nacional asimiló positivamente la criminalización de estos hechos punibles como se aprecia en los siguientes comentarios que formuló GARCÍA CAVERO, quien, atinadamente, afirma que si bien la interdicción de la minería ilegal comenzó con la promulgación de los Decretos de Urgencia N°s 012- 2010 y 007-2011, tales acciones resultaron insuficientes: Pese a las medidas legales antes referidas para solucionar el problema de la minería ilegal, esta sigue existiendo en el país y, lo que es peor, los estudios realizados al respecto confirman que incluso ha aumentado significativamente. Pero no solo eso, sino que estos estudios han hecho patente, además, que la lesividad de la actividad minera ilegal supera lo medioambiental, haciendo mella también en otros intereses sociales de carácter esencial como la salud pública, la seguridad de los trabajadores o la recaudación tributaria, sin contar con la delincuencia organizada que se une naturalmente a ella como es el caso de la trata de personas, el tráfico de drogas o el lavado de activos. Toda esa situación llevó al legislador penal a tomar la decisión de delictivas referidas específicamente a la minería ilegal.

En torno a este marco legal, se han producido posteriormente muy pocas reformas que han reformulado la redacción del Artículo 307°-A (modificado por el Decreto Legislativo N° 1351) y del Artículo 307°-E (modificado por el Decreto Legislativo N° 1107).

Es posible identificar que este conjunto delictivo está integrado por un tipo penal básico en el Artículo 307°-A. Asimismo, por un catálogo de circunstancias agravantes específicas en el Artículo 307°-B. Y por tres modalidades de delitos especiales o periféricos en los Artículos 307°-C, 307°-D y 307°-E. Igualmente, que su conexión sistemática con aquellos ilícitos que el Código Penal ha configurado como delitos de contaminación ambiental perfila con claridad que el bien jurídico tutelado es el medioambiente, pero, también, los regímenes normativo y contralor que han sido diseñados para prevenir la contaminación u otros daños análogos en los diferentes componentes del ecosistema nacional. En ese sentido, (Huamàn C. D., 2013-2014) destaca lo siguiente: El objeto de protección del delito de minería ilegal es, a nuestro entender y sobre la base de una interpretación sistemática de la norma, el medioambiente. El legislador ha creado este tipo para reprimir las acciones mineras no autorizadas, que afectarán al medioambiente o a sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental. Por muy discutible que sea este objeto de protección (en términos de su definición), es el que ha adoptado el legislador peruano, el cual podemos apreciar que tiene mucha similitud con el tipo penal de contaminación ambiental. (Garcia, P.920).

Por lo demás, es también una característica de los delitos de minería ilegal el que sus estructuras típicas hayan sido construidas mayormente como conductas dolosas de comisión. No obstante, se observa la adición de una modalidad delictiva de configuración culposa y que aparece refundida en el párrafo in fine del Artículo 307°-A.

A continuación, examinaremos las características típicas y los supuestos correspondientes al tipo básico y a las circunstancias agravantes específicas del delito de minería ilegal.

El tipo básico del delito de minería ilegal

El Artículo 307°-A contiene el tipo básico del delito de minería ilegal. Su redacción original fue modificada por el Decreto Legislativo N° 1351 y quedó con el siguiente tenor:

El que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otro acto similar, de recursos minerales, metálicos o no metálicos, sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa, la misma pena será aplicada al que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otro acto similar, de recursos minerales, metálicos o no metálicos que se encuentre fuera del proceso de formalización, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres o con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.

Si bien las tres fórmulas legales que integran el Artículo 307°-A han sido con-figuradas como delitos comunes o de dominio, resulta deducible del contexto de realización de las conductas tipificadas que el sujeto activo del delito debe tener la condición ocupacional o empírica de minero.

Pero, además, debe tratarse de un agente que práctica o participa en actos de minería ilegal. Es decir, de aquellas personas que conforme a lo estipulado en el Artículo 2º, literal a), del Decreto Legislativo N° 1105, realizan actividad minera 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. Hay, pues, un contenido normativo adicional que debe también determinarse a la hora de identificar al autor de esta clase de hecho punible. De allí que (Sàenz, 2014), resalte que el sujeto activo de estos tipos penales puede ser cualquier persona que goce de la posibilidad de realizar dicha actividad de minería ilegal, lo cual

generalmente va a implicar una actividad que requiera de cierto nivel de organización, dados los costos de la inversión y los beneficios que implica, sobre todo de naturaleza económica. Y es con relación a estos requisitos que se señala que el sujeto activo solo puede ser determinadas personas, es decir se trata de un delito especial propio. En esa línea, se manifiesta (García, Derecho Penal Económico. Parte especial. volumen II., P.921). La redacción literal del delito de minería ilegal podría llevar al parecer de que se trata de un delito común que puede ser cometido por cualquier persona. Un análisis más detenido lleva, sin embargo, a una opinión distinta y es que el tipo penal se dirige a las personas que realizan una actividad minera ilegal.

Ahora bien, otra particularidad hermenéutica que deriva de la técnica legislativa empleada por el legislador para redactar los tipos penales que describen e identifican los delitos de minería ilegal, está relacionada con el recurso reiterado a fórmulas propias de las leyes penales en blanco. Efectivamente, por lo general, se utilizan en el Artículo 307°-A disposiciones normativas cuyo contenido de injusto solo puede precisarse con el auxilio de otras normas reguladoras extrapenales o complementarias. Lo cual ratifica la importancia que adquieren para toda calificación jurídico-penal o proceso de subsunción típica, lo establecido por los Decretos Legislativos N°s 1100, 1101, 1105 y 1293. Sobre todo, porque solo a partir de sus regulaciones específicas puede perfilarse y distinguirse, con meridiana precisión, qué tipo de actividades de extracción minera quedan proscritas por la ley y pasan a constituir prácticas de minería ilegal. Pero, también, porque es a través de tales normas y disposiciones que es posible delimitar las características y los espacios operativos grisáceos que toleran aún acciones atípicas de minería informal o artesanal. E, igualmente, porque las mismas fijan los procedimientos y las etapas de los procedimientos de formalización o de autorización de concesiones mineras.

Por último, resulta peculiar en el delito que se examina el modo de tipificar los actos constitutivos de minería ilegal y su naturaleza antijurídica, debido a la frecuente alusión que el tipo penal hace a conceptos técnicos y propios de la actividad minera formal y regulada. Dos ejemplos permiten graficar estas especialidades en el marco del tipo penal básico descrito por el Artículo 307°-A del Código Penal.

En primer lugar, está la caracterización del objeto de acción del delito y al que la norma legal designa como recursos minerales metálicos o no metálicos. Lo que hace insoslayable la necesidad de adscribir previamente una calidad específica a los minerales involucrados en el delito y que los califique como parte de una de esas dos categorías minerales. En consecuencia, resulta ineludible para todo análisis dogmático explicar que son considerados minerales metálicos los siguientes: aluminio, hierro, manganeso, cromo, titanio, cobre, plomo, zinc, estaño, oro, mercurio y uranio. Los cuales tienen como característica común el poseer en su composición enlaces químicos metálicos, a la vez que una fisonomía brillante, una estructura sólida y una contextura dúctil. Asimismo, que corresponden a los minerales no metálicos: arcilla, arena, baritina, bentonita, cal, granito, yeso, azufre, diamante, mica, sal común y talco. En todos estos los rasgos comunes que los distinguen son el de ser buenos conductores de calor y electricidad, así como el tener una fisonomía transparente y opaca.

Y, en segundo lugar, aparece como otra exigencia de esclarecimiento dogmático, la misma delimitación de las conductas criminalizadas. Sobre todo, porque el legislador las enumera utilizando denominaciones que aluden a distintas etapas del ciclo, proceso o industria minera formal y regular. Es así que en el tipo penal se mencionan las actividades de exploración, extracción, explotación u otros actos similares. Siendo así, se requiere definir las y diferenciarlas con base en sus características operativa y de oportunidad de aquellas que tienen lugar bajo el amparo de todas las permisiones legales requeridas.

Es por todo ello que tanto la doctrina como la jurisprudencia sobre el delito de minería ilegal se han referido a él a través de un concepto complejo e interactivo que suele estar integrado por tres componentes: la realización de un acto minero, la antijuricidad de este y el impacto negativo que aquel genera. Así, por ejemplo, (Huamàn, 2013-2014, pp.428-429), sostiene que: El tipo base tiene tres elementos normativos centrales que lo conforman: a) la realización de un acto minero; b) el no contar con la autorización de la entidad administrativa; y c) el daño potencial o efectivo al medioambiente. Por su parte, en la Sentencia de Casación N° 464-2016 del 21 de mayo de 2019, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema asumió un concepto similar: La conducta típica del delito de minería ilegal se compone por tres elementos normativos centrales: a) la

realización de un acto minero, que se define como la actividad dirigida a la obtención final de un mineral a través de la exploración, la extracción y la explotación. La disposición establece un catálogo semiabierto de actividades, con la frase u otros actos similares. Se abarca todos los tipos de minerales, tanto los metálicos (oro, plata, cobre, entre otros) como los no metálicos (azufre, yodo, litio, sal, agregados, entre otros); b) falta de autorización de la entidad administrativa. Se debe considerar que es un tipo penal en blanco, pues para verificar su configuración típica es necesario recurrir a las normas administrativas; y c) el daño potencial o efectivo al medioambiente.

De estos tres componentes del delito de minería ilegal, el más importante es aquel que condiciona la calidad antijurídica de las operaciones mineras a la falta de una autorización formal que debe emitir el organismo estatal competente y que presupone una solicitud expresa y detallada, la evaluación de un conjunto de requisitos que incluyen registros de los operadores y de las actividades a realizar, exámenes de los riesgos contingentes para el ambiente o salud ambiental, cumplimiento de protocolos de seguridad, etc. Estos permisos involucran la intervención de entes especializados del Ministerio de Energía y Minas y del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Este último es la autoridad competente para fiscalizar en materia ambiental a la mediana y gran minería; mientras que los gobiernos regionales (GORE) y la Dirección General de Minería (DGM) del Ministerio de Energía y Minas (MEM) son competentes para la fiscalización de la pequeña minería y minería artesanal en sus respectivos ámbitos de jurisdicción". (Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental-OEA, 2016,p.3).

Lamentablemente, "lo engorroso y complicado de los programas de formalización de la actividad minera, al margen de la ley, no han motivado un acceso masivo a los programas de formalización, lo cual en los últimos años busca corregirse flexibilizando las formas y haciendo más ágiles los trámites correspondientes. Frente a las justificaciones y prácticas de la formalización de los mineros informales e ilegales son pertinentes las siguientes explicaciones que inciden, sobre todo, en la prevención y la mitigación de los daños directos y colaterales que en un nivel de alto riesgo conlleva toda práctica de minería no autorizada ni fiscalizada: Para atenuar este riesgo ambiental, la administración requiere al productor una serie de condiciones para autorizar un acto minero. Las

condiciones varían en función del tipo de actividad minera que se desee realizar, no son los mismos requisitos los solicitados a quien realiza minería artesanal o pequeña, que aquellos que son solicitados a quien realiza mediana y gran minería; y el acto minero en concreto. La razón de dicha distinción radica en la potencial afectación al medioambiente por parte de la actividad minera, pues se considera que las actividades menores son menos dañinas. Si bien dicho enfoque es casi siempre correcto, un enfoque de real protección al medioambiente debería tener en consideración el daño potencial al medioambiente y no al nivel de la actividad desplegada por la persona. En un esquema sectorial como el nuestro, la actividad minera requiere de autorización del Minem para operar formalmente. Sin embargo, no solo requiere permisos y autorizaciones de dicha entidad, sino que en función de la actividad y el sector involucrado puede requerir autorizaciones de otros sectores, como es el caso del Ministerio de Transportes y Comunicaciones o el Ministerio de Agricultura o de entidades adscritas. Tal como puede apreciarse, son una serie de requisitos los que una persona ha de cumplir antes de efectuar el acto minero.

Ahora bien, el acto minero ilegal y de capacidad dañosa que debe ejecutar el agente puede adquirir cualquiera de las siguientes formas:

Actos de exploración: Se trata de realizar una actividad de naturaleza prospectiva y económica. Implica toda acción desplegada por el agente para evaluar la potencialidad productiva de un yacimiento mineral. Puede consistir en poner en práctica estudios y pruebas idóneos para proyectar su rendimiento económico posible o si el mismo por su ubicación y sus características geológicas es susceptible de ser aprovechado económicamente. Esta conducta debe ejecutarse siempre sin contar con las autorizaciones de las autoridades competentes o de modo clandestino. Sin embargo, ella no equivale ni comprende formas de hallazgo minero. Como bien esclarece la doctrina especializada, no se trata de descubrir un yacimiento, sino de evaluar un yacimiento ya descubierto.

Actos de extracción: Comprende todo proceso activo no autorizado o practicado en áreas legalmente reservadas o prohibidas dirigido a rescatar el mineral del yacimiento donde este se encuentra, aplicando los medios mecánicos, técnicos o químicos que sean idóneos para ello o análogos y

artesanales potencialmente dañosos para el medioambiente, la calidad ambiental o la salud ambiental.

Actos de explotación: Como detallan los expertos, ellos incluyen todas las modalidades posibles de prácticas extractivas del mineral en bruto o mezclado. Por consiguiente, la explotación es aquella actividad que tiene por objeto extraer minerales de un yacimiento. No necesita mayor explicación salvo señalar que las operaciones de explotación se dividen en dos grupos principales: de superficie (pozos y trincheras, canteras, arranque a cielo abierto, dragado, métodos hidráulicos); y subterráneos (son variables como los yacimientos, creándose por esa razón procedimientos especiales para los distintos yacimientos. Queda claro que todos estos actos y modalidades de extracción deben llevarse a cabo sin el permiso, control ni el registro administrativo correspondiente, o realizarse en zonas geográficas restringidas o prohibidas y empleando insumos, medios y maquinarias perjudiciales al medioambiente.

Otros actos similares: El legislador posibilita con esta expresión una interpretación analógica comprensiva de otras actividades del ciclo de la industria minera, como son los actos de cateo, prospección, desarrollo o labor general, pero solo en la medida que ellos puedan resultar riesgosos para el medioambiente o estén prohibidos o restringidos por la normativa administrativa. Al respecto, *García Caveró* advierte que el tipo penal se refiere a cualquier actividad relacionada con el aprovechamiento de los minerales y que requiera de una autorización previa por parte de la autoridad sectorial correspondiente.

Es importante mencionar que se trata de un tipo penal alternativo que reúne varias conductas diferentes, pero que son equiparables tanto para la tipicidad como para la punibilidad del mismo delito. Por tal razón, la norma no excluye la posibilidad de que un mismo agente desarrolló sucesiva o simultáneamente dos o más de los actos mineros ilegales mencionados. Según los casos, ello puede constituir un delito continuado o un concurso real de delitos y dar lugar a las consecuencias jurídicas que sobre la punibilidad regula para tales supuestos los Artículos 49° y 50°, respectivamente.

También es relevante precisar que el legislador no exige un volumen umbral promedio o mínimo de la extracción o explotación mineral para que la conducta realizada logre tipicidad penal.

En cuanto al momento consumativo del delito, este se produce de modo instantáneo, sea que se trate de las distintas modalidades delictivas típicas que se regulan en el Artículo 307°-A y que corresponden alternativamente a las de lesión {causa perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental) o a las de peligro (pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental). (Sàenz T. A., pp,274 y sus ss.).

Cabe destacar que en el segundo párrafo del Artículo 307°-A que fue introducido por el Decreto Legislativo N° 1351, del 6 de enero de 2017, el legislador reprime en gran medida las mismas conductas que tipifica el párrafo primero de dicha norma, con la única diferencia de que se contextualiza la realización de tales actos exigiéndose que ellos tengan lugar fuera del proceso de formalización. No hay claridad respecto a la necesidad o utilidad práctica de esta criminalización. Sin embargo, al parecer ella se incluyó para hacer viable una situación especial relacionada con la condición transitoria de quienes habiendo llevado a cabo prácticas de minería ilegal ingresaron a un proceso de formalización, pero continuaron, paralelamente, con tales prácticas. Adicionalmente, se procuraba dar coherencia y eficacia a lo dispuesto en la única disposición final y complementaria del mismo Decreto Legislativo N° 1351, que había incorporado una causal de exclusión de pena para quienes, estando incurso en prácticas de minería ilegal, hubieran ingresado a los procesos de formalización y registros establecidos por el Decreto Legislativo N° 1336. Según dicha norma:

Están exentos de responsabilidad penal por la comisión del delito de minería ilegal establecido en el Artículo 307° A, quienes se encuentren en los siguientes supuestos: a. El sujeto de formalización minera que no logra la autorización final de inicio o reinicio de operaciones mineras por culpa inexcusable o negligente del funcionario a cargo del proceso de formalización. b. El agente de los delitos de minería ilegal, que se inserte al Registro Integral de Formalización Minera, dentro del plazo establecido en el numeral 4.2 del Artículo 4° del Derecho Legislativo N.º 1293.

Ahora bien, en el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1336 se precisan los requisitos, así como las fases que deben cumplirse para la culminación de un

proceso de formalización minera integral y que son los que se transcriben a continuación:

3.1 La formalización minera integral, puede ser iniciada o continuada, según sea el caso, por el sujeto inscrito en el Registro Integral de Formalización Minera que realiza su actividad cumpliendo con lo siguiente:

1. Aprobación del Instrumento de Gestión Ambiental y Fiscalización para la Formalización de Actividades de Pequeña Minería y Minería Artesanal - IGAFOM o del Instrumento de Gestión Ambiental Correctivo cuando corresponda.
2. Acreditación de propiedad o autorización de uso del terreno superficial.
3. Acreditación de titularidad, contrato de cesión o contrato de explotación respecto de la concesión minera.

3.2.-No será exigible la presentación del certificado de inexistencia de restos arqueológicos, siendo suficiente la presentación de una declaración jurada sujeta a fiscalización posterior por parte del Ministerio de Cultura.

Además de lo señalado en el párrafo anterior, el Ministerio de Cultura tiene acceso al mecanismo de la ventanilla única que contiene la información del Registro Integral de Formalización Minera.

3.3.- La Dirección y/o Gerencia Regional de Energía y Minas, o quien haga sus veces, emite, de corresponder, la autorización de inicio o reinicio de actividades mineras de explotación y/o beneficio de minerales y/o título de concesión de beneficio, considerando el cumplimiento de los requisitos citados en el presente artículo.

3.4.- Los requisitos a que se refiere el presente artículo pueden ser tramitados o acreditados de manera simultánea.

3.5.- El Ministerio de Energía y Minas establece mediante Decreto Supremo, en un plazo máximo de sesenta (60) días calendario, contados a partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo, las disposiciones complementarias referidas a los numerales 2 y 3 del párrafo 3.1 del presente artículo, así como de la autorización de inicio o reinicio de actividades mineras de explotación y/o beneficio de minerales y/o título de concesión de beneficio.

En consecuencia, debe mantenerse la criminalización de quien, pese a conocer de los requerimientos y las oportunidades legales de formalización, optara por no asimilarse o participar de ellos de manera fraudulenta y proseguir con la ejecución de actos de minería ilegal. En esa línea, GARCÍA CAVERO advierte lo siguiente: En tanto la persona u organización de personas que lleva a cabo la actividad minera se encuentra en el marco de un proceso de formalización, su actividad no podrá enmarcarse en el tipo de minería ilegal. Sin embargo, esto no impide que una actividad minera informal pueda devenir en una actividad minera ilegal y penalmente sancionada si es que no se llega a obtener la formalización y persiste el desarrollo de la actividad minera. Con respecto a los alcances del párrafo segundo del Artículo 307°-A, también se ha pronunciado (Peña, 2019,p.288) en los ternos siguientes: Advertimos en esta regulación punitiva de la minería informal un tratamiento político-criminal privilegiado; si bien reconocemos la necesidad que tienen estos agentes económicos de formalizar su actuación, ello no puede permitir que se sacrifique la función del Derecho Penal de tutelar a los bienes jurídicos más importantes para el individuo y la sociedad.

Sobre la tipicidad subjetiva, la norma que se examina exige la presencia del dolo para la realización de las modalidades que se sancionan en los dos primeros párrafos. En estos casos, por tanto, el agente debe actuar de modo consciente y voluntario. El dolo, además, debe abarcar los tres elementos que caracterizan objetivamente al delito de minería ilegal: la realización de un acto minero, la carencia de autorización o la existencia de prohibición para realizarlo y el impacto negativo que aquel es capaz de generar al medioambiente.

El párrafo tercero del Artículo 307°-A regula una conducta culposa que puede tener lugar materializando actos de minería autorizados formalmente, pero que por la temeridad, negligencia o impericia o error del agente pueden generar un riesgo no permitido o un daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental. Igualmente, cuando por información no verificada practica actos mineros en zonas no autorizadas o por presumir que posee un permiso de mayor operatividad de la que realmente le corresponde. En relación con las posibilidades de imputación culposa, un sector de la doctrina especializada sugiere que puede imputarse una actuación culposa al minero que, por datos externos, puede suponer que la autorización administrativa con la

que opera es nula. Por otro lado, todas las actuaciones realizadas en una situación de error de tipo vencible, no son más que casos de actuación culposa y, por lo tanto, sancionables con la pena prevista para esta forma de imputación subjetiva.

En cuanto a la penalidad conminada para los delitos de minería ilegal, esta puede ser conjunta para los delitos dolosos y alternativa conjunta para la modalidad delictiva culposa. Según los casos, se pueden aplicar integrada por penas privativas de la libertad, de multa, de prestación de servicios a la comunidad y de inhabilitación. Veamos:

Para los delitos dolosos del primer y segundo párrafo del Artículo 307°-A, se impondrán pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y pena de multa de cien a seiscientos días-multa.

Para el delito culposo del párrafo tercero se podrá imponer, alternativamente, pena privativa de libertad no mayor de tres años o pena de prestación de servicios a la comunidad de cuarenta a ochenta jornadas.

Ahora bien, de manera técnicamente errada, el legislador ha incluido en el Artículo 307°-F una pena de inhabilitación que debe imponerse conjuntamente con las correspondientes a cada una de las tres modalidades delictivas reguladas. El contenido de las incapacidades que producirá la pena de inhabilitación lo precisa el citado artículo señalando, en primer lugar, que son las consignadas en el marco del inciso 4 del Artículo 36° del Código Penal. Pero, luego, las especifica en los siguientes términos: Inhabilitación para obtener a nombre propio o a través de terceros, concesiones mineras, de labor general, de beneficio o transporte de minerales metálicos o no metálicos, así como para su comercialización. Los errores cometidos en la conminación de esta pena limitativa de derechos son dos y afectan la naturaleza y duración de la misma. Efectivamente, por un lado, se omite consignar la extensión cuantitativa de la pena de inhabilitación; y, por otro, se pretende superar esta omisión que afecta el principio de legalidad consignando que ella será impuesta *por un periodo igual al de la pena principal*. En esta última disfunción legislativa se confunde la naturaleza de la inhabilitación conminada que no es el de una pena accesoria, sino el de una pena principal. Por tanto, su extensión debe ser la que establece el Artículo 38° del Código Penal que fija entre seis meses a diez años.

Las circunstancias agravantes específicas, En el Artículo 307°-B se ha incorporado un catálogo de circunstancias agravantes específicas. Se trata únicamente de supuestos calificantes de primer grado o nivel. El texto legal que las describe y caracteriza es el siguiente:

La pena será no menor de ocho años ni mayor de diez años y con trescientos a mil días-multa, cuando el delito previsto en el anterior artículo se comete en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. En zonas no permitidas para el desarrollo de actividad minera.
2. En áreas naturales protegidas, o en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas.
3. Utilizando dragas, artefactos u otros instrumentos similares.
4. Si el agente emplea instrumentos u objetos capaces de poner en peligro la vida, la salud o el patrimonio de las personas.
5. Si se afecta sistemas de irrigación o aguas destinados al consumo humano.
6. Si el agente se aprovecha de su condición de funcionario o servidor público.
7. Si el agente emplea para la comisión del delito a menores de edad u otra persona inimputable.

Todas ellas están destinadas a operar exclusivamente con los delitos dolosos que se tipifican y sancionan en el Artículo 307°-A como formas de minería ilegal. La ley identifica siete circunstancias agravantes específicas cuyos indicadores calificantes son de diferente naturaleza y condición. Esto último es importante, dado que posibilita la compatibilidad de todas ellas y que un mismo agente pueda realizar varias circunstancias agravantes dado lugar a un caso de concurrencia que ha de tener eficacia al momento de individualizar la pena concreta aplicable.

Política criminal en minería ilegal

La política criminal en los tiempos actuales enfrenta diversos retos, entre ellos, afinar las estrategias adecuadas de prevención y represión del delito, con mayor énfasis en aquellos cometidos por las organizaciones criminales transnacionales y nacionales, como las dedicadas al tráfico ilícito de drogas, trata

de personas, tráfico de armas, minería ilegal y a otras nuevas formas de criminalidad, propias de los riesgos que conlleva el avance tecnológico y científico que se produce en la sociedad. (Zuñiga, 2001).

En el escenario de pandemia que nos toca vivir, con las políticas económicas, sociales, sanitarias y otras aplicadas a combatir y disminuir los efectos del coronavirus SARS-CoV-2, es necesario contar con una política criminal adecuada a estos tiempos de emergencia nacional y mundial, con mayor razón cuando se trata de criminalidad organizada.

Además, resulta importante analizar la manera en que los órganos del sistema de justicia penal del país se han adaptado a esta nueva forma de vida en pleno confinamiento ciudadano, sobre todo en cuanto al desarrollo de juzgamientos y audiencias exclusivamente por vía virtual y en casos penales de diversa naturaleza, como parte importante de la ejecución de las políticas penales. (Hurtado, 2020)

Esto servirá para tomar conocimiento de si los actos procesales desarrollados con empleo de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) respetan los principios de inmediación y publicidad, y preservan el derecho a la defensa de los sujetos intervinientes en el proceso penal.

Aspecto criminológico y penal de la criminalidad organizada.

Sobre el concepto de criminalidad organizada, con sus diversos matices y tratamientos teóricos, precisa (Zúñiga,2016): la concepción de criminalidad organizada se ha desarrollado primero en el ámbito sociológico o criminológico y su trasvase a la legislación penal ha planteado serias dificultades porque las herramientas conceptuales del derecho penal no pueden descifrar todos los códigos que la realidad fenomenológica de la misma posee. La falta de acuerdo en la regulación, la utilización de técnicas de investigación que constituyen limitaciones a derechos fundamentales, son todas pruebas de dichas dificultades. Las dificultades estriban en consideraciones de orden metodológico que han sido objeto de controversia durante todo el desarrollo histórico del derecho penal: cómo conocer un fenómeno social con el método jurídico-penal (p. 86).

Continúa dicha autora, señalando que: El derecho penal se enfrenta ante el desafío de aprehender un fenómeno social con unas herramientas conceptuales propias de un comportamiento individual, en el que, seguramente, los fines, los principios y las categorías que conocemos no son idóneos para prevenir la constelación de comportamientos criminales que subyacen en esa dimensión social. Efectivamente, la óptica del criminólogo sería muy distinta a la de las agencias de control social.

Mientras que para el criminólogo se trataría de buscar una definición que posea la utilidad de comprender dicha realidad, para el jurista se trataría de elaborar definiciones que corresponden a fines de tipo jurídico y judicial, con el objetivo de proporcionar instrumentos de lucha contra el comportamiento ilícito que se intenta evitar. La primera óptica corresponde más a la búsqueda de causas, factores, características, en suma, a la prevención o la reacción proactiva; mientras que la óptica jurídica incide más en la represión, en la reacción reactiva” (p. 86).

No obstante, “(Prado, 2006) formula un concepto operativo en el que indica lo siguiente:

La criminalidad organizada comprende toda actividad delictiva que ejecuta una organización con estructura jerárquica o flexible, que se dedica de manera continua al comercio de bienes o a la oferta de medios y servicios que están legalmente restringidos, que tiene un expendio fiscalizado o que se encuentran totalmente prohibidos, pero para los cuales existe una demanda social potencial o activa. Se expresa en una dinámica funcional permanente y orientada al abuso o a la búsqueda de posiciones de poder político, económico o tecnológico (p. 44).

Por su parte, Jesús María Silva Sánchez (2005) señala: El delito de organización fue recepcionado por la política penal mediante diferentes modos de expansión penal: el del remozamiento del ya existente delito de asociación para delinquir o asociación ilícita; la creación de tipos autónomos como nuevas cualificaciones de este delito, asignadas a tradicionales delitos comunes; la incorporación de circunstancias de agravación punitiva a un buen número de delitos. [Precisa que] el fenómeno criminológico de la criminalidad organizada se aborda en la mayoría de las legislaciones a través de tres vías diversas: en

primer lugar, mediante la tipificación de los delitos más característicos de tal forma de criminalidad; en segundo lugar, mediante la introducción del elemento agravante de «organización» en una serie de delitos más o menos tradicionales, para atender a la especial peligrosidad de las formas estructuradas de actuación antijurídica; y en tercer lugar, mediante los, no infrecuentes criticados, clásicos delitos de pertenencia a asociaciones ilícitas o bien los nuevos tipos de pertenencia a organizaciones criminales (pp. 211-212).

Conforme al planteamiento efectuado por Silva Sánchez, advertimos que la legislación nacional la ha asumido, debido a que en el Código Penal y en normas penales especiales se han tipificado aquellos delitos considerados graves como nítidas expresiones de la criminalidad organizada, como en el caso del lavado de activos, tráfico ilícito de drogas, trata de personas, entre otros. Además, el elemento de pertenencia a una organización delictiva se ha tipificado en la normatividad sustantiva como circunstancia agravante («agente activo que actúa como integrante de una organización delictiva»), como se aprecia del delito de robo agravado y otros.

Así, se ha tipificado el delito de organización criminal como tipo autónomo, previsto en el artículo 317 del código punitivo, como parte de la modificación introducida por el Decreto Legislativo N°1244, publicado el 29 de octubre de 2016. También tenemos la Ley N° 30077 (Ley Penal contra el Crimen Organizado), que prevé aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios contra organizaciones criminales. Por último, debido a su menor intensidad y reproche penal, se ha incorporado el delito de banda criminal, conforme precisa el artículo 317-B del Código Penal, según el Decreto Legislativo N° 1244. Cabe señalar que la legislación nacional sobre organización criminal y banda criminal ha sido pasible de críticas y propuestas de lege ferenda, que deberían ser tomadas en cuenta por el legislador para una mejor optimización de la normatividad nacional y su aplicación por los órganos del sistema penal.

Política criminal y delincuencia organizada

La política criminal se constituye en la línea de acción de todo gobierno, independientemente de si se trata de un régimen democrático o dictatorial, y —claro está— lleva impreso los principios e ideologías de quien detenta el poder.

Por ello, el tratamiento del fenómeno criminal varía según la clase de Estado en la que se ubique.

En ese sentido, la política criminal de un régimen democrático será totalmente distinta a la de un régimen totalitario, este último muchas veces influenciado por las ideologías de corte político, como en el caso de doctrinas de defensa de los intereses del régimen o la supremacía de determinada ideología, lo cual es contrario al régimen democrático y de defensa de los derechos fundamentales.

(Zúñiga 2001, p23), indica que la política criminal, como parte de la política en general de un Estado, tiene las características básicas de cualquier actuación política: es un conjunto de estrategias para un determinado fin. Como líneas directrices de los gobiernos, tenemos que su campo de acción está definido por aquellas actividades que regula, como las políticas educativas, económicas, laborales, culturales, sanitarias, entre otras.

Sanz (2019) señala que la política criminal tiene dos perspectivas, como ámbito político y como disciplina. La primera la define como la medida o conjunto de medidas (jurídicas, sociales, educativas, económicas, etc.) que adopta una sociedad políticamente organizada para prevenir y reaccionar frente al delito, a efectos de mantenerlo en unas cuotas tolerables. Esto es, son las decisiones que una sociedad toma frente al delito, el delincuente, la pena, el proceso y la víctima (pp. 19-20).

De su parte, y desde una perspectiva académica, la política criminal también es una disciplina encargada de explorar, buscar y hallar soluciones legales que vengán a mejorar la eficacia y justicia del ordenamiento penal en una sociedad y momento histórico determinados: como resolver el conflicto entre el derecho a decidir sobre la propia maternidad y el derecho a la vida del feto en el delito de aborto, o el conflicto habido entre el derecho a disponer sobre la propia salud y el delito de tráfico de drogas. Y ello se debe a que no solo interesa analizar la concreta orientación político-criminal seguida por el legislador, sino si esta es o no adecuada a los valores y al concreto modelo social y político que se defiende (Sanz, 2019, p. 19).

Según Zúñiga (2001), la política criminal es la disciplina que estudia cuáles son los mecanismos más idóneos para hacer frente a una determinada

criminalidad desde un punto de vista preventivo y no solo represivo, y que para seleccionarlos se rige por una serie de principios que se derivan de las características del Estado social y democrático de derecho en que se inscribe. De ello se colige que la política criminal no puede pertenecer simplemente al ámbito de la política jurídica o la política penal, sino que tiene que pertenecer al ámbito más amplio de la política social de un Estado determinado (p. 63).

La política criminal debe ofrecer por parte del investigador penal aquellas herramientas jurídicas que sirvan para que el operador político pueda realizar de manera mínimamente correcta y efectiva su trabajo legislativo. La intervención penal debe respetar los principios y reglas de un Estado constitucional y democrático de derecho, con limitaciones propias derivadas de la defensa y respeto de los derechos fundamentales, por lo que se debe descartar de plano una aparente contradicción entre eficacia y garantías.

Frente a la delincuencia organizada y su desarrollo vertiginoso, y ante la necesidad de respuesta de los operadores políticos y legisladores, es que se aprecia la expansión del derecho penal, que debe ir de la mano del respeto de las garantías penales y procesales del investigado, ya que bajo el pretexto de la lucha contra la delincuencia organizada no se pueden relajar u omitir las garantías fundamentales de los imputados ni de las víctimas.

La delincuencia organizada unida a la delincuencia económica, como dos caras de la misma moneda delictiva, es uno de los más importantes retos de la política criminal, más aún en los tiempos de pandemia. Por eso, los doctrinarios de las ciencias penales deben trabajar y ofrecer productos reales y aplicables a nivel normativo para combatir el crimen organizado, sin que esto signifique el relajamiento de las garantías constitucionales y penales que protegen a los imputados.

En cuanto a medidas de carácter político criminal frente a la criminalidad organizada, como señala Sanz, siguen siendo aún necesarios los esfuerzos en materia de armonización penal y cooperación policial (intercambio de información, unidades conjuntas, sistemas de ayuda, etc.) y judicial (reconocimiento de resoluciones extranjeras), pues son aún insuficientes las leyes procesales para investigar y probar este tipo de delitos. Y ello por no hablar

de los conflictos de jurisdicción y los problemas de asignación de la investigación y el enjuiciamiento penal (2019, pp. 174-175).

La protección penal del medio ambiente.

Sin duda alguna el Estado ha dado manifestaciones de protección sobre el medio ambiente; sin embargo en estos últimos años se ha valido del Derecho Penal para combatir aquellas conductas que resultan contraproducentes al bien jurídico ambiente, a los recursos naturales, la calidad de vida y la salud ambiental.

Siendo el derecho penal la manifestación represiva por excelencia es preciso señalar que entendemos por medio ambiente, su elevación a la categoría de bien jurídico protegida y como se vienen utilizando técnicas legislativas y procesales para viabilizar dicha protección.

La definición de ambiente que establece el numeral 2.2. del artículo 2 de la Ley 28611, Ley General del Ambiente:

Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al ambiente o a sus componentes comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.

Bacigalupo define al ambiente como el mantenimiento de las propiedades del suelo, aire, y el agua, así como de la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales.

La determinación del bien jurídico ambiente ha sido materia de discusión dentro del campo de la doctrina, la discusión radicaba en si se debía proteger de manera autónoma al ambiente o si debía de protegerse a través de otros bienes jurídicos tradicionales como la vida, la salud pública, el patrimonio entre otros.

Con la evolución de los llamados derechos de tercera generación se empieza una tendencia político criminal de proteger bienes jurídicos nuevos, y el medio ambiente se presenta como uno de ellos. Es preciso señalar que es la Constitución de 1993 que lo eleva a la categoría de derecho fundamental y consecuentemente se convierte en una fuente de identificación de bienes jurídicos a proteger. (art. 2° y art 66-69).

Tal como se mencionó la mayoría de la doctrina entiende al medio ambiente como un bien jurídico específico; si embargo si utilizamos el concepto de ambiente recogido por la doctrina podríamos estar atentando contra el principio de fragmentariedad traducido en la necesidad de que el sistema criminal solo intervenga contra las infracciones más graves, contra el principio de subsidiaridad, es decir cuando los mecanismos de control extrapenal hayan fracasado y contra el principio de utilidad en la medida que el recurso punitivo resulte eficaz (Caro Coria, Carlos, Protección Penal del Ambiente), por ello resulta importante buscar dentro de las concepciones de ambiente aquella que resulte funcional a la política criminal de derecho penal mínimo.

La doctrina nacional ha considerado para efectos penales equiparar el bien jurídico ambiente a proteger la estabilidad de los ecosistemas o el equilibrio ecológico, por ello la importancia de contar con los principios antes señalados.

Por otro lado, La caracterización del ambiente como bien jurídico colectivo resalta las funciones político-criminales y dogmáticas del concepto. Mientras, su calificación como interés difuso, pone énfasis en la forma y gravedad de las vulneraciones que sufre el ambiente. En tal sentido, ambas características como bien jurídico colectivo e interés difuso, no hacen sino describir un mismo fenómeno pero desde perspectivas diferentes.

La protección penal del ambiente como política criminal en nuestro país ha evolucionado de manera paulatina, se ha creado mecanismos de protección penal y extrapenal que han apuntado a un mismo fin.

Desde las constituciones de 1979 y 1993 en donde se incorpora la protección al ambiente primero desde una perspectiva económica (1979) y posteriormente desde una perspectiva antropocéntrica (1993) se elevó a la categoría de derecho fundamental la protección al ambiente como medio

adecuado para el desarrollo de la vida, además de orientar la protección a los recursos naturales (capítulo II, del título III)

En esa línea de protección se incorporaron los delitos ambientales modificados mediante la Ley N°29263, se incorporó mediante Decreto Legislativo 1102 los delitos de minería ilegal y mediante Decreto Legislativo N° 1237 se modifica los delitos relativos a temas forestales.

Es preciso señalar que mediante el Decreto legislativo 1100 se crean las acciones de interdicción, las mismas que están dirigidas a contrarrestar la minería ilegal en todo el territorio nacional, en esa línea el decreto Legislativo 1103 que establece rutas fiscales para la comercialización y fiscalización del oro. Finalmente podríamos afirmar que en la actualidad existe una política criminal conducente a proteger penalmente al ambiente.

Derecho Penal Ambiental: Generalidades Y Particularidades de un Derecho hacia el futuro

Como punto de partida, luego de plantear cierto grado de autonomía del derecho penal ambiental se conceptualizamos y lo caracterizamos esta rama del derecho, penal ambiental como un derecho nuevo, de tercera generación, colectivo, periférico, (Balcarce, 2004) predominantemente público, fundamental, más preventivo que represivo, (Bustamante, 2010, p.50), global, accesorio, universal e inalienable.

Analizamos la conveniencia de otorgar, o no, tutela penal al medio ambiente, punto en el que se concluye, aunque nuestra Constitución Nacional no obliga a ello, que este bien jurídico debe ser protegido penalmente, y que la manera más eficaz de lograr esta tutela es a través de su protección como bien jurídico autónomo, protección esta que, en relación a este bien jurídico protegido, no viola el principio de intervención mínima o ultima ratio del derecho penal. (Boumpadre, 2003, p182).

Se observa asimismo que, independientemente de las demás corrientes doctrinarias existentes (amplia o restrictiva), la corriente doctrinaria que mejor se adapta a la delimitación de este bien jurídico tutelado, es la corriente natural o intermedia, a la que debería anexarse, el concepto de sustentabilidad ambiental, que necesariamente debe formar parte de este bien jurídico protegido.

Posteriormente, en referencia a la conveniencia de tutelar penalmente este bien jurídico en sí mismo (doctrina ecocéntrica), o según la ingerencia que una afectación de éste posea en los diferentes derechos de las personas (doctrina antropocéntrica), se ha considerado la primera como la manera más ventajosa. (Bacigalupo, 2010, p.363).

Sin embargo, cabría considerar, en lo que respecta al delito de contaminación ambiental, que el menoscabo que este delito produce generalmente en el ambiente, lesiona otros bienes jurídicos protegidos, de lo cual se desprende la posibilidad de que este delito forme parte de los denominados delitos pluriofensivos. Asimismo, a lo largo de este trabajo, se analizó las particularidades con que diferentes principios (tales como el principio de insignificancia las cuales deben ser aplicados en esta rama del derecho. (Passos, 2010)

Ejemplo de ello es que el principio de insignificancia o bagatela, para excluir la tipicidad de una conducta, debe ser aplicado, no sólo teniendo en cuenta la cantidad de especies de fauna, o flora dañada, o diferentes índices de contaminaciones producidas, sino también el impacto ambiental que la lesión al bien jurídico produce en el caso concreto.

Asimismo, para excluir la tipicidad de un delito ambiental, se observa que no sólo se debe considerar la nula afectación de este bien jurídico en un momento dado, sino también la capacidad que ese elemento natural menoscabado posee tanto para recuperarse por sí mismo, como para ser recuperado mediante la acción del hombre.

Asimismo, la mayoría de los autores sostienen, que el derecho penal ambiental puede sistematizarse dentro de un ordenamiento jurídico determinado de diferentes maneras. Las más avaladas son: a) el establecimiento de los tipos penales ambientales dentro de un Código penal, y b) la promulgación de una ley penal ambiental. Se concluyó también, en sentido contrario a lo sostenido por parte de la doctrina, que la diferente sistematización de las normas penales ambientales en base a cualquiera de estas posturas puede traer resultados más o menos eficaces en la prevención de estos delitos, más aún en nuestro ordenamiento jurídico en particular, debido ello a que la distinta sistematización adoptada influirá en la configuración de los tipos delictivos ambientales, tanto en

lo que respecta a la técnica legislativa utilizada (tipos de daño, peligro concreto o abstracto); como en lo que se refiere a la remisión, o no, a normas de carácter administrativo.

Se expone además, que el derecho penal ambiental se encuentra íntimamente relacionado con el derecho administrativo, siendo necesario este último para otorgarle vigencia real a las normas del primero, lo cual le confiere relevancia a la utilización de las leyes penales que tanto la autorización administrativa, como el acto administrativo poseen en la exclusión de la tipicidad de los delitos ambientales. (Aftalión, 2012)

En lo que respecta al análisis de la técnica legislativa utilizada en el establecimiento de los delitos ambientales, existen importantes argumentos a favor de la configuración de los mismos como delitos de peligro abstracto, y también como delitos de peligro concreto o daño.

En este orden, se argumentó que la promulgación de este tipo de delitos como de peligro abstracto es la manera más eficaz de otorgar protección a todos los bienes jurídicos colectivos, dentro de los que se encuentra el medio ambiente. (Cassola, 2005).

Esta eficacia, en razón de diferentes factores, se vería afectada al legislar los delitos ambientales como delitos de daño. En sentido contrario, un sector doctrinario se opone a la tipificación de delitos de peligro abstracto, por considerarlos inconstitucionales. (Zaffaroni, 2005, p.371).

Otros autores, teniendo en cuenta el medio ambiente como objeto de protección del derecho penal, argumentan que de establecerse las conductas que puedan menoscabarlo, como delitos de peligro abstracto, se estarían regulando conductas propias del derecho administrativo, rama del derecho que, según entienden, es más idónea para establecer sanciones para este tipo de conductas. Este es el criterio seguido en el Anteproyecto de Reforma Integral de nuestro Código Penal.

Se concluyó en este punto, que la conveniencia de optar por una u otra técnica legislativa va a depender, en gran medida, de la sistematización adoptada por el ordenamiento jurídico dentro del cual se van a regular este tipo

de conductas. En este sentido, si su regulación va a ser establecida dentro de un Código Penal (tal como acontece en España o en México), va a ser conveniente la tipificación de estas figuras delictivas como delitos de daño o peligro concreto. De otro modo, si se optara por la sistematización de estas conductas dentro de una Ley Penal Ambiental (tal como sucede en Brasil o Venezuela), se podrían establecer delitos ambientales de peligro abstracto. En la práctica, la decisión de legislar los delitos ambientales como delitos de daño, peligro concreto o abstracto, tiene su principal relevancia en lo que respecta a la prueba en los procesos llevados a cabo por la comisión de los mismos.

Un punto imposible de pasar por alto en el análisis de los delitos ambientales es el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para este tipo de delitos, ya que son éstas las que mayor daño producen en el ambiente, por lo que, independientemente de la postura que sostiene la falta de capacidad de las personas de existencia ideal para ser penalmente responsables, se concluyó, en adhesión a lo expuesto por un sector de la doctrina, que las mismas deben ser sancionadas, o mediante la correcta utilización de los instrumentos clásicos de imputación, o a través de la creación de un derecho penal accesorio para estos casos. Sin embargo, sea cual fuere la forma adoptada, ya no se considera tan indiscutible e inquebrantable el arraigado principio *societas delinquere non potest*.

Los problemas que acarrearán estos derechos colectivos, no sólo se instauran en su perfil sustantivo, sino que también se hacen eco en su faz procesal, en donde encontramos diferentes inconvenientes como la legitimación activa, la prueba, la aplicación del principio *non bis in ídem*, etc., temas que no escaparon al análisis de este trabajo.

Consideraciones finales Sumados a estos problemas y posibles soluciones, encontramos carencias tanto económicas, como sociales, educacionales, institucionales morales y sobre todo una falta de conciencia social en cuanto a los daños que la escasez de una adecuada protección penal del medio ambiente puede ocasionarnos. Diversas podrían ser las alternativas para mitigar el deterioro que el ambiente sufre día a día, tales como la incorporación de fiscales, jueces o tribunales especializados en derecho penal ambiental; además de la anexión de una policía judicial especializada, a la que

se le proporcionen los medios técnicos necesarios para un adecuado control de las normas que regulen estas conductas (ejemplo en nuestra provincia: Unidades Judiciales Ambientales) sumado ello a las, también analizadas en este trabajo, UFIMAs (Unidades Fiscales de Medio Ambiente); y la creación de un proceso ágil y dinámico que sea capaz de superar los difíciles escollos que en relación a la prueba de estos delitos se presentan, con la incorporación a estos procesos de peritos especializados en medio ambiente. A ello se deberían sumar respuestas científicas, como por ejemplo, la confección de serios estudios en criminología. Debería integrarse también a este proceso una jurisprudencia progresista, independiente de las influencias tanto del Poder Ejecutivo, como del Poder Legislativo. Asimismo, es indispensable que la jurisprudencia preserve el medio ambiente del devastador efecto del poder económico que se ejerce a través de las multinacionales.

A este fin es imperioso también un Poder Ejecutivo, el cual no sólo debería avalar económica y moralmente estos cambios, sino que también debería promoverlos, para lograr una eficaz política criminal ambiental.

Si bien estas medidas son necesarias para avanzar en el campo de la defensa penal del medio ambiente, no son condición suficiente para resolver la problemática fundamental que en esta instancia se presenta.

Para ello es indispensable la creación de una Ley Penal Ambiental que sustente todos estos cambios, o por lo menos la promulgación del Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal, el que también fue objeto de análisis de este trabajo. Sólo de esta manera, este patrimonio que hoy nos pertenece a todos puede ser íntegramente protegido, para un mejor desarrollo no sólo de todas las personas que vivimos y nos relacionamos en él ambiente, sino también, como lo expresa nuestra Constitución Nacional, para las generaciones futuras. Por ello la elección del título de este trabajo: Generalidades y Particularidades de un Derecho Hacia el futuro.

El Perú es un país minero. Con esta premisa quiero empezar lo que es un intento por esbozar las implicancias penales, como consecuencia del desarrollo de una de las principales actividades económicas mundiales y una de las que más aporta al producto bruto interno (PBI) del país; sin embargo, por las características de la actividad, es también una de las que genera mayor impacto

(positivo y negativo) en su entorno y ha sido la causa de numerosos conflictos socio-ambientales.

La actividad formal es regulada a través de medidas preventivas que el Estado adopta, cristalizándose en mecanismos como los instrumentos de gestión ambiental, los cuales identifican los impactos que la actividad va a generar y plantean medidas de previsión y control. Asimismo, es objeto de fiscalización por parte de las autoridades competentes.

Por otro lado, tenemos la otra cara de la moneda, que es la minería ilegal la cual debe ser entendida como aquella actividad que, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1100, es realizada sin contar con la autorización de inicio o reinicio de operación minera otorgada por la autoridad competente, previo informe técnico favorable del Ministerio de Energía y Minas. Este tipo de minería ha venido desarrollándose en nuestro país con especial incidencia en los departamentos de Apurímac, Arequipa, Ica, Piura Puno, y Madre de Dios. Es en este último departamento donde se ha presentado el escenario más complicado para el Estado, pues existe un fuerte grupo de presión constituido por las casi 40,000 personas que dependen en forma directa o indirecta de los réditos que produce la extracción aurífera ilegal.

Ahora bien, la tipificación de esta conducta bajo el *nomen iuris* de *delito de minería ilegal* fue incorporada al Código Penal por el artículo primero del Decreto Legislativo N° 1102, publicado el 29 febrero 2012, que entró en vigencia a los quince días de su publicación.

El tipo penal de minería ilegal comporta una figura básica (artículo 307-A del C.P.), una figura agravada (Artículo 307-B del C.P.), una figura que criminaliza el financiamiento de actos de minería ilegal (Artículo 307-C del C.P.), una figura que criminaliza la obstaculización de las labores de fiscalización administrativa (Artículo 307-D del C.P.), la criminalización del tráfico ilícito de insumos que puedan beneficiar a esta actividad (Artículo 307-E del C.P.), y finalmente una sanción de inhabilitación a los agentes que comentan este ilícito penal, dicha sanción consiste en el impedimento de ser futuros titulares de concesiones mineras (Artículo 307-F del C.P.).

El Ejecutivo habiendo entendido que la realización de actividades propias de la minería fuera de toda regulación administrativa establecida trae consigo graves repercusiones para el país, tanto por el hecho de producir graves daños en el medio ambiente al desarrollarse esta actividad de manera anti técnica; como por generar diversos efectos económicos negativos para la economía nacional, tales como promover el lavado de activos u otras actividades delictivas como el contrabando y la evasión tributaria; así como todo un entorno delictivo conexo como la corrupción y la trata de personas; constituyendo así una actividad con una severa repercusión y reproche social por la variedad y gravedad de sus efectos”.

El “delito de minería ilegal en el código penal

El delito de minería ilegal en Perú se encuentra esencialmente relacionado con procedimientos ilícitos y dañosos de extracción y exportación de oro. Esta actividad delictiva se ha focalizado, principalmente, en el departamento de Madre de Dios y las recientes fluctuaciones positivas en el valor internacional de este metal precioso constituyen un atrayente incentivo para su continuidad y su expansión. Efectivamente: El alza del precio internacional del oro a US\$ 1700 la onza (unos 28.3 gramos) ha generado el incremento de la demanda y el desenfreno por su extracción en Madre de Dios. De acuerdo con estadísticas de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, la región figura entre las cuatro principales productoras de oro del país y su economía depende prácticamente de esta actividad. Se estima que el 50 % de su PBI se sustenta en el oro. Ahora bien, a las características normativas, así como a los estándares estadísticos de su criminalización primaria y secundaria se dedican los comentarios siguientes.

Es pertinente comenzar este análisis y evaluación precisando que el texto original del Código Penal de 1991 no incluyó ninguna modalidad delictiva relacionada con la minería ilegal. Es más, entre los delitos contra los recursos naturales y el medioambiente ni siquiera se le consignó como una circunstancia agravante específica dada su alta potencialidad contaminante.

La inclusión en el Código Penal del delito de minería ilegal recién tendrá lugar once años después de su entrada en vigor. En efecto, la tipificación y la punibilidad de estas conductas se formalizo a fines de febrero de 2012 mediante

el Decreto Legislativo N° 1102. Para ello, el legislador nacional utilizó el Título XIII del Libro Segundo, dedicado a los delitos ambientales, para incorporar en su Capítulo I sobre delitos de contaminación el marco legal correspondiente a los delitos de minería ilegal. Al respecto, uno de sus considerados de dicha norma jurídica señaló lo siguiente: La necesidad de abordar legislativamente esta particular cuestión en el marco jurídico penal se halla plenamente justificada en la medida en que actualmente el ordenamiento penal, si bien prevé figuras delictivas que protegen el medioambiente de forma genérica, no cuenta con un mecanismo normativo que contemple especiales formas de criminalidad de naturaleza pluriofensiva, como es la minería ilegal, en sus diversas formas y modalidades. Por lo demás, la doctrina nacional asimiló positivamente la criminalización de estos hechos punibles como se aprecia en los siguientes comentarios que formuló *García Caveró*, quien, atinadamente, afirma que si bien la interdicción de la minería ilegal comenzó con la promulgación de los Decretos de Urgencia N.º 012- 2010 y 007-2011, tales acciones resultaron insuficientes: Pese a las medidas legales antes referidas para solucionar el problema de la minería ilegal, esta sigue existiendo en el país y, lo que es peor, los estudios realizados al respecto confirman que incluso ha aumentado significativamente.

Pero no solo eso, sino que estos estudios han hecho patente, además, que la lesividad de la actividad minera ilegal supera lo medioambiental, haciendo mella también en otros intereses sociales de carácter esencial como la salud pública, la seguridad de los trabajadores o la recaudación tributaria, sin contar con la delincuencia organizada que se une naturalmente a ella como es el caso de la trata de personas, el tráfico de drogas o el lavado de activos. Toda esa situación llevó al legislador penal a tomar la decisión de incorporar dentro de los delitos medioambientales de contaminación diversas figuras delictivas referidas específicamente a la minería ilegal.

El sistema de delitos tiene actualmente la siguiente morfología:

- Delito de minería ilegal (Art. 307°-A).
- Circunstancias agravantes específicas (Art. 307°-B).
- Delito de financiamiento de la minería ilegal (Art. 307°-C).
- Delito de obstaculización de la fiscalización administrativa de la minería ilegal (Art. 307°-D).

- Delito de tráfico ilícito de insumos químicos o maquinarias para la minería ilegal (Art. 307°-E).
- Pena conjunta de inhabilitación (Art. 307°-F).

En torno a este marco legal, se han producido posteriormente muy pocas reformas que han reformulado la redacción del Artículo 307°-A (modificado por el Decreto Legislativo N.º 1351) y del Artículo 307°-E (modificado por el Decreto Legislativo N.º 1107).

Es posible identificar que este conjunto delictivo está integrado por un tipo penal básico en el Artículo 307°-A. Asimismo, por un catálogo de circunstancias agravantes específicas en el Artículo 307°-B. Y por tres modalidades de delitos especiales o periféricos en los Artículos 307°-C, 307°-D y 307°-E. Igualmente, que su conexión sistemática con aquellos ilícitos que el Código Penal ha configurado como delitos de contaminación ambiental perfila con claridad que el bien jurídico tutelado es el medioambiente, pero, también, los regímenes normativo y contralor que han sido diseñados para prevenir la contaminación u otros daños análogos en los diferentes componentes del ecosistema nacional. En ese sentido, *Huaman Castellares* destaca lo siguiente: *El objeto de protección del delito de minería ilegal es, a nuestro entender y sobre la base de una interpretación sistemática de la norma, el medioambiente. El legislador ha creado este tipo para reprimir las acciones mineras no autorizadas, que afectarán al medioambiente o a sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental. Por muy discutible que sea este objeto de protección (en términos de su definición), es el que ha adoptado el legislador peruano, el cual podemos apreciar que tiene mucha similitud con el tipo penal de contaminación ambiental.*

En el plano estricto de la dogmática, no es posible una interpretación alternativa del tipo penal, pues la técnica de tipificación y los elementos del tipo no dejan duda de que el objeto de protección es el medioambiente.

Por consiguiente, resulta pertinente la referencia que la doctrina nacional formula sobre la eficacia antijurídica de la minería ilegal, resaltando su notable potencialidad dañosa del medioambiente: Este impacto se hace todavía mayor si se realiza de forma absolutamente ilegal, lo que supone llevarla a cabo sin ningún cuidado por el medioambiente (los instrumentos de gestión ambiental) y al margen de cualquier tipo de control por parte de la autoridad ambiental. Por lo

demás, es también una característica de los delitos de minería ilegal el que sus estructuras típicas hayan sido construidas mayormente como conductas dolosas de comisión. No obstante, se observa la adición de una modalidad delictiva de configuración culposa y que aparece refundida en el párrafo in fine del Artículo 307°-A.

A continuación, examinaremos las características típicas y los supuestos correspondientes al tipo básico y a las circunstancias agravantes específicas del delito de minería ilegal:

El tipo básico del delito de minería ilegal, el Artículo 307°-A contiene el tipo básico del delito de minería ilegal. Su redacción original fue modificada por el Decreto Legislativo N.º 1351 y quedó con el siguiente tenor:

El que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otro acto similar, de recursos minerales, metálicos o no metálicos, sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días multa.

La misma pena será aplicada al que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otro acto similar, de recursos minerales, metálicos o no metálicos que se encuentre fuera del proceso de formalización, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres o con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.

Si bien las tres fórmulas legales que integran el Artículo 307°-A han sido configuradas como delitos comunes o de dominio, resulta deducible del contexto de realización de las conductas tipificadas que el sujeto activo del delito debe tener la condición ocupacional o empírica de minero.

Pero, además, debe tratarse de un agente que practica o participa en actos de minería ilegal. Es decir, de aquellas personas que conforme a lo estipulado en el Artículo 2°, literal a) del Decreto Legislativo N.º 1105, realizan actividad minera 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. Hay, pues, un contenido normativo adicional que debe también determinarse a la hora de identificar al autor de esta clase de hecho punible. De allí que SÁENZ TORRES resalte que el sujeto activo de estos tipos penales puede ser cualquier persona que goce de la posibilidad de realizar dicha actividad de minería ilegal, lo cual generalmente va a implicar una actividad que requiera de cierto nivel de organización, dados los costos de la inversión y los beneficios que implica, sobre todo de naturaleza económica. Y es con relación a estos requisitos que se señala que el sujeto activo solo pueden ser determinadas personas, es decir se trata de un delito especial propio. En esa línea, se manifiesta GARCÍA CAVERO: La redacción literal del delito de minería ilegal podría llevar al parecer de que se trata de un delito común que puede ser cometido por cualquier persona. Un análisis más detenido lleva, sin embargo, a una opinión distinta y es que el tipo penal se dirige a las personas que realizan una actividad minera ilegal.

Ahora bien, otra particularidad hermenéutica que deriva de la técnica legislativa empleada por el legislador para redactar los tipos penales que describen e identifican los delitos de minería ilegal, está relacionada con el recurso reiterado a fórmulas propias de las leyes penales en blanco. Efectivamente, por lo general, se utilizan en el Artículo 307°-A disposiciones normativas cuyo contenido de injusto solo puede precisarse con el auxilio de otras normas reguladoras extrapenales o complementarias. Lo cual ratifica la importancia que adquieren para toda calificación jurídico-penal o proceso de subsunción típica, lo establecido por los Decretos Legislativos N.º 1100, 1101, 1105 y 1293. Sobre todo, porque solo a partir de sus regulaciones específicas puede perfilarse y distinguirse, con meridiana precisión, qué tipo de actividades de extracción minera quedan proscritas por la ley y pasan a constituir prácticas de minería ilegal. Pero, también, porque es a través de tales normas y disposiciones que es posible delimitar las características y los espacios operativos grisáceos que toleran aún acciones atípicas de minería informal o artesanal. E, igualmente, porque las mismas fijan los procedimientos y las etapas de los procedimientos de formalización o de autorización de concesiones mineras.

Por último, resulta peculiar en el delito que se examina el modo de tipificar los actos constitutivos de minería ilegal y su naturaleza antijurídica, debido a la frecuente alusión que el tipo penal hace a conceptos técnicos y propios de la actividad minera formal y regulada. Dos ejemplos permiten graficar estas especialidades en el marco del tipo penal básico descrito por el Artículo 307°-A del Código Penal.

En primer lugar, está la caracterización del objeto de acción del delito y al que la norma legal designa como recursos minerales metálicos o no metálicos. Lo que hace insoslayable la necesidad de adscribir previamente una calidad específica a los minerales involucrados en el delito y que los califique como parte de una de esas dos categorías minerales. En consecuencia, resulta ineludible para todo análisis dogmático explicar que son considerados minerales metálicos los siguientes: aluminio, hierro, manganeso, cromo, titanio, cobre, plomo, zinc, estaño, oro, mercurio y uranio. Los cuales tienen como característica común el poseer en su composición enlaces químicos metálicos, a la vez que una fisonomía brillante, una estructura sólida y una contextura dúctil. Asimismo, que corresponden a los minerales no metálicos: arcilla, arena, baritina, bentonita, cal, granito, yeso, azufre, diamante, mica, sal común y talco. En todos estos los rasgos comunes que los distinguen son el de ser buenos conductores de calor y electricidad, así como el tener una fisonomía transparente y opaca.

Y, en segundo lugar, aparece como otra exigencia de esclarecimiento dogmático, la misma delimitación de las conductas criminalizadas. Sobre todo, porque el legislador las enumera utilizando denominaciones que aluden a distintas etapas del ciclo, proceso o industria minera formal y regular. Es así que en el tipo penal se mencionan las actividades de exploración, extracción, explotación u otros actos similares. Siendo así, se requiere definir las y diferenciarlas con base en sus características operativas y de oportunidad de aquellas que tienen lugar bajo el amparo de todas las permisiones legales requeridas.

Es por todo ello que tanto la doctrina como la jurisprudencia sobre el delito de minería ilegal se han referido a él a través de un concepto complejo e interactivo que suele estar integrado por tres componentes: la realización de un acto minero, la antijuricidad de este y el impacto negativo que aquel genera.

Así, por ejemplo, *Huamán Castellares* sostiene que: El tipo base tiene tres elementos normativos centrales que lo conforman: a) la realización de un acto minero; b) el no contar con la autorización de la entidad administrativa; y c) el daño potencial o efectivo al medioambiente. Por su parte, en la Sentencia de Casación N° 464-2016 del 21 de mayo de 2019, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema asumió un concepto similar: La conducta típica del delito de minería ilegal se compone por tres elementos normativos centrales: a) la realización de un acto minero, que se define como la actividad dirigida a la obtención final de un mineral a través de la exploración, la extracción y la explotación. La disposición establece un catálogo semiabierto de actividades, con la frase ‘u otros actos similares’. Se abarca todos los tipos de minerales, tanto los metálicos (oro, plata, cobre, entre otros) como los no metálicos (azufre, yodo, litio, sal, agregados, entre otros); b) falta de autorización de la entidad administrativa. Se debe considerar que es un tipo penal en blanco, pues para verificar su configuración típica es necesario recurrir a las normas administrativas; y c) el daño potencial o efectivo al medioambiente.

De estos tres componentes del delito de minería ilegal, el más importante es aquel que condiciona la calidad antijurídica de las operaciones mineras a la falta de una autorización formal que debe emitir el organismo estatal competente y que presupone una solicitud expresa y detallada, la evaluación de un conjunto de requisitos que incluyen registros de los operadores y de las actividades a realizar, exámenes de los riesgos contingentes para el ambiente o salud ambiental, cumplimiento de protocolos de seguridad, etc. Estos permisos involucran la intervención de entes especializados del Ministerio de Energía y Minas y del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Este último es la autoridad competente para fiscalizar en materia ambiental a la mediana y gran minería; mientras que los gobiernos regionales (GORE) y la Dirección General de Minería (DGM) del Ministerio de Energía y Minas (MEM) son competentes para la fiscalización de la pequeña minería y minería artesanal en sus respectivos ámbitos de jurisdicción.

Lamentablemente, lo engorroso y complicado de los programas de formalización de la actividad minera, al margen de la ley, no han motivado un acceso masivo a los programas de formalización, lo cual en los últimos años busca corregirse flexibilizando las formas y haciendo más ágiles los trámites

correspondientes. Frente a las justificaciones y prácticas de la formalización de los mineros informales e ilegales son pertinentes las siguientes explicaciones que inciden, sobre todo, en la prevención y la mitigación de los daños directos y colaterales que en un nivel de alto riesgo conlleva toda práctica de minería no autorizada ni fiscalizada: Para atenuar este riesgo ambiental, la administración requiere al productor una serie de condiciones para autorizar un acto minero. Las condiciones varían en función del tipo de actividad minera que se desee realizar, no son los mismos requisitos los solicitados a quien realiza minería artesanal o pequeña, que aquellos que son solicitados a quien realiza mediana y gran minería; y el acto minero en concreto”.

La razón “de dicha distinción radica en la potencial afectación al medioambiente por parte de la actividad minera, pues se considera que las actividades menores son menos dañinas. Si bien dicho enfoque es casi siempre correcto, un enfoque de real protección al medioambiente debería tener en consideración el daño potencial al medioambiente y no al nivel de la actividad desplegada por la persona. En un esquema sectorial como el nuestro, la actividad minera requiere de autorización del Minem para operar formalmente. Sin embargo, no solo requiere permisos y autorizaciones de dicha entidad, sino que en función de la actividad y el sector involucrado puede requerir autorizaciones de otros sectores, como es el caso del Ministerio de Transportes y Comunicaciones o el Ministerio de Agricultura o de entidades adscritas.

Tal como puede apreciarse, son una serie de requisitos los que una persona ha de cumplir antes de efectuar el acto minero.

Ahora bien, el acto minero ilegal y de capacidad dañosa que debe ejecutar el agente puede adquirir cualquiera de las siguientes formas:

Actos de exploración: Se trata de realizar una actividad de naturaleza prospectiva y económica. Implica toda acción desplegada por el agente para evaluar la potencialidad productiva de un yacimiento mineral. Puede consistir en poner en práctica estudios y pruebas idóneos para proyectar su rendimiento económico posible o si el mismo por su ubicación y sus características geológicas es susceptible de ser aprovechado económicamente. Esta conducta debe ejecutarse siempre sin contar con las autorizaciones de las autoridades competentes o de modo clandestino. Sin embargo, ella no equivale ni comprende

formas de hallazgo minero. Como bien esclarece la doctrina especializada, no se trata de descubrir un yacimiento, sino de evaluar un yacimiento ya descubierto.

Actos de extracción: Comprende todo proceso activo no autorizado o practicado en áreas legalmente reservadas o prohibidas dirigido a rescatar el mineral del yacimiento donde este se encuentra, aplicando los medios mecánicos, técnicos o químicos que sean idóneos para ello o análogos y artesanales potencialmente dañosos para el medioambiente, la calidad ambiental o la salud ambiental.

Actos de explotación: Como detallan los expertos, ellos incluyen todas las modalidades posibles de prácticas extractivas del mineral en bruto o mezclado. Por consiguiente, la explotación es aquella actividad que tiene por objeto extraer minerales de un yacimiento. No necesita mayor explicación salvo señalar que las operaciones de explotación se dividen en dos grupos principales: de superficie (pozos y trincheras, canteras, arranque a cielo abierto, dragado, métodos hidráulicos); y subterráneos (son variables como los yacimientos, creándose por esa razón procedimientos especiales para los distintos yacimientos). Queda claro que todos estos actos y modalidades de extracción deben llevarse a cabo sin el permiso, control ni el registro administrativo correspondiente, o realizarse en zonas geográficas restringidas o prohibidas y empleando insumos, medios y maquinarias perjudiciales al medioambiente.

Otros actos similares: El legislador posibilita con esta expresión una interpretación analógica comprensiva de otras actividades del ciclo de la industria minera, como son los actos de cateo, prospección, desarrollo o labor general, pero solo en la medida que ellos puedan resultar riesgosos para el medioambiente o estén prohibidos o restringidos por la normativa administrativa. Al respecto, *García Caveró* advierte que el tipo penal se refiere a cualquier actividad relacionada con el aprovechamiento de los minerales y que requiera de una autorización previa por parte de la autoridad sectorial correspondiente.

Es importante mencionar que se trata de un tipo penal alternativo que reúne varias conductas diferentes, pero que son equiparables tanto para la tipicidad como para la punibilidad del mismo delito. Por tal razón, la norma no excluye la posibilidad de que un mismo agente desarrolló sucesiva o simultáneamente dos

o más de los actos mineros ilegales mencionados. Según los casos, ello puede constituir un delito continuado o un concurso real de delitos y dar lugar a las consecuencias jurídicas que sobre la punibilidad regula para tales supuestos los Artículos 49° y 50°, respectivamente.

También es relevante precisar que el legislador no exige un volumen umbral promedio o mínimo de la extracción o explotación mineral para que la conducta realizada logre tipicidad penal.

En cuanto al momento consumativo del delito, este se produce de modo instantáneo, sea que se trate de las distintas modalidades delictivas típicas que se regulan en el Artículo 307°-A y que corresponden alternativamente a las de lesión (causa perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental) o a las de peligro (pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental).

Cabe destacar que en el segundo párrafo del Artículo 307°-A que fue introducido por el Decreto Legislativo N° 1351, del 6 de enero de 2017, el legislador reprime en gran medida las mismas conductas que tipifica el párrafo primero de dicha norma, con la única diferencia de que se contextualiza la realización de tales actos exigiéndose que ellos tengan lugar fuera del proceso de formalización. No hay claridad respecto a la necesidad o utilidad práctica de esta criminalización. Sin embargo, al parecer ella se incluyó para hacer viable una situación especial relacionada con la condición transitoria de quienes habiendo llevado a cabo prácticas de minería ilegal ingresaron a un proceso de formalización, pero continuaron, paralelamente, con tales prácticas. Adicionalmente, se procuraba dar coherencia y eficacia a lo dispuesto en la única disposición final y complementaria del mismo Decreto Legislativo N.º 1351, que había incorporado una causal de exclusión de pena para quienes, estando incursos en prácticas de minería ilegal, hubieran ingresado a los procesos de formalización y registro establecidos por el Decreto Legislativo N.º 1336. Según dicha norma:

Están exentos de responsabilidad penal por la comisión del delito de minería ilegal establecido en el Artículo 307°-A, quienes se encuentren en los siguientes supuestos:

a) El sujeto de formalización minera que no logra la autorización final de inicio o reinicio de operaciones mineras por culpa inexcusable o negligente del funcionario a cargo del proceso de formalización.

b) El agente de los delitos de minería ilegal, que se inserte al Registro Integral de Formalización Minera, dentro del plazo establecido en el numeral 4.2 del Artículo 4o del Decreto Legislativo N.º 1293.

Ahora bien, en el Artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1336 se precisan los requisitos, así como las fases que deben cumplirse para la culminación de un proceso de formalización minera integral y que son los que se transcriben a continuación:

3.1 La formalización minera integral, puede ser iniciada o continuada, según sea el caso, por el sujeto inscrito en el Registro Integral de Formalización Minera que realiza su actividad cumpliendo con lo siguiente:

1. Aprobación del Instrumento de Gestión Ambiental y Fiscalización para la Formalización de Actividades de Pequeña Minería y Minería Artesanal - IGAFOM o del Instrumento de Gestión Ambiental Correctivo cuando corresponda.
2. Acreditación de propiedad o autorización de uso del terreno superficial.
3. Acreditación de titularidad, contrato de cesión o contrato de explotación respecto de la concesión minera.

3.2 No será exigible la presentación del certificado de inexistencia de restos arqueológicos, siendo suficiente la presentación de una declaración jurada sujeta a fiscalización posterior por parte del Ministerio de Cultura.

Además de lo señalado en el párrafo anterior, el Ministerio de Cultura tiene acceso al mecanismo de la ventanilla única que contiene la información del Registro Integral de Formalización Minera.

3.3 La Dirección y/o Gerencia Regional de Energía y Minas, o quien haga sus veces, emite, de corresponder, la autorización de inicio o reinicio de actividades mineras de explotación y/o beneficio de minerales y/o título de concesión de beneficio, considerando el cumplimiento de los requisitos citados en el presente artículo.

3.4 Los requisitos a que se refiere el presente artículo pueden ser tramitados o acreditados de manera simultánea.

3.5 El Ministerio de Energía y Minas establece mediante Decreto Supremo, en un plazo máximo de sesenta (60) días calendario, contados a partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo, las disposiciones complementarias referidas a los numerales 2 y 3 del párrafo 3.1 del presente artículo, así como de la autorización de inicio o reinicio de actividades mineras de explotación y/o beneficio de minerales y/o título de concesión de beneficio.

En consecuencia, debe mantenerse la criminalización de quien, pese a conocer de los requerimientos y las oportunidades legales de formalización, optara por no asimilarse o participar de ellos de manera fraudulenta y proseguir con la ejecución de actos de minería ilegal. En esa línea, *García Caverro* advierte lo siguiente: En tanto la persona u organización de personas que lleva a cabo la actividad minera se encuentra en el marco de un proceso de formalización, su actividad no podrá enmarcarse en el tipo de minería ilegal.

Sin embargo, esto no impide que una actividad minera informal pueda devenir en una actividad minera ilegal y penalmente sancionada si es que no se llega a obtener la formalización y persiste el desarrollo de la actividad minera. Con respecto a los alcances del párrafo segundo del Artículo 307°-A, también se ha pronunciado *Peña Cabrera Freyre* en los ternos siguientes: Advertimos en esta regulación punitiva de la minería informal un tratamiento político-criminal privilegiado; si bien reconocemos la necesidad que tienen estos agentes económicos de formalizar su actuación, ello no puede permitir que se sacrifique la función del Derecho Penal de tutelar a los bienes jurídicos más importantes para el individuo y la sociedad.

Sobre la tipicidad subjetiva, la norma que se examina exige la presencia del dolo para la realización de las modalidades que se sancionan en los dos primeros párrafos. En estos casos, por tanto, el agente debe actuar de modo consciente y voluntario. El dolo, además, debe abarcar los tres elementos que caracterizan objetivamente al delito de minería ilegal: la realización de un acto minero, la carencia de autorización o la existencia de prohibición para realizarlo y el impacto negativo que aquel es capaz de generar al medioambiente.

El párrafo tercero del Artículo 307°-A regula una conducta culposa que puede tener lugar materializando actos de minería autorizados formalmente, pero que por la temeridad, negligencia o impericia o error del agente pueden generar un riesgo no permitido o un daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental. Igualmente, cuando por información no

verificada practica actos mineros en zonas no autorizadas o por presumir que posee un permiso de mayor operatividad de la que realmente le corresponde. En relación con las posibilidades de imputación culposa, un sector de la doctrina especializada sugiere que puede imputarse una actuación culposa al minero que, por datos externos, puede suponer que la autorización administrativa con la que opera es nula. Por otro lado, todas las actuaciones realizadas en una situación de error de tipo vencible, no son más que casos de actuación culposa y, por lo tanto, sancionables con la pena prevista para esta forma de imputación subjetiva.

En cuanto a la penalidad conminada para los delitos de minería ilegal, esta puede ser conjunta para los delitos dolosos y alternativa conjunta para la modalidad delictiva culposa. Según los casos, se pueden aplicar integrada por penas privativas de la libertad, de multa, de prestación de servicios a la comunidad y de inhabilitación. Veamos:

Para los delitos dolosos del primer y segundo párrafo del Artículo 307°-A, se impondrán pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y pena de multa de cien a seiscientos días multa.

Para el delito culposo del párrafo tercero se podrá imponer, alternativamente, pena privativa de libertad no mayor de tres años o pena de prestación de servicios a la comunidad de cuarenta a ochenta jornadas.

Ahora bien, de manera técnicamente errada, el legislador ha incluido en el Artículo 307°-F una pena de inhabilitación que debe imponerse conjuntamente con las correspondientes a cada una de las tres modalidades delictivas reguladas. El contenido de las incapacidades que producirá la pena de inhabilitación lo precisa el citado artículo señalando, en primer lugar, que son las consignadas en el marco del inciso 4 del Artículo 36° del Código Penal. Pero, luego, las especifica en los siguientes términos: Inhabilitación para obtener a nombre propio o a través de terceros, concesiones mineras, de labor general, de beneficio o transporte de minerales metálicos o no metálicos, así como para su comercialización. Los errores cometidos en la conminación de esta pena limitativa de derechos son dos y afectan la naturaleza y duración de la misma. Efectivamente, por un lado, se omite consignar la extensión cuantitativa de la pena de inhabilitación; y, por otro, se pretende superar esta omisión que afecta el principio de legalidad consignando que ella será impuesta por un periodo igual al de la pena principal. En esta última disfunción legislativa se confunde la

naturaleza de la inhabilitación conminada que no es el de una pena accesoria, sino el de una pena principal. Por tanto, su extensión debe ser la que establece el Artículo 38° del Código Penal que fija entre seis meses a diez años.

Las circunstancias agravantes específicas, En el Artículo 307°-B se ha incorporado un catálogo de circunstancias agravantes específicas. Se trata únicamente de supuestos calificantes de primer grado o nivel. El texto legal que las describe y caracteriza es el siguiente:

La pena será no menor de ocho años ni mayor de diez años y con trescientos a mil días-multa, cuando el delito previsto en el anterior artículo se comete en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. En zonas no permitidas para el desarrollo de actividad minera.
2. En áreas naturales protegidas, o en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas.
3. Utilizando dragas, artefactos u otros instrumentos similares.
4. Si el agente emplea instrumentos u objetos capaces de poner en peligro la vida, la salud o el patrimonio de las personas.
5. Si se afecta sistemas de irrigación o aguas destinados al consumo humano.
6. Si el agente se aprovecha de su condición de funcionario o servidor público.
7. Si el agente emplea para la comisión del delito a menores de edad u otra persona inimputable .

Todas ellas están destinadas a operar exclusivamente con los delitos dolosos que se tipifican y sancionan en el Artículo 307°-A como formas de minería ilegal. La ley identifica siete circunstancias agravantes específicas cuyos indicadores calificantes son de diferente naturaleza y condición. Esto último es importante, dado que posibilita la compatibilidad de todas ellas y que un mismo agente pueda realizar varias circunstancias agravantes dado lugar a un caso de concurrencia que ha de tener eficacia al momento de individualizar la pena concreta aplicable.

Conforme al catálogo circunstancial diseñado, cabe reconocer la siguiente tipología:

- Circunstancias agravantes por la localización de la operación minera ilegal (incisos 1 y 2): Estas circunstancias agravantes sobrecargan la punibilidad en atención a la condición excluida o vulnerable donde se localiza el área de realización de los yacimientos o actos mineros. Como bien explica *Huamán Castellares*, la actividad minera no puede ser realizada en cualquier lugar, existen zonas especialmente sensibles donde, como paso previo a la realización del acto minero, requieren de un estudio de compatibilidad. O puede ser que per se la actividad minera se encuentre prohibida al interior de aquellas. A modo de ejemplo, la ley menciona la existencia de una prohibición formal que hace intangible el espacio geográfico designado y su subsuelo, para la iniciación o sostenimiento de actividad minera de cualquier índole. Asimismo, que se trate de yacimientos ubicados al interior o en las cercanías de asentamientos humanos como comunidades andinas o amazónicas. La configuración de esta agravante requiere que el agente conozca o pueda inferir tales calidades de la zona geográfica donde opera. Sin embargo, no son exigibles dimensiones mínimas o máximas del área sometida a operaciones de minería ilegal; ni tampoco el tiempo mayor o menor que dure en aquellos lugares la realización de las actividades mineras que ejecute el agente del delito.

En torno a esta circunstancia agravante específica, cabe señalar, además, que según lo dispuesto en el Artículo 1336° sobre disposiciones para el proceso de formalización minera integral: Las personas naturales o jurídicas que ocupen áreas no permitidas para el ejercicio de la minería, tales como zonas arqueológicas, áreas naturales protegidas, reservas indígenas, reservas territoriales en proceso de adecuación y otras de acuerdo a la legislación vigente no pueden acogerse al proceso de formalización minera integral. Por tanto, la actividad minera que tenga lugar en dichas áreas siempre producirá la calificación que se está analizando.

- Circunstancias agravantes por el medio o procedimiento empleado en las actividades extractivas (incisos 3 y 4): En estos casos la mayor punibilidad responde a la mayor capacidad dañosa del medio empleado en las operaciones ilegales que practica el agente. Como en el caso anterior, el legislador muestra enunciativamente que puede tratarse de dragas o de aquellos que resulten potencialmente peligrosos para bienes

jurídicos importantes como la vida, la salud o el patrimonio.

- Circunstancias agravantes por el tipo de daño ocasionado por la actividad minera ilegal realizada (inciso 5): Esta agravante alude a la producción de daños importantes que importan la afectación de servicios que comprometen el uso de aguas, sea para la agricultura como para el consumo de personas. Ello implica una conexión objetiva del acto minero y de sus medios o procedimientos con el efecto perjudicial que proyectan en su interacción con fuentes acuáticas. Un ejemplo grave de ello es la exposición o desviación de desechos y relaves mezclados con residuos de mercurio hacia ríos, lagunas, acequias o manantiales.

- Circunstancias agravantes por el prevalimiento del agente (inciso 6): El agravante toma en cuenta la calidad funcional del autor del delito. Para esto último es necesario que aquel se pueda adscribir a las diferentes categorías de funcionarios o servidores públicos que registra el Artículo 425° del Código Penal. A través de esta circunstancia específica, se busca sobre criminalizar a quien no solo comete el delito de minería ilegal, sino que al hacerlo infracciona deberes especiales de prevención e interdicción de la minería ilegal que corresponden o derivan del cargo o competencias que ejerce. No obstante, lo que hace más grave su ilícito proceder es que se sirve del cargo o autoridad que ostenta para iniciar o mantener los actos de minería ilegal. En ese sentido, resulta pertinente distinguir que se sanciona al aprovechamiento del cargo y no la realización del acto de minería ilegal en el ejercicio de un cargo. En el primer caso, la conducta requiere que la persona se haya valido del cargo, de cualquier manera, aprovechándose del mismo para poder realizar el acto de minería ilegal. Por ejemplo, es el caso de aquel funcionario de un gobierno regional que evita las fiscalizaciones ambientales en una determinada área donde operan mineros ilegales que él dirige. Ahora bien, si la conducta del agente se limita a tolerar las prácticas de minería ilegal que realizan terceros, él podría incurrir, según los casos, en otros delitos como omisión de funciones o encubrimiento.

- Circunstancias agravantes por el modo de ejecución del delito (inciso 7): La norma alude a una agravante específica que se configura a partir de una modalidad de autoría mediata donde el menor de edad o el inimputable opera como intermediario material y a quien se involucra en

la realización de los actos mineros. El que se brinde contraprestaciones de cualquier tipo a aquellos por parte del agente no afecta la realización del agravante. Es también importante que este empleo de personas de mayor vulnerabilidad en la experiencia criminológica de la minería ilegal es frecuente lo que puede, también, dar lugar a otros delitos conexos como la trata de personas o las prácticas de esclavitud. En cuanto a la edad de los menores, el límite etario será por debajo de los dieciocho años. Tal vez el legislador debió considerar a las personas mayores de sesenta y cinco años. En el supuesto del inimputable, bastará que este evidencie trastornos psíquicos de cualquier tipo y etiología que le impidan entender las circunstancias y las condiciones del empleo al que es sometido.

Cabe cuestionar que el legislador nacional no haya tomado en cuenta otros factores agravantes como el volumen relevante de la operación o la mayor duración de las operaciones ilegales o el hecho de que el agente esté integrado en una organización criminal o que realice actividades delictivas conexas como trata de personas o explotación de seres humanos.

Para todos los casos considerados por el Artículo 307°-B, la penalidad conminada también es conjunta y comprende penas privativas de libertad (no menor de ocho años ni mayor de diez años), de multa (no menor de trescientos ni mayor a mil días-multa) y de inhabilitación (no menor de seis meses ni mayor a diez años) .

IV.- METODOLOGÍA

4.1.- Tipo de investigación

“De acuerdo al fin que se persigue.

Básica. - Por ser una investigación de la ciencia jurídica, pues permitirá ampliar conocimientos jurídicos de la minería ilegal en el Perú.

Por ser una investigación **dogmática**, no se consideran ámbitos espacial ni temporal, tampoco no se tomará universo y muestra, pues se tomará como referencia casos emblemáticos.

4.2.- Diseño de investigación.

Se utilizó, un diseño cualitativo descriptivo; con un tipo de investigación de tipo acción, el investigador ejecutó un proceso de análisis personal de comprensión de ésta situación la cual investiga, utilizando procedimientos inductivos y el procedimiento concreto a través de la observación y la interpretación, relación con la teoría de De Souza (2009).

4.2.1.- Investigación cualitativa:

En la investigación cualitativa; la recaudación de datos, análisis y sus comentarios no se declaran al ultimar, ésta se realiza subsiguientemente al trabajo de campo, a través de una aclaración de los propios datos y primera consideración, a través de la hermenéutica. (Hernandez, 2010).

4.3.- Escenario de estudio.

Población y Muestra.

Población : La referencia del estudio es la provincia de Jaén.

Muestra : Se obtendrá información en las entidades correspondientes, como el gobierno regional, ministerio de ambiente de la Región Cajamarca sede en Jaén. Fiscalías de medio ambiente.

4.4.- Participantes.

Ellos son:

- La Bachiller encargado de la investigación,
- El asesor de tesis designado por la Facultad de Derecho,
- Terceros colaboradores, como son miembros de la policía nacional, ministerio público.
- Personal de apoyo en las encuestas.

4.5.- Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

Técnica de recopilación documental: Se extraerá de los datos preexistentes, contenidos en los archivos del ministerio de ambiente, fiscalías, Comisaria, previa coordinación con solicitud dirigida las autoridades respectivas.

Técnica de Observación:

Durante la ejecución de este proyecto se observó la problemática, logrando captar los datos más importantes.

Técnica de fichaje: Se elaborará fichas, donde se registrará la doctrina nacional y extranjera; así como, la legislación nacional y comparada aplicable al presente estudio.

4.6.- Procedimientos de recolección de datos e informaciones.

El Método. - a seguir es el jurídico-dogmático, asimismo se incidirá en un estudio histórico y comparativo en relación al tema

De Análisis Una vez acopiada la información, se ingresarán todos los datos al ordenador para su correspondiente procesamiento; para ser descritos, examinados y sirvan de fuente para la extracción de la síntesis informativa.

4.7.- Análisis estadístico de los datos.

Se recolectará información de los diferentes libros de autores nacionales y extranjeros, legislación nacional y legislación comparada, revistas especializadas y publicaciones relacionadas al tema de estudio.

Así mismo la información que se recabará de los informes policiales los cuales serán procesados en Microsoft Excel, para elaborar los cuadros

estadísticos y demostrar gráficamente la situación problemática del estudio que se está realizando”.

4.8.- Rigor científico.

Consistencia, porque en la investigación, se ha sostenido en un nivel aceptable donde los hallazgos realizados dentro de la indagación han sido determinados por los sujetos investigados y las situaciones de la indagación y no por los apacibles, estimulaciones, beneficios o perspectivas del investigador.

Credibilidad. - o valor de la verdad, conocido como autenticidad, permite demostrar los fenómenos y las experiencias humanas, tal y como son percibidos por los sujetos. Se refiere a la aproximación que los resultados de una investigación deben tener en relación con el fenómeno observado, así el investigador evita realizar conjeturas a priori sobre la realidad estudiada. Este criterio se logra cuando los hallazgos son examinados como reales o verdaderos por las personas que participaron en el estudio.

Confirmabilidad.- Denominado también objetividad, bajo este discernimiento las consecuencias de la investigación deben garantizar la veracidad de las descripciones realizadas por los participantes. La confirmabilidad consiente tener conocimiento del papel del investigador en el lapso del trabajo de campo e igualar sus trascendencias y limitaciones para controlar los posibles juicios o críticas que suscita el fenómeno o los sujetos participantes. La investigación viene a ser cualitativo, pues conlleva al compromiso ético de enviar información a los implicados donde se desarrollará el trabajo.

Auditabilidad.- permite un rigor de terminado estudio cualitativo, cuando otro estudioso debe continuar la línea de toma de decisiones utilizadas por el autor de la investigación y llegar a concluir aspectos parecidos o similares. (Hernández, Fernández y Baptista, 2014) ”.

CONCLUSIONES

1. Esta “actividad de minería ilegal e informal, deja factores contaminantes en el aire, agua y suelo, éstas son originadas por máquinas y técnicas empleadas para la extracción del oro, las máquinas excavadoras dejan gases tóxicos y esto contribuye a la contaminación del aire, además las máquinas llamadas bombas o pistolas que con su efecto a presión de agua genera la destrucción de la capa vegetal y el derivo de árboles, lo que ocasiona un pasivo ambiental que duraría siglos para recuperarse”.
2. El derecho “penal ambiental se encuentra íntimamente relacionado con el derecho administrativo, siendo necesario este último para otorgarle vigencia real a las normas del primero, lo cual le confiere relevancia a la utilización de las leyes penales ambientales en blanco. Como uno de los puntos clave del trabajo, se analizó la injerencia que tanto la autorización administrativa, como el acto administrativo poseen en la exclusión de la tipicidad de los delitos ambientales”.
3. El delito “de minería ilegal no ha alcanzado aún una década de estar criminalizado en el Código Penal. Sin embargo, su presencia en las estadísticas de criminalidad nacionales muestra que sus cifras se van incrementando de año a año, lo cual daría a entender que el sistema penal evidencia eficacia en su interdicción y su sanción”.

RECOMENDACIONES

1. Los “procesos de formalización deben busquen incorporar a la mayoría de mineros informales no solamente es lo ideal, sino que, además, debiera ser la exigencia del sentido de la norma; no obstante, esta idea resulta utópica en la medida en que muchos de ellos no pueden cumplir o inclusive no quieren cumplir con los requisitos cada vez menores que estos procesos establecen”.
2. La “actividad Minera en el Perú, por su preponderancia en la Economía y el Desarrollo del país, deberá ser necesariamente parte integrante de un Proyecto Nacional, que acumule todas las peculiaridades territoriales y las conductas poblacionales, en un contexto Político y Económico; y que a su vez, brinde en proyección, a corto, mediano y largo plazo, todas las oportunidades para cambios sustantivos a favor de las Comunidades adyacentes a los Centros de exploración y explotación minera; Desarrollo Económico Sustentable, deseado y muchas veces esperado, no necesariamente impuesto por los líderes circunstanciales o por presión de Organismos particulares, con fines subterráneos y muchas veces con influencia política”.
3. En el “Perú, se carece en la actualidad de una Política Pública, que propenda al Ordenamiento territorial a nivel nacional, aplicándose conceptos de geografía física y económica, identificándose Zonas Económicas aptas para la exploración y explotación racional de nuestros recursos naturales; para ello, es necesario realizar un Mapeo que sirva de Instrumento Técnico y Administrativo, y posteriormente Normativo, para el Planeamiento del desarrollo de las Regiones del país”.

BIBLIOGRAFÍA

- Aftalión, E. R. (2012). *Derecho Penal Administrativo, con la colaboración de Laureano Landaburu*. Bs. As.: Ediciones Acayú.
- Alvarado Barbarán, L. (2014). *Impactos y lecciones aprendidas de la minería ilegal e informal en Madre de Dios. Economía y Sociedad*.
- Bacigalupo, E. (2010, p.363). *Derecho Penal Económico. Capítulo: Instrumentación Técnico Legislativa de la Protección Penal de Medio Ambiente DERECHO PENAL AMBIENTAL*. Lima: Editorial Hammurabi. José Luís Desalma Editor.
- Balcarce, F. (2004). *Introducción a la Parte Especial del Derecho Penal Nuclear*. Córdoba: Editorial Mediterránea.
- Boumpadre, J. (2003, p.182). *Derecho Penal Económico Parte General*. Córdoba, Argentina: Tomo II. Editorial Mediterránea.
- Bustamante, A. J. (2010, p.50). *Derecho Ambiental Fundamentación y Normativa*. Ba. As. Argentina: Editorial Abeledo Perrot.
- Cassola, P. G. (2005). *Medio Ambiente y Derecho Penal: Un Acercamiento*. Bs. As. Argentina,: Editorial B de F Ltda. Montevideo, Uruguay, y Euros Editores S.R.L.
- Chayña Aguilar, L. &. (2016). *El Delito de Minería Ilegal*. Lima-Perù.
- Flores, C. E. (1989, P.223). *Ensayo sobre el desarrollo económico de México y América Latina (1500-1975)*, México: Fondo de Cultura Económica.
- García, C. P. (P.920). *Derecho Penal Económico. Parte especial. Volumen II*.
- García, C. P. (P.921). *Derecho Penal Económico. Parte especial. volumen II*.
- Hernández, R. (2010). *Metodología de la investigación*. México: Editorial McGraw Hill.
- Huamán Castellares, D. (2014). *El delito de minería ilegal: principales aspectos*.
- Huamán, C. D. (2013-2014). *El Delito de minería ilegal: Principales aspectos sustantivos sobre el tipo base y sus agravantes. En Temas de Derecho Penal Económico*. Lima.

- Huamàn, C. D. (2013-2014, pp.428-429). *El delito de minería ilegal: Principales aspectos Sustantivos sobre el tipo base y sus agravantes*. Lima.
- Kingman, G. E. (1992, p. 175). *Ciudades de los Andes. Visión histórica y contemporánea*, . Quito: Centro de Investigaciones Ciudad e Instituto Francés de Estudios Andinos. .
- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental-OEA. (2016,p.3). *Guía para la fiscalización ambiental a la pequeña minera y minería artesanal*. OEA. Lima.
- Passos, D. F. (2010). *La Responsabilidad Ambiental*. Mexico.
- Peña, C. F. (2019,p.288). Los Delitos de minería ilegal en el contexto de una política criminal, bajo la dialectica de la prevención y represión. En *Actualidad Penal*. Lima.
- Sàenz, T. A. (2014). El delito de minería ilegal. *Revista de Derecho y Ciencia Políticas, Vol.71 N°1*, p.270.
- Sàenz, T. A. (pp,274 y sus ss.). *El delito de minería ilegal*.
- Zaffaroni, E. R. (2005, p.371). *Manual de derecho Penal: Parte general*. . Buenos aires: Editorial Ediar. .
- Zúñiga, L. (2016). El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas. *Revista Nuevo Foro Penal*, 12(86),
- Prado, V. (2006). Criminalidad organizada y lavado de activos en el Perú. En Mendoza, F. (coord.), *Ley contra el crimen organizado (Ley n.º 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal*. Instituto Pacífico.
- Sanz, N. (2019). *Política criminal*. INEJ.
- San Martín, C. (2004). La reforma procesal peruana: evolución y perspectivas. En Hurtado, J., *Anuario de Derecho Penal. La Reforma del Proceso Penal Peruano* (pp. 27-68). Fondo Editorial PUCP.