

Evaluación del Impacto Ambiental en Minería: A Propósito del Nuevo Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Exploración Minera*

Karim Kahatt**
Cecilia Azerrad***

El presente artículo analiza la estructura del régimen legal de evaluación de impacto ambiental a nivel del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y del subsector minero. Este último, en lo que a evaluación de impacto ambiental respecta, ha resultado ser un subsector fraccionado dando como resultado una variedad de sub-régimenes legales de evaluación de impacto ambiental al interior del propio subsector minero. Así, el autor en el presente artículo analiza los elementos centrales, criterios de distinción entre uno y otro sub-régimen, distinguiéndolos entre la gran, mediana y pequeña minería; y fundamentalmente identifica los aciertos, deficiencias y vacíos aún existentes, luego de haberse publicado el Nuevo Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Exploración Minera.

INTRODUCCIÓN

Ante la promulgación del nuevo Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Exploración Minera¹ en abril pasado, a sólo un año de su última modificación, resulta inevitable preguntarse acerca de la evolución y el estado actual de la evaluación de impacto ambiental en el subsector minero, y especialmente sobre su relación con el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, aplicable transectorialmente a todos los sectores productivos.

Pues es éste el propósito del ensayo. Se pretende hacer una revisión de la estructura del régimen legal de evaluación de impacto ambiental, primero a nivel transectorial, es decir, a nivel del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, y luego a nivel del subsector minero, recorriendo el laberinto regulatorio creado respecto de este tema durante los últimos quince años de desarrollo legislativo en materia ambiental en el Perú. El subsector minero, por lo menos en lo que a evaluación del impacto ambiental respecta, ha resultado ser un subsector fracciona-

do por las distintas categorías jurídicas a las que pertenecen los titulares mineros y por la variedad de actividades mineras, que han dado como resultado una variedad de sub-régimenes legales de evaluación de impacto ambiental al interior de un régimen legal aplicable al subsector minero. En realidad, ni siquiera podría hablarse de un «único» régimen legal de evaluación de impacto ambiental para el subsector minero, sino de tantos sub-régimenes como combinaciones sea posible entre actividades y titulares mineros.

El objetivo de este ensayo es, entonces, presentar los elementos centrales, criterios de distinción entre uno y otro sub-régimen, y fundamentalmente identificar los aciertos, deficiencias y vacíos existentes.

Finalmente, debe tenerse presente que todo el análisis contenido en este ensayo y en las normas que se discuten se limitan a la evaluación del impacto ambiental de proyectos exclusivamente. Salvo algunas referencias puntuales en algunas normas², aún no existe en el Perú una regulación integral respecto de

* Los autores agradecen la colaboración de Pedro Olaechea Cadenillas, bachiller en Derecho, Pontificia Universidad Católica, asistente en KAHATT ABOGADOS.

** Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú. Master of Laws, *The University of Texas at Austin*. Master of Science, *London School of Economics & Political Science*.

*** Abogada, Pontificia Universidad Católica del Perú. Master of Laws, *The University of Texas at Austin*.

1 El nuevo Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Exploración Minera fue aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM, publicado el 2 de abril de 2008, y vigentes desde el 12 de abril de 2008.

2 El segundo párrafo del artículo 57° del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2005-PCM, por ejemplo, prevé que la Autoridad Ambiental Nacional, en cumplimiento de su rol director del SEIA puede solicitar la realización de estudios que identifiquen los potenciales impactos ambientales negativos significativos a nivel de *políticas, planes y programas*. El informe final de estos estudios es aprobado por el CONAM.

las llamadas «Evaluaciones Ambientales Estratégicas»³ (EAE), cuyo propósito es analizar sistemáticamente el potencial impacto ambiental que pueden derivarse de políticas, planes y programas de gobierno.

1. ACTIVIDADES MINERAS Y CATEGORÍAS DE LOS TITULARES MINEROS

A fin de presentar un panorama completo de los distintos sub-regímenes de evaluación de impacto ambiental en el sub-sector minero, debe identificarse previamente los tipos de actividades mineras y las categorías a las que pertenecen los titulares de actividades mineras. Ambos elementos sirven como criterios para la determinación del régimen legal aplicable y el instrumento que corresponde a las distintas actividades mineras y a sus titulares.

1.1 Actividades Mineras

Para efectos del análisis de la evaluación del impacto ambiental en minería, este ensayo distingue dos tipos de actividades mineras: la exploración y la explotación. Esta distinción obedece a la estructura creada por el régimen legal vigente en materia de evaluación ambiental, y no necesariamente a la naturaleza de las actividades. En consecuencia, dentro de las actividades de explotación, se consideran también actividades de beneficio, transporte y labor general, tal como lo indica la definición de Estudio de Impacto Ambiental (EIA) contenida en el Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-metalúrgica⁴.

Se considera exploración a la actividad minera tendiente a demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales. De los métodos de exploración minera, tres tienen mayor potencial para generar impactos ambientales: la perforación diamantina, la excavación de trincheras y calicatas, y la excava-

ción de túneles. Estos tres métodos pueden ejecutarse a diferentes magnitudes, y por tanto generar diferentes impactos. Según se discute más adelante, los instrumentos de evaluación ambiental que se emplean actualmente y aquéllos que han regido anteriormente se basan en la magnitud en la que se desarrollan las actividades a las que se les aplican.

Con el riesgo de resultar obvio para los entendidos en minería y legislación minera, a continuación se describen en forma genérica las principales actividades de exploración minera. Se conoce como perforación diamantina o «sondaje» a la actividad que consiste en taladrar barrenos en la roca a profundidades de cien metros o más, y extraer muestras de roca, denominadas por el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (LGM) como «testigos»⁵. La perforación diamantina se realiza desde plataformas de perforación. Una plataforma es una extensión de terreno entre cien y cuatrocientos metros cuadrados aproximadamente, acondicionada para albergar una perforadora diamantina, y el equipo complementario. De una plataforma de perforación puede iniciarse la perforación de varios taladros o sondajes en diferentes direcciones.

Trincheras y calicatas son básicamente excavaciones de poca profundidad en forma de zanjas. La Guía Ambiental para Exploración de Yacimientos Minerales en el Perú⁶ consideraba zanjas de exploración, pozos, cortes y otras excavaciones de exploración. Los nuevos Términos de Referencia Comunes para las Actividades de Exploración Minera⁷ han sistematizado estos conceptos restringiendo las alternativas a trincheras y calicatas. Se conoce como trincheras a las zanjas que se abren con una excavadora, pala mecánica o medios manuales que permite la inspección directa del suelo que se desea estudiar, cuando el yacimiento está cerca de la superficie y cubierto con otros materiales que lo ocultan hasta llegar a la roca mineralizada. Las calicatas son zanjas de me-

3 Para un análisis exhaustivo de las evaluaciones ambientales estratégicas con referencias prácticas a experiencias internacionales, ver Dalal-Clayton Barry, & Barry Sadler (2005), *Strategic Environmental Assessment – A Sourcebook and Reference Guide to International Experience*, Earthscan, London.

4 Artículo 2° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-metalúrgica: «Estudio de Impacto Ambiental (EIA): Estudios que deben efectuarse en proyectos para la realización de actividades en concesiones mineras, de beneficio, de labor general y de transporte minero, que deben evaluar y describir los aspectos físico-naturales, biológicos, socio-económicos y culturales en el área de influencia del proyecto, con la finalidad de determinar las condiciones existentes y capacidades del medio, analizar la naturaleza, magnitud y prever los efectos y consecuencias de la realización del proyecto, indicando medidas de previsión y control a aplicar para lograr un desarrollo armónico entre las operaciones de la industria minera y el medio ambiente».

5 Artículo 43° del TUO de la LGM: «Todo concesionario que realice perforaciones dentro del territorio nacional, podrá disponer libremente hasta del cincuenta por ciento longitudinal de cada tramo de testigos y/o muestras que obtenga de sus perforaciones, estando obligado a llevar un archivo del cincuenta por ciento de las muestras y testigos restantes, que permita su fácil identificación y ubicación en el terreno».

6 Preparada y publicada por el Ministerio de Energía y Minas para orientar la preparación de los estudios ambientales aplicables a las actividades de exploración. No tuvo carácter obligatorio.

7 Resolución Ministerial N° 167-2008-MEM/DM, publicado el 10 de abril de 2008, que aprueba los Términos de Referencia comunes para las actividades de exploración minera Categorías I y II, conforme a las cuales los titulares mineros deberán presentar la Declaración de Impacto Ambiental y el Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado, así como la Ficha Resumen de Proyecto y Normas para la Apertura y Manejo de Trincheras y Calicatas. Según se analiza más adelante, aun cuando esta resolución ministerial no lo indica expresamente, debe entenderse que ha reemplazado y, por tanto, dejado sin efecto para los nuevos proyectos de exploración, a la Guía Ambiental para Actividades de Exploración de Yacimientos Minerales en el Perú, que se aplicaba en los regímenes anteriores al D.S. N° 020-2008-EM.

nores longitudes empleadas para estudios geofísicos y/o geoquímicos⁸.

El segundo grupo de actividades mineras al que se le ha asignado un régimen legal independiente de evaluación de impacto ambiental, comprende a la explotación, beneficio, labor general y transporte, cuyas definiciones se incluyen el TUO de la LGM. Si bien este grupo incluye actividades distintas entre sí, es frecuente encontrar actividades de explotación, beneficio, y labor general en una misma operación, por lo que generalmente estas actividades son consideradas para una misma evaluación de impacto ambiental. No sucede lo mismo con la actividad de transporte minero, que no necesariamente va asociada a todo proyecto minero de explotación o beneficio. En estos casos, la actividad misma de transporte debe ser sujeta al escrutinio ambiental independiente de sus potenciales impactos.

1.2 Categorías de los Titulares Mineros

De igual modo, se distinguen dos regímenes legales creados por el marco legal vigente para los titulares de actividades mineras. Por un lado existe el régimen general, conocido también como «mediana y gran minería», y en el otro extremo se ha creado un régimen especial para Pequeños Productores Mineros (PPM) y Productores Mineros Artesanales (PMA). Estrictamente hablando, podría hablarse incluso, para efectos de la evaluación de impacto ambiental, de hasta dos regímenes diferenciados dentro del régimen especial creado para PPM's y PMA's.

La creación de un régimen especial para determinados titulares de actividades mineras responde a una intención del Estado de promover y proteger a un sector productivo que, por la dimensión y condiciones en las que operan, y por las oportunidades de crear trabajo y riqueza que pueden generar, merecen atención especial⁹. En el entendido de que toda categorización puede eventualmente ser cuestionada como arbitraria, la creación del régimen especial de PPM y PMA ha buscado apoyarse en criterios objetivos que eliminen cualquier espacio para interpretaciones subjetivas de las autoridades competentes.

Los criterios empleados por la Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Arte-

sanal -Ley N° 27651- (Ley de PPM y PMA) son dos: el número de hectáreas que el titular mantiene entre denuncios, petitorios y concesiones, para aquéllos titulares mineros que cuenten con derechos mineros que no estén siendo explotados; y la capacidad instalada de producción y/o beneficio por día, para aquéllos titulares que se encuentren en etapa de explotación o beneficio.

En ese sentido, se considera PPM, según sea el caso, a quien mantiene hasta dos mil hectáreas entre denuncios, petitorios y concesiones, o a quien posea por cualquier título una capacidad instalada de producción y beneficio de 350 toneladas métricas por día, con excepción de materiales de construcción, arenas, gravas auríferas de placer, metales pesados detríticos en que el límite será una capacidad instalada de producción y/o beneficio de hasta tres mil metros cúbicos por día¹⁰.

Para la determinación de la condición de PMA, la Ley de PPM y PMA ha ensayado una definición general y la ha complementado con dos criterios objetivos. Así, se considera PMA a aquél que en forma personal o como conjunto de personas naturales o jurídicas se dedique habitualmente y como *medio de sustento* a la explotación y/o beneficio directo de minerales, realizando sus actividades con *métodos manuales y/o equipos básicos*. Los criterios para determinar la pertenencia a esta categoría son similares a los establecidos para PPM. En ese sentido, serán considerados PMA, según corresponda, aquéllos titulares que posean por cualquier título hasta mil hectáreas, entre denuncios, petitorios u concesiones mineras; o hayan suscrito acuerdos o contratos con los titulares mineros según lo establezca el reglamento de la ley; o aquéllos que posean por cualquier título una capacidad instalada de producción y/o beneficio de 25 toneladas métricas por día, con excepción de los productores de materiales de construcción, arenas, gravas auríferas de placer, metales pesados detríticos en que el límite será una capacidad instalada de producción y/o beneficio de hasta doscientos metros cúbicos por día.

A fin de objetivizar más aún los criterios para determinar la pertenencia a la categoría de PMA, el Reglamento de la Ley de PPM y PMA¹¹, ha optado por definir algunos de los conceptos claves empleados

8 Referencia personal: Jaime Suárez, geólogo *senior*, Minera Gold Fields Peru S.A..

9 Nótese que el régimen legal hace una distinción expresa respecto de la posición del Estado frente a los distintos titulares mineros, a tal punto que la creación del régimen especial de PPM y PMA ha generado una modificación de la norma III del título preliminar del TUO de la Ley General de Minería, que precisa que respecto de la pequeña minería y la minería artesanal el rol del Estado es proteger y promover, mientras que frente a la gran minería, el rol del Estado se limita a la promoción.

10 Estrictamente hablando, el Reglamento de la Ley de PPM y PMA exige como requisito ineludible para la acreditación como PPM que el titular cumpla con ambas condiciones (área y capacidad instalada). No obstante, en la práctica, la autoridad competente sólo verifica que no se exceda el área máxima, en caso el titular no tenga operaciones de explotación o beneficio. En realidad se trata de otra deficiencia legislativa, ya que exigir ambos requisitos simultáneamente implicaría obligar a los PPM a producir para gozar del beneficio, y ése no es el objetivo de la norma. Recuérdese que la obligación de hacer producir la concesión minera para mantener su vigencia es una preocupación que ya está atendida por la obligación de pago de penalidades y eventual caducidad en caso de no producción.

11 Reglamento de la Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2002-EM, publicado el 21 de abril de 2002.

en la definición de PMA¹², buscando reservar esta categoría para quienes realmente lo ameritan.

Cabe anotar que la categoría de PPM ya existía al promulgarse la Ley de PPM y PMA. La contribución de esta ley fue la creación de la categoría de PMA, según se ha definido precedentemente¹³.

2. SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Como todo sistema, el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) está formado por un conjunto de reglas e instituciones que buscan alcanzar un objetivo. En este caso, con el SEIA se pretende: i) crear un sistema coordinado de identificación, prevención y corrección anticipada de impactos ambientales negativos derivados de proyectos; ii) establecer un proceso uniforme de evaluación ambiental; y iii) establecer mecanismos que aseguren la participación ciudadana en el proceso de evaluación ambiental¹⁴. Y aunque la sistematización no ha cuajado plenamente aún, es precisamente el objetivo de uniformizar el régimen de evaluación ambiental en el Perú, el principal aporte de esta ley al régimen legal ambiental del país.

2.1 Evolución

Quizás el instrumento de gestión ambiental por excelencia junto con el ordenamiento territorial, la evaluación del impacto ambiental está presente en nuestro ordenamiento desde 1990, cuando fue introducido por el Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales. Su artículo octavo estableció la obligación de todo proyecto de obra o actividad, sea de carácter público o privado, que pueda provocar daños no tolerables al ambiente, de elaborar un EIA sujeto a la aprobación de la autoridad competente. El inciso f) de este artículo contemplaba a las actividades mineras como una de las que estaban sujetas a esta obligación. Esta norma fue rápidamente derogada por la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, aprobada por Decreto Legislativo N° 757. Lo curioso, y hasta inconsistente, es que esta

norma no derogó otros artículos que también regulan aspectos relativos a EIAs.

Luego de casi una década, en la que se aprobaron regulaciones sectoriales sobre evaluación de impacto ambiental, en abril de 2001 el congreso promulgó la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (Ley del SEIA), mediante la que creó el SEIA.

Cabe saber, a pesar de que la Primera Disposición Final de la Ley del SEIA estableció que el respectivo reglamento se aprobaría a los 45 días de la publicación de la norma, este reglamento aún no ha sido aprobado. Si bien la ley está vigente, la falta de reglamento ha mermado su plena eficacia. La Ley ha previsto que mientras no se apruebe el reglamento los sectores continuarán aplicando sus normas sobre evaluación de impacto ambiental, en tanto no se opongan a las disposiciones de la ley.

2.2 Certificación Ambiental y Categorización

Siguiendo modelos de evaluación de impacto ambiental existentes en otros ordenamientos, la Ley del SEIA ha introducido dos conceptos importantes para el sistema. Por un lado, ha acuñado el concepto y ha establecido la obligatoriedad de la certificación ambiental¹⁵, que no es sino el pronunciamiento de la autoridad competente aprobando el proyecto en términos ambientales, y autorizando la ejecución del mismo¹⁶.

Por otro lado, ha establecido el sistema de categorías para los proyectos, en función a la magnitud del impacto que pueden causar, y le ha asignado a cada categoría un instrumento de evaluación ambiental acorde con dicho criterio. A los proyectos que no generan impactos negativos significativos al ambiente, la Ley del SEIA los ha agrupado en la categoría I y les asignado como instrumento la Declaración de Impacto Ambiental (DIA). A aquellos proyectos que pueden generar impactos ambientales moderados y cuyos efectos negativos pueden ser eliminados o minimizados mediante la adopción de medidas fácil-

12 El artículo 2° del mencionado reglamento ha definido qué debe entenderse por «actividad minera como medio de sustento», «equipos básicos», y «métodos manuales», todos ellos incluidos en la definición de PMA.

13 Hasta antes de la promulgación de la Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal Artículo 91° del TUO contemplaba solamente como pequeños productores mineros a aquéllos titulares mineros que poseían por cualquier título hasta mil (1,000) hectáreas entre denuncias, petitorios y concesiones mineras, o aquéllos que tenían una capacidad instalada de producción y/o beneficio hasta ciento cincuenta (150) toneladas métricas por día; con excepción de materiales de construcción, sustancia aurífera aluvial y metales pesados detríticos, en que será de hasta doscientos (200) metros cúbicos por día.

14 Artículo 1° de la Ley del SEIA (Objeto de la Ley).

15 Artículo 3° de la Ley del SEIA.- Obligatoriedad de la certificación ambiental.- A partir de la entrada en vigencia del Reglamento de la presente Ley, no podrá iniciarse la ejecución de proyectos incluidos en el artículo anterior y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitir las, concederlas o habilitarlas si no cuentan previamente con la *certificación ambiental* contenida en la Resolución expedida por la respectiva autoridad competente.

16 Así lo indica expresamente el artículo 12° de la Ley sobre la Resolución de Certificación Ambiental: 12.1 Culminada la revisión del estudio de impacto ambiental, la autoridad competente emitirá la resolución que aprueba o desaprueba dicho estudio indicando las consideraciones técnicas y legales que apoyan la decisión, así como las condiciones adicionales surgidas de la revisión del estudio de impacto ambiental si las hubiera. 12.2 La resolución que aprueba el estudio de impacto ambiental constituirá la certificación ambiental, quedando así autorizada la ejecución de la acción o proyecto propuesto.

«Una vez determinada la necesidad de elaborar un EIA sobre una actividad en particular es necesario establecer los alcances del estudio de impacto ambiental. Esta determinación del alcance se conoce como *scoping*. En ese sentido, el *scoping* consiste en el establecimiento de los aspectos y elementos específicos que debe cubrir el proceso de evaluación de impacto ambiental»

mente aplicables, la Ley del SEIA los ha agrupado en la categoría II y les asignado como instrumento el Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIA-sd). Finalmente, a aquellos proyectos que pueden generar impactos ambientales negativos significativos, cuantitativa y cualitativamente, la Ley del SEIA los ha agrupado en la categoría III, y les ha asignado como instrumento el Estudio de Impacto Ambiental Detallado (EIA-d). Según se discute más adelante, más que un acierto en delimitación de las categorías, el mérito de esta clasificación está dado por el rol sistematizador que tiene este instrumento en el SEIA, y fundamentalmente en los regímenes sectoriales de evaluación de impacto ambiental.

2.3 Ámbito de Aplicación y Alcance

Los sistemas de evaluación ambiental están diseñados con el fin de anticipar los posibles impactos positivos o negativos que puedan producir las actividades humanas en la salud, el bienestar, el ambiente humano y los ecosistemas¹⁷. En consecuencia, la evaluación de impacto ambiental ha sido diseñada con el fin de establecer, desde la concepción del proyecto, aquellas medidas de mitigación a los potenciales daños al ambiente que la actividad podría generar.

Precisamente por su naturaleza, el sistema de evaluación ambiental está orientado a aquellas actividades que tienen el potencial de impactar gravemente el entorno humano. Por tanto, una de las principales preocupaciones de todo sistema de evaluación ambiental es la determinación previa de aquellas actividades o proyectos que, por el potencial riesgo que representan, deben ser incluidos dentro del sistema.

Para ello, se han desarrollado dos modelos de identificación de actividades pasibles de generar impactos graves y, por tanto, de requerir la elaboración de un estudio de impacto ambiental: el sistema de listados y el *screening*.

Por un lado, el sistema de listados, aplicado básicamente en Europa, establece para el procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental, una lista detallada de los tipos de proyectos que estarán sujetos a un estudio de impacto ambiental. Ese sistema se encuentra establecido en la Directiva Comunitaria N° 85/337/CEE, modificada por la Directiva N° 97/11/CE y por la actual Directiva N° 2001/42/EC, que tienen por objeto desarrollar el sistema de evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados en el medio ambiente¹⁸.

Como refiere Enrique ALONSO GARCÍA «Uno de los aspectos claves de la discusión comunitaria, particularmente relevante, que perfila el sistema europeo, es el de incorporar catálogos o listas de proyectos, respecto de los cuales la evaluación de impacto ambiental es obligatoria (Anexo I), estableciendo además otros cuya evaluación es opcional (Anexo II) (...)»¹⁹.

El Anexo I de la primera directiva mencionada engloba los planes y programas para la ordenación del territorio, la utilización del suelo, el transporte, la energía, la gestión de residuos, la gestión de recursos hídricos, la industria, las telecomunicaciones, la agricultura, la silvicultura, la pesca y el turismo. Asimismo, determina que deben someterse a una evaluación ambiental los proyectos enumerados en el Anexo II, si un examen realizado, según los criterios establecidos en dicho anexo, indica que los proyectos pueden tener efectos significativos sobre el medio ambiente²⁰.

Por otro lado, la vertiente americana de *screening*, en lugar de establecer listas, establece un mecanismo de «filtro» para determinar, respecto de cada proyecto, la posibilidad de generar impactos significativos

17 ASTORGA, Eduardo, «Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: Régimen Jurídico, en especial aplicado a la Actividad Minera», Editorial Jurídica Cono Sur, 2000, Santiago, p. 9.

18 Directiva N° 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente [Diario Oficial L 197 de 21.7.2001].

19 Ver: ALONSO GARCÍA, Enrique, «Derecho Ambiental de la Comunidad Europea», Vol I: El marco Constitucional de la Política Comunitaria de Medio Ambiente. Aplicación de la Legislación Ambiental Comunitaria. Cuadernos de Estudios Europeos, Fundación Universidad Empresa, Edit Civitas, 1993, España, p. 122. Citado por: ASTORGA, Eduardo (2000). «Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: Régimen Jurídico, en especial aplicado a la Actividad Minera». Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, 2000, p. 9.

20 Op. Cit. Directiva N° 2001/42/CE.

al ambiente, y donde corresponda someterlos a la obligación de preparar un estudio de impacto ambiental. De esta manera, el *screening* supone realizar una evaluación preliminar que tiene por objeto prever en forma sumaria la información pertinente que permite establecer la necesidad de un EIA²¹.

Una vez determinada la necesidad de elaborar un EIA sobre una actividad en particular, es necesario establecer los alcances del estudio de impacto ambiental. Esta determinación del alcance se conoce como *scoping*. En ese sentido, el *scoping* consiste en el establecimiento de los aspectos y elementos específicos que debe cubrir el proceso de evaluación de impacto ambiental.

Al respecto ASTORGA indica que, de acuerdo al sistema americano se requiere primero determinar la magnitud de los impactos, es decir, si se trata de efectos significativos o no, a través de una pre-evaluación, que tiene por finalidad establecer la procedencia del EIA y, subsecuentemente, establecer los aspectos más relevantes a ser incorporados en el análisis²².

En la legislación local, el método elegido por el SEIA pareciera ser el del listado, sin embargo, al no haberse aprobado el reglamento, no se puede afirmar nada definitivo en ese sentido hasta su promulgación. Por un lado, el artículo segundo de la Ley del SEIA, que define el ámbito de aplicación de la ley, delega en el reglamento la labor de establecer el mecanismo o criterio para determinar qué proyectos de inversión deben quedar comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley del SEIA y por tanto, del sistema²³. Por otro lado, el artículo cuarto²⁴ «le da una mano» al reglamento al establecer *a priori* que el método o mecanismo a emplearse para dicha determinación será el de «listados de inclusión».

Esta aparente solidez en la voluntad política de contar con un mecanismo objetivo para determinar la inclusión de un proyecto en particular dentro del sistema, se desmorona estrepitosamente si se analizan las distintas versiones del proyecto de reglamento de la Ley del SEIA. En la página *web* del Consejo Nacional del Ambiente se ha divulgado más de una versión del

proyecto de reglamento. El mayor cuestionamiento al respecto parece ser la falta de consistencia de las distintas versiones en cuanto al mecanismo para determinar qué proyectos deben considerarse comprendidos dentro del sistema. Así, el artículo 21° de la versión del reglamento del 2006²⁵, hacía referencia al listado de inclusión de los proyectos de inversión y contenía un anexo I, que efectivamente contenía listas de actividades para agricultura, comercio exterior y turismo, defensa, energía y minas, producción, transportes y comunicaciones, salud, vivienda, construcción y saneamiento. La versión del año siguiente, no obstante, eliminó el listado de inclusión del anexo I, reemplazándolo por un diagrama del proceso de evaluación del impacto ambiental. A primera impresión, el texto del artículo 22° de esta nueva versión²⁶ pareciera contener una omisión involuntaria de la frase «es el establecido en el Anexo 1 del presente Reglamento». Sin embargo, al comprobar que el proyecto no contiene el listado de inclusión en el anexo I, la omisión del artículo 22° ya no parece tan involuntaria. Lo cierto es que las modificaciones introducidas a la versión actual del proyecto lo han mutilado, y en lo que respecta al método de determinar la inclusión de proyectos al sistema, no han generado nada más que inconsistencias.

2.4 Análisis Institucional y Competencias

Cuando se trata de analizar la institucionalidad y la competencia de las respectivas autoridades en materia de evaluación ambiental, es posible identificar hasta tres ámbitos: el de la Autoridad Ambiental Nacional, con competencia nacional a nivel transsectorial; el de las autoridades ambientales sectoriales; y el de los gobiernos regionales y locales. En esta sección se analiza únicamente el primer ámbito, dejando los otros dos para las secciones siguientes.

Desde 1994, en que se creó el Consejo Nacional del Ambiente (CONAM), este organismo ha tenido la responsabilidad de dirigir el SEIA. Esta función estuvo expresamente prevista en su ley de creación, Ley N° 26410. En el 2001, la Ley del SEIA confirmó la condición del CONAM como organismo coordinador del SEIA. Posteriormente, tanto la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental – Ley N°

21 Op. Cit. Astorga. p. 8.

22 Ibid.

23 Artículo 2°.- Ámbito de la Ley.- Quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley, los proyectos de inversión públicos y privados que impliquen actividades, construcciones u obras que puedan causar impactos ambientales negativos, según disponga el Reglamento de la presente Ley.

24 Artículo 4°.- Categorización de proyectos de acuerdo al riesgo ambiental. 4.1 Toda acción comprendida en el listado de inclusión que establezca el Reglamento, según lo previsto en el Artículo 2° de la presente Ley, respecto de la cual se solicite su certificación ambiental, deberá ser clasificada en una de las siguientes categorías: (...).

25 Artículo 21°.- Listado de inclusión (versión 2006).- De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 2° y 4° de la Ley, el listado de inclusión de los proyectos de inversión que ingresan al SEIA y que, en consecuencia, deben ser analizados conforme a las normas del proceso de evaluación de impacto ambiental, es el establecido en el Anexo 1 del presente Reglamento, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18° numeral 4 de la Ley.

26 Artículo 22°.- Listado de Inclusión (versión 2007).- De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 2° y 4° de la Ley, el listado de inclusión de los proyectos de inversión que ingresan al SEIA y que, en consecuencia, deben ser analizados conforme a las normas del proceso de evaluación de impacto ambiental, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18° numeral 4 de la Ley.

28245 en 2004, como la Ley General del Ambiente – Ley N° 28611 en 2005, confirmaron la condición de Autoridad Ambiental Nacional del CONAM. La primera de estas dos normas reiteró que la dirección del SEIA debía recaer en el CONAM.

Con la reciente creación del Ministerio del Ambiente²⁷, la dirección del SEIA pasa al Ministerio del Ambiente, quien asume íntegramente las funciones que tenía el CONAM²⁸. La estructura orgánica dada a la nueva cartera por su ley de creación parece indicar que se ejercerían dichas funciones a través de su Vice-Ministerio de Gestión Ambiental, aunque habrá que esperar al reglamento de la ley de creación del ministerio para confirmarlo.

2.5 Relación entre el SEIA y los Regímenes Sectoriales, Gobiernos Regionales y Locales

Cronológicamente podría afirmarse que la primera norma relevante que regula la relación entre el ente rector del SEIA y las autoridades ambientales sectoriales es la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental para Obras y Actividades – Ley N° 26786 (1997). Esta norma obligó a las autoridades ambientales sectoriales a comunicar al CONAM sobre las actividades a desarrollarse en su sector, que por su riesgo ambiental, pudieran exceder los niveles o estándares tolerables de contaminación o deterioro del ambiente, las que obligatoriamente deberán presentar estudios de impacto ambiental previos a su ejecución y, sobre los límites máximos permisibles del impacto ambiental acumulado. Asimismo, las obligó a obtener opinión previa favorable del CONAM para que el Consejo de Ministros apruebe los requisitos para la elaboración, el procedimiento de aprobación, y la supervisión de EIAs y PAMAs. Como el tiempo ha confirmado, esta norma no ha sido observada en la práctica por las autoridades ambientales sectoriales. Posteriormente, al promulgarse la Ley del SEIA, la relación entre el ente rector del sistema y las autoridades ambientales sectoriales da un paso hacia su consolidación, al asignársele al CONAM la función de coordinar con las autoridades sectoriales competentes la adecuación de los regímenes de evaluación del impacto ambiental existentes a lo dispuesto en la Ley del SEIA.

No obstante la adecuación dispuesta, el régimen deja cierta flexibilidad para que las autoridades ambientales sectoriales puedan establecer esquemas para establecer mecanismos de categorización *ad-hoc* a las actividades comunes del sector, exonerándose de esta manera del mecanismo propuesto por la Ley del SEIA que implica la propuesta de categoría y térmi-

nos de referencia y la aprobación de los mismos por la autoridad, previamente a la elaboración del instrumento de evaluación ambiental.

Es precisamente al amparo de esta norma, plasmada en el artículo 9° de la Ley del SEIA, que el sector minero ha aprobado el nuevo Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Exploración Minera que se analiza en la sección siguiente, cumpliendo simultáneamente con la obligación de adecuarse al régimen legal introducido por el SEIA.

Respecto de la relación entre el SEIA y su ente rector por un lado, y los gobiernos regionales y locales por el otro, téngase presente que existe todo un marco legal que regula el proceso de descentralización y transferencia de funciones y competencias, dentro de las que se encuentran las competencias en materia ambiental. Este marco se basa fundamentalmente en la Ley de Bases de la Descentralización – Ley N° 27783, la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales – Ley N° 27867, y la Ley de Acreditación de Gobiernos Regionales y Locales – Ley N° 28273, y la recientemente modificada Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Algunas de las principales disposiciones que regulan la transferencia a los gobiernos regionales de competencias ambientales vinculadas a operaciones mineras de los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales se discuten en la sección siguiente.

El proyecto de reglamento de la Ley del SEIA contempla esta inevitable transición. Al respecto, dispone que las autoridades ambientales sectoriales deben incluir en el proceso de actualización de su normatividad ambiental, los mecanismos de coordinación y de transferencia de funciones a los gobiernos regionales o locales, que deban establecer de acuerdo con lo previsto en las normas del proceso de descentralización. En este mismo sentido, el proyecto de reglamento dispone también que las autoridades nacionales deben revisar los procedimientos que están a su cargo, a efectos de determinar cuáles serán realizados desde el nivel nacional y cuáles se descentralizarán progresivamente a los gobiernos regionales y locales, en la medida que se asegure previamente la capacidad real de cada una de estas autoridades para ejercer eficaz y eficientemente esta función²⁹.

En 1992, el subsector minero aprobó el Reglamento de Procedimientos Mineros³⁰, la primera norma sectorial que exigiera la obligación de presentar un EIA. Para ese entonces, no existía el SEIA y cada sector

27 Decreto Legislativo N° 1013, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación del Ministerio del Ambiente.

28 Tercera Disposición Complementaria y Final – Fusiones. 1. Fusión del CONAM. Apruébese la fusión del Consejo Nacional del Ambiente – CONAM, en el Ministerio del Ambiente, siendo este último el ente incorporante.

29 Primera disposición complementaria final y cuarta disposición complementaria transitoria.

30 Decreto Supremo N° 050-92-EM, publicado el 8 de setiembre de 1992. Por fe de erratas fue posteriormente cambiado de número por Decreto Supremo N° 018-92-EM.

establecía la obligación de presentar EIAs, y sus propios procedimientos de aprobación. Tampoco se había creado el SEIA cuando se introdujo el régimen de evaluación de impacto ambiental para las actividades de exploración minera en 1998.

Luego de la creación del SEIA, el sector minero ha desaprovechado más de una oportunidad tanto para aprobar normas que se enmarquen dentro de los parámetros del SEIA, como para adecuar las normas ya existentes al SEIA al momento de modificarlas. En realidad, antes del nuevo Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Exploración que se adecua al SEIA, el sector sólo tenía una norma que seguía los lineamientos de la Ley del SEIA: la Ley de PPM y PMA, promulgada en el año 2002.

3. RÉGIMEN DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL PARA MINERÍA

Como se ha adelantado, la estructura de la evaluación del impacto ambiental en el Perú tiene varios peldaños. En la mitad superior de la pirámide se encuentra el SEIA, que se aplica transectorialmente a todos los sectores. En la mitad inferior, se encuentran los regímenes sectoriales. En el subsector minero, no obstante, no es posible hablar de un único régimen legal especial. Según se comenta en la introducción, la multiplicidad de actividades y actores ha dado lugar hasta cuatro sub-regímenes legales de evaluación de impacto ambiental: uno para actividades de exploración, aplicable a titulares mineros pertenecientes al régimen general; uno para actividades de explotación (incluyendo beneficio, labor general y transporte), aplicable a titulares mineros pertenecientes del régimen general; uno para actividades de exploración y explotación, aplicable a PPM; y uno para actividades de beneficio, aplicable a PMA. Lamentablemente, a pesar de los esfuerzos de uniformización y de las adecuaciones producidas, aun existen inconsistencias entre los cuatro sub-regímenes, y entre éstos y el SEIA, que impiden que se pueda hablar de un sistema, o siquiera de un régimen legal uniforme para el subsector minero.

3.1 Régimen General – Mediana y Gran Minería

Siguiendo la división anotada, a continuación se analizan los dos sub-regímenes de evaluación de impacto ambiental aplicables a los titulares del régimen general, titulares de actividades de la mediana y gran minería.

3.1.1 Exploración

En sus diez años de existencia, el régimen de evaluación de impacto ambiental para las actividades de

exploración minera ha experimentado tres hitos: su creación en 1998, una modificación parcial en 2007 y recientemente su adecuación al SEIA.

El régimen se creó mediante el primer Reglamento de Protección Ambiental de Exploración Minera, aprobado por D.S. N° 038-98-EM. Esta primera regulación incluyó dentro de su ámbito de aplicación a todos los niveles de la actividad. Es decir, no discriminó entre gran, mediana y pequeña minería, y por tanto resultaba aplicable, al menos legalmente, a todas las actividades de exploración minera, independientemente de la condición del titular³¹.

Este reglamento creó tres categorías en las que debían encajar las actividades de exploración. Asimismo, estableció hasta tres criterios de clasificación de los proyectos de exploración: el número de plataformas de perforación, la longitud de los túneles de exploración y el área total afectada por las actividades de exploración.

Así, se estableció la categoría A, que no requería de autorización, para aquellas actividades exploratorias que no comprendían ninguna alteración a la superficie. Como el tiempo y las posteriores regulaciones lo han confirmado, esta categoría resultó totalmente innecesaria.

La categoría B se creó para aquellas actividades exploratorias que podían generar un impacto moderado en el ambiente. Proyectos de la categoría B podían tener un máximo de veinte plataformas de perforación, un área disturbada no mayor a diez hectáreas de extensión, y en caso de contar con túneles de exploración, éstos no podían tener una longitud mayor a los cincuenta metros. La categoría C estaba reservada para aquellos proyectos de exploración de máxima intensidad, con más de veinte plataformas de perforación, con un área disturbada mayor a diez hectáreas de extensión, y con túneles de perforación con longitudes mayores a cincuenta metros.

Para efectos de la evaluación de impacto ambiental, a la categoría B le correspondía una Declaración Jurada (DJ) y a la categoría C le correspondía una Evaluación Ambiental (EA). Como se aprecia, los instrumentos de evaluación no corresponden a las categorías establecidas en la Ley del SEIA. Al respecto, téngase presente que la norma que aprobó este régimen se promulgó más de dos años antes de la Ley del SEIA.

Ante el alza de los precios de los metales y en vista del potencial minero del país, el sector empresarial ejerció presión para flexibilizar el régimen de evaluación de impacto ambiental en exploración. El resultado fue un apresurado Decreto Supremo N°

31 Según se discute en la sección 4.2, esta situación se mantuvo hasta el año 2002, cuando se publicó la Ley N° 27651 – Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y Minería Artesanal. Esta ley y su reglamento introdujeron la categoría de productor minero artesanal, y crearon un régimen legal independiente para la pequeña minería y minería artesanal.

014-2007-EM, que liberalizó el procedimiento de aprobación, desaprovechando la oportunidad de adecuar el régimen de evaluación ambiental al SEIA, al mantener las mismas categorías impuestas por el reglamento anterior.

En materia de aprobación de procedimientos de evaluación previa, el Decreto Supremo N° 038-98-EM otorgaba un plazo de 20 días para que la DGM formule observaciones a la DJ presentada, lo que originaba que la presentación de la DJ estuviera sujeta a un proceso de aprobación que se activaba, ya sea a través del pronunciamiento oportuno de la autoridad competente, o mediante la aplicación del silencio administrativo positivo. Con la modificación del Decreto Supremo N° 038-1998-EM por el Decreto Supremo N° 014-2007-EM, la sola presentación de la DJ, en la que se manifiesta la voluntad de iniciar actividades de exploración comprendidas en la categoría B y el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 6° de esta norma, constituían requerimientos suficientes para obtener la aprobación automática. No se contempla la posibilidad de que la autoridad presente observaciones, ni se requeriría recurrir al silencio administrativo para la aprobación. En realidad, no podría aplicarse el silencio administrativo, puesto que en aprobaciones automáticas simplemente no procede ningún tipo de evaluación por parte de la autoridad.

En cuanto a los proyectos de exploración que califican dentro de la categoría C, tanto en el Decreto Supremo N° 038-98-EM como en el Decreto Supremo N° 014-2007-EM dispusieron incorrecta e ilegalmente la aplicación del silencio administrativo positivo en caso de falta de pronunciamiento oportuno de la autoridad. Al respecto, cabe precisar que la aplicación del silencio administrativo positivo en la aprobación de procedimientos de evaluación previa, contradice expresamente la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, reafirmada por el Decreto Supremo N° 036-2006-EM, y posteriormente por la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo.

Estas tres normas establecieron que los procedimientos de evaluación previa están sujetos al silencio negativo cuando la solicitud verse sobre asuntos de interés público que incidan, entre otros, en el medio ambiente. Específicamente el Decreto Supremo N° 036-2006-EM estableció que todos los procedimientos administrativos de evaluación previa que están a cargo de la DGAAM, dentro de los que se incluía a las DJ y EA, estaban sujetos a la aplicación del silencio administrativo negativo. Sin embargo, el artículo 7° del Decreto Supremo N° 014-2007-EM inexplicablemente excluyó del ámbito de aplicación del De-

creto Supremo N° 036-2007-EM a las actividades de exploración minera, asumiendo claramente la postura contraria de aprobación automática en caso de falta de pronunciamiento de la autoridad. Resulta inaceptable que una norma reglamentaria de rango inferior como el D.S. N° 014-2007-EM haya contravenido tan abiertamente una norma con rango de ley como la Ley del Procedimiento Administrativo General. Por tanto, al ser la EA un procedimiento que versa sobre un asunto de interés público, debió estar sujeta a un procedimiento de evaluación previa con silencio administrativo negativo. Como se ha anticipado, la DJ no implicaba evaluación alguna. Por lo tanto, debe entenderse que la exclusión de la DJ del ámbito de aplicación del D.S. N° 036-2006-EM fue correcta, aunque resulta hasta ingenuo pensar que esta sutil distinción entre el tratamiento que le debía corresponder a uno u otro instrumento estuvo presente dentro de las consideraciones de los autores del D.S. N° 014-2007-EM al momento de redactarlo.

Según se ha anticipado, una de las virtudes del Decreto Supremo N° 020-2008-EM, es haber adecuado al SEIA el régimen de evaluación ambiental de las actividades de exploración del régimen general, adoptando la misma categorización de proyectos en función al riesgo al ambiente que pueda generar cada actividad de exploración minera, y asignando los mismos instrumentos previstos en el SEIA.

Al igual que en el régimen anterior, en el nuevo reglamento la solicitud de aprobación de la DIA está sujeta a un procedimiento automático de aprobación similar al previsto en el caso de las DJ. Incluso, el nuevo reglamento exige que la DIA se presente en formato de declaración jurada, a fin de que el cargo de recepción del documento sea prueba suficiente de la resolución aprobatoria ficta, o que a través de dicho formato se solicite la Constancia de Aprobación Automática, que deberá ser entregada en el plazo de 5 días. A pesar de disponerse de manera expresa la aprobación automática, la norma señala que si el titular de la actividad minera no cumple con los requisitos contenidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del Ministerio de Energía y Minas, o con los términos de referencia³² aprobados por esta misma autoridad, la DIA se tendrá por no presentada.

Esta consecuencia legal prevista por el nuevo reglamento es inconsistente con el carácter automático que se pretende dar a la aprobación de la DIA. En realidad con esta consecuencia legal, la aprobación de la DIA termina convirtiéndose en un proceso de evaluación previa, en el que se busca confirmar el cumplimiento de los requisitos del TUPA o de los términos de referencia para determinar la legitimidad

32 Los términos de referencia comunes para las categorías I y II han sido adoptados por la Resolución Ministerial N° 167-2008-MEM/DM, conforme a los cuales los titulares mineros deberán presentar la DIA y el EIA-sd, bajo el riesgo que de no ser observados, la DIA se tendrá como no presentada y el EIA-sd no sería aprobado.

«La poca claridad del la Ley de PPM y PMA respecto de las actividades, categorías de titulares mineros, e instrumentos de evaluación de impacto ambiental que corresponde a cada categoría y actividad, han generado gruesas inconsistencias en la legislación de la materia»

de las actividades de exploración. Como se aprecia, nada más lejano que esto de la pretendida aprobación automática. En este escenario, si la solicitud presentada y, por tanto, la DIA es automáticamente aprobada sin una evaluación preliminar, resulta inconsistente considerar luego que la DIA nunca fue presentada en caso se determine posteriormente el incumplimiento de alguno de los requisitos incluidos en el TUPA o en los términos de referencia, ya que ello colocaría al titular de la actividad en una situación de ilegitimidad respecto del inicio de sus actividades de exploración, en lugar de permitirle la subsanación de la omisión o sancionarlo por el incumplimiento.

Las innovaciones más importantes de este reglamento giran en torno a la sistematización de instituciones reconocidas con anterioridad en la legislación, recogiénolas dentro del texto de la norma. En ese sentido, reafirma la obligación del titular de contar, además del estudio ambiental correspondiente, con las licencias, permisos y autorizaciones requeridas conforme a la naturaleza y localización de la actividad que se va a desarrollar, así como contar con el derecho de uso de los terrenos superficiales correspondientes al área de desarrollo de la actividad.

El reglamento contempla, además, como uno de los requisitos expresamente establecidos dentro del procedimiento de aprobación de los estudios de impacto ambiental a la participación ciudadana, de acuerdo a los lineamientos establecidos en la Resolución Ministerial N° 596-2002-EM que aprobó el Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas. Dicha norma, no obstante, ha sido derogada por el reciente Decreto Supremo N° 028-2008-EM que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero.

Del mismo modo, prohíbe actividades de exploración que puedan afectar bofedales o humedales, o áreas que constituyan monumentos arqueológicos, salvo que cuente con permiso otorgado por el Instituto Nacional de Cultura. Asimismo, al igual que el Decreto Supremo N° 014-2007-EM, este Reglamento exige la opinión previa favorable del INRENA, en caso el proyecto se ubique en un área natural protegida o en su zona de amortiguamiento. De esta manera, si no se obtiene la opinión previa favorable de INRENA, tampoco podrá presentarse la solicitud de aprobación del estudio ambiental. Adicionalmente, una vez presentado el estudio ambiental, éste estará sujeto a una evaluación previa así se trate de una DIA.

Este reglamento también introduce una cláusula de protección del titular minero frente a levantamientos de las comunidades aledañas, en la que se establece que quien impida la ejecución de actividades de exploración, medidas de mitigación, rehabilitación y control, será responsable por los daños que puedan producirse a la salud, el medio ambiente y la propiedad. Para ello, el titular deberá comunicar por escrito de aquella situación a la DGAAM, el OSINERGMIN y las fuerzas de orden público.

Por último, dentro de las novedades que trae consigo el nuevo reglamento, se encuentra la sistematización de las normas de cierre de minas relevantes para los procesos de exploración minera, así como la posibilidad de no ejecutar las medidas de cierre final o post cierre hasta el momento de la aprobación del EIA para la etapa de explotación.

3.1.2 Explotación

El régimen de protección ambiental en las actividades de explotación rige desde la promulgación del Decreto Supremo N° 016-93-EM, que aprobó el Reglamento de Protección Ambiental en la Actividad Minero – Metalúrgica. Entre otros instrumentos de gestión ambiental, esta norma introdujo el EIA para las actividades de explotación, según la definición esgrimida en sección 2.

Este reglamento no establece diferentes categorías en función de la magnitud de la actividad, ni instrumentos diferenciados dependiendo del potencial impacto que el proyecto en particular pueda ocasionar. Mantiene una sola categoría para cualquier escala de explotación de recursos mineros sin diferenciar niveles de impacto al medio ambiente. A diferencia de los otros sub-régimenes analizados en este ensayo, este sub-régimen aún no se adecua al SEIA

No obstante, el reglamento establece la posibilidad de que la Dirección de Asuntos Ambientales Mineros, a través de la Dirección General de Minería, pueda solicitar una ampliación del EIA, a fin de identificar mecanismos de control adicionales para la protección del ambiente para aquellos proyectos que por su magnitud así lo requieran.

Aun cuando el Decreto Supremo N° 016-93-EM es anterior a la Ley del SEIA, esta norma reconoce, tal como lo exige la Ley del SEIA, que la elaboración de los EIA esté a cargo de instituciones autorizadas y registradas para dicho propósito. El registro para estas instituciones es manejado por la Dirección de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas, y permite asegurar la independencia en la realización de los EIA, con la finalidad de que estos instrumentos reflejen de manera seria y objetiva resultados reales.

Si bien el Decreto Supremo N° 016-93-EM sigue estando vigente para actividades de explotación minera, esta norma ha sufrido varias modificaciones tácitas. Así, podemos identificar que la elaboración de los EIA se realizaba, en un primer momento, sobre la base de la parte uno del anexo 2 de la norma, que establecía las indicaciones sobre el contenido del estudio de impacto ambiental. En un segundo momento, sin embargo, el Decreto Supremo N° 053-99-EM, que establece disposiciones destinadas a uniformizar procedimientos administrativos ante la Dirección General de Asuntos Ambientales, señaló que la estructura de los EIA de las actividades mineras debía ser formulada de acuerdo a las Guías de Estudio de Impacto Ambiental aprobadas por la DGAA.

En ese sentido, si bien la Ley del SEIA establece que el titular de la actividad minera debe proponer los términos de referencia para la elaboración del EIA correspondiente a su actividad, para el caso de las actividades de explotación minera, aun sujetas a los mandatos del Reglamento de Protección Ambiental en la Actividad Minero – Metalúrgica, y por tanto, no alineadas al SEIA, el titular debe elaborar el EIA correspondiente a su actividad conforme a los parámetros del propio Reglamento de Protección Ambiental en la Actividad Minero – Metalúrgica, especialmente el anexo 2, y a la Guía para Elaborar Estudios de Impacto Ambiental.

La aprobación del EIA, conforme al mencionado reglamento, la realiza el Ministerio de Energía y Minas, a través de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros. Si bien este tema no ocasiona mayor discusión, se han presentado controversias respecto a la aplicación del silencio administrativo en caso de falta de pronunciamiento de la autoridad una vez transcurrido el plazo, y se han producido modificaciones respecto del plazo en que esta aprobación debería realizarse.

La evolución del silencio administrativo en materia de aprobación de los EIA para explotación minera ha sido compleja. El artículo 23° del reglamento establecía que el plazo de revisión que tenía la autoridad competente era de cuarenta y cinco (45) días, que una vez vencido, sin pronunciamiento de la DGAA, daría lugar a la aprobación automática del EIA. Es decir, se aplicaba el silencio administrativo positivo.

Posteriormente, el Decreto Supremo N° 053-99-EM modificó los plazos de aprobación de los EIA, estableciendo que en caso la DGAA no comunicara, en un plazo máximo de noventa (90) días alguna observación al EIA presentado, éste se consideraría aprobado. Asimismo, señaló que igual criterio se utilizaría para el pronunciamiento respecto del levantamiento de observaciones, de modo que, de no pronunciarse en un plazo máximo de treinta (30) días sobre la absolución de éstas, se entenderían aprobadas. Es decir, esta norma también recoge el silencio administrativo positivo para la aprobación de EIA en caso de falta de pronunciamiento de la autoridad competente.

Sin embargo, en el año 2001 entró en vigencia la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, la misma que giró la orientación hacia el silencio administrativo negativo, impidiendo que los EIA fuesen aprobados sin pronunciamiento de la autoridad. En ese sentido, el artículo 34.1 de dicha ley –hoy derogado– estableció que los procedimientos de evaluación previa están sujetos al silencio negativo cuando la solicitud verse sobre asuntos de interés público que incidan, entre otros, en el medio ambiente.

Si bien la Ley N° 27798, Ley que establece plazos para la evaluación previa de ciertos procedimientos administrativos tramitados ante el Ministerio de Energía y Minas, amplió el plazo de aprobación de los EIA para la explotación y beneficio de proyectos mineros a 120 días, esta norma no expresa postura sobre el procedimiento de aprobación en caso de falta de pronunciamiento de la autoridad. Con la Ley N° 27444 se zanjó, entonces, el debate sobre la improcedencia del silencio administrativo positivo en los procesos de aprobación de estudios de impacto ambiental, asumiéndose una postura clara sobre la prevalencia del silencio administrativo negativo debido al reconocimiento del medio ambiente como un asunto de interés público.

Por tanto, cuando el Decreto Supremo N° 036-2006-EM, que establece disposiciones generales para la aplicación del silencio administrativo negativo en procedimientos tramitados ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros, señala que es de aplicación el silencio administrativo negativo en caso la autoridad administrativa no se pronuncie respecto de la evaluación del estudio de impacto ambiental, del levantamiento de observaciones o sus modificaciones, no hace sino reiterar la postura asumida previamente por la Ley N° 27444.

Esto mismo sucede con la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo, que aun cuando asume como criterio general la aplicación del silencio administrativo positivo a los procedimientos de evaluación previa, establece que excepcionalmente será de aplicación el silencio administrativo negativo en aquellos casos en que se afecte el interés público, con

incidencia en el medio ambiente. Este criterio reitera, por tanto, los lineamientos de la Ley N° 27444.

3.2 Régimen Especial de Pequeña Minería y Minería Artesanal

Como se ha señalado, en un primer momento el LGM establecía que para ser PPM se requería tener un máximo de mil hectáreas entre denuncias, petitorios y concesiones mineras, o una capacidad instalada de producción o beneficio de hasta 150 toneladas métricas por día. Bajo este esquema, los PPM se encontraban dentro del régimen general, por lo que le eran aplicables las normas de evaluación de impacto ambiental diferenciadas para exploración y explotación, propias del régimen general.

Desde la entrada en vigencia de la Ley de PPM y PMA, las actividades de PPM y PMA se han separado del régimen general minero, excluyéndosele del ámbito de aplicación de las normas contenidas en los reglamentos de protección ambiental tanto para las actividades de exploración como de explotación, incluyendo la evaluación del impacto ambiental, y asignándoles un régimen especial aplicable a todas las actividades desarrolladas por los PPM y PMA. Sin embargo, la poca claridad de la Ley de PPM y PMA respecto de las actividades, categorías de titulares mineros, e instrumentos de evaluación de impacto ambiental que corresponde a cada categoría y actividad, han generado gruesas inconsistencias en la legislación de la materia, según se discute en las secciones siguientes.

3.2.1 Instrumentos de Evaluación Ambiental para PPM y PMA en Exploración y Explotación

Con la creación del SEIA, las normas sectoriales en materia de evaluación de impacto ambiental han tenido que ir adecuándose paulatinamente a la Ley del SEIA. Bajo esta lógica, la Ley de PPM y PMA adecua las obligaciones de los PPM y PMA en materia de evaluación de impacto ambiental a los requerimientos generales establecidos en la Ley del SEIA, con el fin de crear un sistema único, coordinado y uniforme de prevención de los impactos negativos generados por las actividades mineras. Por tanto, establece como exigencia la obtención de la Certificación Ambiental para el inicio o reinicio de actividades, bajo las mismas categorías reconocidas por la Ley del SEIA, y asignándoles los mismos instrumentos de evaluación de impacto ambiental previstos por dicha norma.

Sin embargo, esta clasificación presenta ambigüedades y la interpretación sistemática de la norma presenta inconsistencias.

En primer lugar, la Ley de PPM y PMA no establece en forma expresa un tratamiento diferenciado entre actividades de exploración y actividades de explotación minera. Salvo por el sub-régimen de explota-

ción de los PMA, la ley reconoce un régimen único, siendo sus normas, categorías e instrumentos de evaluación ambiental aplicables tanto a actividades de exploración como de explotación. Peor aún, no establece criterios objetivos—como en el régimen general— para determinar cuándo una actividad de exploración merece ser clasificada como categoría I y cuándo como categoría II. La determinación debe pasar por una propuesta de categoría del propio titular, y requiere confirmación de la autoridad competente, según lo disponen los artículos 41° y 42° del reglamento de la Ley de PPM y PMA. Sin embargo, existe la limitación de que la ley no ofrece criterios objetivos que le permitan a la autoridad optar por un instrumento o por otro.

Esta deficiencia legislativa ha producido confusión hasta en los propios legisladores. En efecto, cuando el primer Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Exploración fue modificado por el Decreto Supremo N° 014-2007-EM, su artículo 3° señaló que los proyectos de exploración de la PPM y PMA debían realizarse «en lo que fuera aplicable» sujetándose a los procedimientos aprobados por dicha norma. La inconsistencia resulta evidente. Los autores de la modificación del primer Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Exploración no entendieron que la norma aplicable para las actividades de PPM y PMA era la Ley de PPM y PMA, vigente desde el año 2002. Para reforzar esta interpretación basta hacer la siguiente reflexión: entre marzo del 2007, cuando el D.S. N° 014-2007-EM dispuso que los PPM y PMA debían aplicar el régimen de evaluación de impacto ambiental correspondiente a los titulares del régimen general, hasta abril del 2008, cuando se aprueba el nuevo Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, que precisamente excluye a los PPM y PMA del régimen general, no se ha producido ninguna modificación legislativa ni se ha aprobado ninguna nueva norma al respecto que permita una interpretación diferente. En realidad, esto confirma que nunca debió darse una interpretación en el sentido del D.S. N° 014-2007-EM.

Felizmente, el error ha sido rectificado por el nuevo Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, Decreto Supremo N° 020-2008-EM, que ha excluido de su ámbito de aplicación a aquellas actividades mineras cuyos titulares sean reconocidos como PPM o PMA, reafirmando lo que ya se había establecido en la Ley de PPM y PMA.

En segundo lugar, existe una contradicción entre la disposición que obliga al titular a emplear el mecanismo para clasificar un determinado proyecto en la categoría I o II, y la disposición que *a priori* asigna a las actividades de beneficio de los PMA la categoría I, y les impone como instrumento de evaluación de impacto ambiental a la Declaración de Impacto Ambiental.

En efecto, el artículo 39° del reglamento dispone que los PPM o PMA deberán presentar una solicitud de Certificación Ambiental para el inicio o reinicio de actividades, indicando en su propuesta de clasificación del proyecto dentro de la categoría I o la categoría II, a criterio del titular, cuya procedencia deberá ser confirmada por la autoridad competente. No obstante, el artículo 5°³³ de la propia ley señala que para la realización de actividades por parte de los PMA, éstos requieren de la presentación de una DIA suscrita por un profesional competente en la materia. En ese sentido, a pesar de que una interpretación sistemática de la norma nos informaría que la categoría I y la categoría II son aplicables a las actividades realizadas tanto por PPM como por PMA, tanto para exploración como para explotación, bajo el artículo 5° de la Ley, las actividades de beneficio de los PMA son consideradas dentro de la categoría I y requieren de la presentación de una DIA, independientemente de la magnitud (dentro del límite de la categoría, claro está). Por tanto, podríamos afirmar que los EIA-sd son de exclusiva aplicación a las actividades de PPM que califiquen dentro de la Categoría II, y no son aplicables a la PMA, en ningún supuesto.

Si bien resulta lógico sostener que las actividades de los PMA independientemente consideradas generan impactos negativos leves, propios de la categoría I, este no es el resultado de acuerdo al artículo 5° de la ley. Por el contrario, la determinación del instrumento de impacto ambiental aplicable se realiza en función de la titularidad de la actividad y no en virtud de los impactos negativos que dicha actividad pueda acarrear. La ley asume una postura *a priori* en virtud de la titularidad de la actividad. Esto resulta más grave aún si se tiene en cuenta que los PMA, por su número, podrían causar un impacto tan o más grave que el de los PPM.

Así, el artículo 5° de la ley ha creado un nuevo sub-régimen de evaluación de impacto ambiental, aplicable únicamente a la PMA, distinto del régimen aplicable a los PPM. En ese sentido, la propia norma ha generado dos sub-réginen, uno compuesto por una única categoría I para actividades de beneficio de PMA, y otro dividido en dos categorías de actividades para PPM, cuya utilización dependerá de los impactos que genere la actividad, y que requiere propuesta de clasificación y confirmación de la autoridad competente. No se ha previsto ni las categorías que les aplican ni los instrumentos que les corresponden a los PMA para evaluar el impacto ambiental de sus eventuales actividades de exploración minera, aunque esto obedecería a la naturaleza de las actividades mineras de los PMA.

Esta opción del legislador podría responder a la necesidad de que los PMA adopten instrumentos de evaluación ambiental que contribuyan a la mitigación de los riesgos generados por sus actividades, conforme a sus capacidades, haciendo factible su formalización; sin embargo, dicha norma no es coherente con el cuerpo de la ley, la que señala en su artículo 15° criterios más laxos para la elaboración de los instrumentos de evaluación ambiental para los PMA, lo que debería resultar suficiente para promover que los PMA alcancen los objetivos de formalización planteados por la norma.

3.2.2 Transferencia de Competencias de Pequeña Minería y Minería Artesanal a los Gobiernos Regionales

Con el proceso de descentralización, el escenario para la pequeña minería y minería artesanal se ha visto drásticamente modificado. Desde sus inicios, la descentralización planteó como uno de sus objetivos, el traspaso gradual de competencias sectoriales en materia de pequeña minería y minería artesanal a las regiones que acreditaran su capacidad para asumir dichas funciones.

En ese sentido, las transferencias de funciones en materia de PPM y PMA se han ido realizando paulatinamente, sobre la base de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, la que establece en su artículo 59° las competencias exclusivas en materia de PPM y PMA que cada región deberá asumir en su circunscripción.

Esta norma ha establecido que los gobiernos regionales deberán contar con competencias para formular, aprobar, evaluar, fiscalizar, controlar y administrar los planes y políticas en materia de minas en la región, así como promover inversiones en el sector y fomentar y fiscalizar la explotación de recursos mineros. Asimismo, las regiones deberán fomentar y fiscalizar las actividades de la PPM y PMA; otorgar concesiones para PPM y PMA, y aprobar y supervisar los PAMA de su circunscripción e implementar acciones correctivas e imponer sanciones.

Del mismo modo, el artículo 53° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, establece competencias exclusivas en materia ambiental dentro de las que destacan la implementación del sistema regional de gestión ambiental y la supervisión y control sobre uso racional de recursos naturales.

Siguiendo esta línea, el primer Plan Anual de Transferencia del año 2004, previó transferir competencias relativas al fomento y fiscalización de las actividades de PPM y PMA; la aprobación y supervi-

33 Artículo 5° de la Ley de PPM y PMA: Agréguese como último párrafo del Artículo 18° de la Ley el siguiente texto: «El conjunto de procesos físicos, químicos y/o físico-químicos que realizan los productores mineros artesanales para extraer o concentrar las partes valiosas de un agregado de minerales y/o para purificar, fundir o refinar metales, no se encuentran comprendidos en el alcance del presente Título, para su realización sólo será necesaria la solicitud acompañada de información técnica y una Declaración de Impacto Ambiental suscrita por un profesional competente en la materia. La autorización correspondiente será expedida por la Dirección General de Minería».

sión de los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA), así como de los diferentes niveles de evaluación ambiental (DIA y EIA-sd) para la PPM y PMA.

Adicionalmente, desde entonces cada año se han ido transfiriendo distintas facultades a las regiones que van desde el otorgamiento de concesiones mineras para la PPM y PMA, hasta la elaboración y promoción de estudios ambientales y sociales para el desarrollo de actividades de PPM y PMA, elaboración de programas de protección ambiental y desarrollo sostenible, coordinación de talleres y audiencias públicas dentro del proceso de elaboración de estudios ambientales, entre otros. Asimismo, los planes anuales han ido transfiriendo funciones de fiscalización, la implementación de acciones correctivas e imposición de sanciones en caso de incumplimiento de las normas mineras, ambientales y de seguridad ocupacional con relación a las actividades de PPM y PMA.

Este esquema de transferencia de competencias de nivel nacional a nivel regional, no ha afectado la aplicación de la Ley de PPM y PMA y su reglamento a las actividades de los PPM y PMA. Asimismo, tal como se desprende de la Primera Disposición Complementaria Final del proyecto de reglamento de la Ley del SEIA, las normas reglamentarias sobre evaluación de impacto ambiental deberán ajustarse a las disposiciones del futuro Reglamento del SEIA, incluyendo aquellas relacionadas con el proceso de transferencia de funciones a los gobiernos regionales y locales, de acuerdo al proceso de descentralización. Si bien, el reglamento de la Ley del SEIA aun no ha entrado en vigencia, tanto las instancias nacionales como regionales y locales se han ido adecuando al sistema de evaluación de impacto ambiental.

Si bien el presente ensayo no busca analizar a profundidad como se ha comportado cada una de las regiones luego de los procesos de transferencia, cabe señalar que hasta que se inició la descentralización, el Reglamento de la Ley de PPM y PMA señalaba como autoridad competente en asuntos ambientales del Sector de Energía y Minas al Ministerio de Energía y Minas a través de la DGAA, a la que se le encargó ejercer funciones de aprobación, supervisión, fiscalización y sanción de las actividades realizadas por los PPM y PMA³⁴. A partir de la descentralización, han asumido dichas funciones las Direcciones Regionales de Energía y Minas (DREM).

Las DREM eran organismos que, bajo un esquema desconcentrado, dependían del Ministerio de Energía y Minas³⁵ y tenían competencia dentro de una circunscripción regional. Con el proceso de descentralización las DREM se han convertido en órganos

de línea de las Gerencias Regionales. Dependen técnica y normativamente del Ministerio de Energía y Minas, bajo un régimen transitorio de desconcentración, y presupuestal y administrativamente dependen del Gobierno Regional, bajo el marco del proceso de descentralización. En este nuevo escenario, las DREM ejercen todas aquellas funciones en materia de PPM y PMA a nivel regional.

No obstante, a pesar de haberse establecido un plan ambicioso de transferencia de funciones específicas de PPM y PMA, en la práctica, este proceso no ha dado los resultados esperados. Si bien cada plan anual estableció un plazo máximo para la efectivización de la transferencia de las regiones de noventa (90) días contados a partir del año siguiente del plan de transferencia anual, el proceso recién empezó a concretizarse a partir del año 2006. Asimismo, existen críticas sobre la poca capacidad que han presentado algunas regiones para asumir las competencias asignadas por limitaciones presupuestarias y de personal capacitado, y en vista del problema de informalidad que presenta la PPM y la PMA en algunas regiones. No obstante, la determinación de los alcances del proceso de transferencia de competencias en PPM y PMA deberá realizarse tras un análisis empírico de lo que sucede en cada una de las regiones. Dicho estudio escapa de los alcances de este ensayo.

CONCLUSIONES

Si bien hay aun temas pendientes de adecuación e inconsistencias pendientes de rectificación, se puede afirmar en el subsector minero que se ha avanzado significativamente en cuanto a la evaluación del impacto ambiental. A continuación, se esbozan las principales ideas discutidas en el ensayo.

La legislación ambiental en el Perú aun no acoge plenamente a la evaluación ambiental estratégica. Un sistema de evaluación de impacto ambiental no puede estar completo si solamente se analizan los potenciales impactos ambientales de proyectos, y se ignoran las potenciales consecuencias de decisiones de gobierno. Imagine por un momento lo catastrófico que podría resultar para los ecosistemas un programa, plan o política de gobierno que fomenta, por ejemplo, la importación, producción y uso de cianuro de sodio. Imagine el efecto que esta decisión y el uso indiscriminado por la minería ilegal podría causar en el ambiente. O imagine las consecuencias para la biodiversidad y las poblaciones no contactadas de una política de fomento de la Amazonía que implique un cambio drástico y permisivo del ordenamiento territorial de esa área. En realidad, ninguna regulación sobre impacto ambiental de proyectos, por más exigente que sea, podría contrarrestar los efec-

34 Artículo 36° del Reglamento de la Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y Minería Artesanal.

35 Resolución Ministerial N° 097-93-EM-SG, Aprueban Estructura Orgánica y Funciones de las Direcciones Regionales de Energía y Minas.

«El nuevo Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM finalmente adecuó el régimen de evaluación ambiental para actividades de exploración al SEIA»

tos negativos sobre los ecosistemas de políticas, planes y programa de gobierno que no tomen en cuenta sus potenciales consecuencias negativas sobre el ambiente.

A nivel internacional, se emplean el listado y el *screening* como métodos para determinar qué proyectos califican dentro de los distintos sistemas de evaluación de impacto ambiental. Ambos sistemas tienen en común el objetivo de discriminar entre un universo de proyectos sólo aquellos que generen impactos significativos al ambiente y que cumplan con los parámetros establecidos para cada régimen. En el caso peruano, la Ley del SEIA parece haber optado por el listado como método para determinar qué proyectos califican dentro del SEIA. Sin embargo, la falta de regulación ha generado inconsistencias que se han visto reflejadas en las varias versiones de reglamento, cuyas mayores deficiencias se reflejan en la incapacidad de establecer ese método único que permita la determinación de aquellas actividades necesariamente incluidas en el SEIA.

En el sector minero, debido a las distintas categorías de los titulares mineros y las distintas actividades mineras, se ha creado una multiplicidad de sub-régimenes de impacto ambiental fraccionando el sistema de evaluación ambiental. Así, actualmente existen hasta cuatro sub-régimenes de la evaluación de impacto ambiental: uno que regula las actividades de exploración minera del régimen general; otro que evalúa el impacto ambiental de las actividades de explotación, beneficio, labor general y transporte minero, desarrolladas también por titulares del régimen general; un tercer sub-régimen que evalúa el impacto ambiental de las actividades de exploración y explotación de los titulares de la pequeña minera y minería artesanal, y un cuarto y último régimen que regula la evaluación ambiental únicamente de las actividades de beneficio de los PMA. Como se puede apreciar, no se ha previsto un régimen de evaluación de impacto ambiental para las actividades de exploración minera a cargo de los PMA. Esto obedece a la naturaleza de las actividades mineras de los

PMA, quienes generalmente no emplean las mismas técnicas que los titulares mineros del régimen general. No obstante, esto puede considerarse como un vacío normativo, por lo menos desde una aproximación teórica.

Esta complejidad en el régimen legal minero ha ocasionado que a lo largo de los últimos quince años se hayan dado distintas regulaciones sobre evaluación ambiental que, sin embargo, desaprovecharon más de una oportunidad para adecuarse a los parámetros del SEIA. El régimen de evaluación de impacto ambiental para actividades de exploración ha experimentado tres hitos desde su creación en 1998. El primer reglamento, anterior a la Ley del SEIA, estableció tres categorías, una de ellas totalmente innecesaria, y dos instrumentos de evaluación de impacto ambiental distintos a los previstos posteriormente por el SEIA.

El Decreto Supremo N° 014-2007-EM, que flexibilizó el régimen de evaluación ambiental para actividades de exploración minera, desaprovechó la oportunidad de adecuarse al entonces ya existente SEIA. Mantuvo el mismo sistema de categorización de actividades del régimen anterior, sin embargo, introdujo la aprobación automática de las DJ, eliminando la evaluación de este instrumento a cargo de la autoridad competente.

Asimismo, en ambas regulaciones se dispuso ilegalmente la adopción del silencio administrativo positivo en caso de falta de pronunciamiento oportuno de la autoridad, cuando tanto la Ley de Procedimiento Administrativo General, el Decreto Supremo N° 036-2006-EM y, posteriormente la Ley de Silencio Administrativo, disponen que se aplica el silencio administrativo negativo en caso la evaluación previa afecte el interés público en asunto de naturaleza ambiental. En realidad, solamente la EA requería aprobación expresa de la autoridad, o la aplicación del silencio administrativo negativo, puesto que la DJ por estar sujeta a aprobación automática, no requiere de evaluación previa, y por tanto mal podría aplicarse el silencio administrativo.

El nuevo reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Exploración Minera aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM finalmente adecuó el régimen de evaluación ambiental para actividades de exploración al SEIA. A pesar de ello, aun presenta incongruencias, al considerar que la DIA es de aplicación automática y exigir, al mismo tiempo, confirmación del cumplimiento de los requisitos del TUPA y de los términos de referencia para determinar la legitimidad de las actividades de exploración, lo que termina convirtiendo a la aprobación de la DIA en un proceso de evaluación previa.

El sub-régimen de evaluación de impacto ambiental para actividades de explotación del régimen general, aprobado por Decreto Supremo N°

016-93-EM, también presenta deficiencias. Es el único sub-régimen que aún está pendiente de adecuación al SEIA. Actualmente, no cuenta con categorías ni instrumentos diferenciados, tampoco establece términos de referencia para actividades comunes como sucede con el sub-régimen de exploración. Asimismo, este sub-régimen ha presentado una compleja evolución en materia de silencio administrativo. En un primer momento se consideró que operaba el silencio administrativo positivo para la aprobación del los EIA. Sin embargo, esto fue modificado por la Ley de Silencio Administrativo, dejando claramente establecido que para la aprobación del EIA opera el silencio administrativo negativo, en caso la autoridad no se pronuncie oportunamente.

Estas dificultades se han presentado también en la pequeña minería y minería artesanal. La poca claridad de la Ley de PPM y PMA respecto de las actividades, categorías de titulares mineros, e instrumentos de evaluación de impacto ambiental que corresponde a cada categoría y actividad, han generado serias inconsistencias. Por un lado, la ley reconoce un régimen único de normas, categorías e instrumentos de evaluación ambiental aplicables tanto a actividades de exploración como de explotación. Sin embargo, la norma no establece criterios objetivos para determinar cuándo una actividad de exploración merece ser clasificada como categoría I y cuándo como categoría II. La determinación debe pasar por una propuesta de categoría del propio titular, y requiere confirmación de la autoridad competente, a pesar de que se trata de actividades comunes.

En esta misma línea, podría afirmarse que los EIA-sd son de exclusiva aplicación a las actividades de PPM que califiquen dentro de la categoría II, y no serían aplicables a la PMA, en ningún supuesto, dado que la Ley de PPM y PMA sólo hace referencia expresa a las actividades de beneficio de los PMA, los cuales están considerados dentro de la categoría I y requieren de la presentación de una DIA, en todo supuesto. En ese sentido, la propia ley ha creado un nuevo sub-régimen de evaluación de impacto ambiental, aplicable únicamente a la PMA, distinto del régimen aplicable a los PPM. Este cuarto sub-régimen de evaluación del impacto ambiental, no obstante, ha ignorado las actividades de exploración minera que podrían eventualmente desarrollar los PMA.

Con el proceso de descentralización, el régimen para PPM y PMA se ha visto afectado, ya que uno de los objetivos de la descentralización ha sido transferir gradualmente competencias sectoriales en materia de pequeña minería y minería artesanal a las regiones que acrediten su capacidad para asumir las funciones establecidas en el artículo 59° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Dicha transferencia gradual se ha efectuado de acuerdo con los Planes Anuales de Transferencia de Competencias Sectoriales. El plan correspondiente al año 2004 fue, precisamente, el que ofreció la transferencia de competencias en materia de aprobación y fiscalización de instrumentos de evaluación ambiental (DIA y EIA) para la PPM y PMA. La primera efectivización de transferencia de competencias en esta materia se concretizó a partir del año 2006. No obstante, la determinación de sus alcances deberá realizarse tras un análisis caso por caso. 