

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO



FACULTAD DE DERECHO

**RÉGIMEN EFICAZ DE LA CONCESIÓN MINERA PARA LA ADECUADA
EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS MINERALES FRENTE A LOS
CONFLICTOS SOCIALES**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

**CASTRO CORONADO, MIGUEL ANGEL
SIPIÓN ECAN, MEDALITH DEL PILAR**

Chiclayo, 30 de Noviembre del 2017

**"RÉGIMEN EFICAZ DE LA CONCESIÓN MINERA PARA LA ADECUADA
EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS MINERALES FRENTE A LOS CONFLICTOS
SOCIALES".**

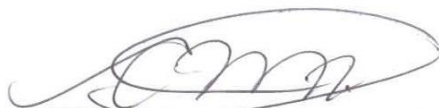
PRESENTADO POR:

**CASTRO CORONADO MIGUEL ANGEL
SIPION ECAN MEDALITH DEL PILAR**

Presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo
Toribio de Mogrovejo para Optar el título de

Abogado

APROBADO POR:



**Mgr. César Martín Vínces Arbulú
Presidente del Jurado**



**Mgr. Edson Ranulfo Espinoza Meléndez
Secretario del Jurado**



**Mgr. Percy Orlando Mogollón Pacherre
Vocal del Jurado**

A Dios por darme la fortaleza para seguir adelante, a mis madres: Teresa por haberme guiado y apoyado en esta incansable lucha; a Margot por su paciencia. Y, a mis grandes amores Astrid y Luis Angel.

Miguel

El presente trabajo de investigación está dedicado a mis Padres y hermanos que me brindaron su incondicional apoyo para culminar satisfactoriamente y poder alcanzar mi objetivo Profesional.

Medalith

DEDICATORIA

RESUMEN

Los conflictos socio ambientales en la minería, surgen por la confrontación de intereses entre el inversionista privado (concesionario), las comunidades campesinas (población civil) y el Estado.

Por lo que en el presente trabajo de investigación ofrecemos una propuesta legislativa sobre el daño ambiental y el acuerdo previo, a razón de que no existe en nuestro país un seguro ambiental obligatorio, que proteja a las víctimas y al ambiente como medida oportuna frente al daño ocasionado.

Por otro lado, el régimen jurídico especial, cumplirá con los requisitos necesarios para asistir a una actividad minera responsable, comprometida a proteger el medio ambiente y las personas en cada caso en concreto.

Por lo tanto, el tema central es la protección de los recursos naturales ante las actividades extractivas, y la participación oportuna de las comunidades indígenas para evitar los conflictos sociales, procurando de forma eficiente y eficaz el equilibrio entre la inversión privada y los derechos fundamentales reconocidos no solo por nuestra constitución sino por disposiciones internacionales tales como el derecho a la vida, salud, y aun ambiente saludable.

Palabras clave: Acuerdo Previo, Régimen Jurídico, Daño Ambiental.

ABSTRACT

The socio-environmental conflicts in mining arise from the confrontation of interest between the private investor (the concessionaire, the peasant communities, the civilian population and the state).

So in this research we offer a legislative proposal on environmental damage and prior agreement, because there is no mandatory environmental insurance in our country, which protects victims and the environment as a timely measure against harm caused.

On the other hand, the special legal regime will comply with the necessary requirements to attend a responsible mining activity committed to protecting the environment and the people in each specific case.

Therefore, the central theme is the protection of natural resources before extractive activities and the timely participation of indigenous communities to avoid social conflicts by efficiently and effectively seeking a balance between the private investor and the fundamental rights recognized in our constitution. and international provisions such as the right to life, health and even a healthy environment.

Keywords: prior agreement, legal regime, environmental damage.

TABLA DE ABREVIATURAS

LGM	: Ley General de Minería.
TUO	: Texto Único Ordenado.
CONATA	: Consejo Nacional de Tasación.
SEIA	: Sistema Nacional de Evaluación Impacto Ambiental.
MINAM	: Ministerio del Ambiente.
OEFA	: Órgano de Evaluación y Fiscalización Ambiental.
MINEN	: Ministerio de Energía y Minas.
INGEMMET	: Instituto Geológico Minero y Metalúrgico.
DIGESA	: Dirección General de Salud.
STC	: Sentencia del Tribunal Constitucional.
DGAAM	: Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros.

ÍNDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

RESUMEN

TABLA DE ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN.....X

CAPITULO 1:

LA CONCESIÓN MINERA DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO Y LA FIGUA DEL ACUERDO PREVIO COMO REQUISITO PARA LA EXPLOTACION DE LOS RECURSOS MINERALES

Notas distintivas de la concesión minera

1.1.	Evolución histórica de la Concesión Minera.....	12
1.2.	Evolución constitucional de la Concesión Minera.....	16
1.3.	La Concesión Minera como Acto Jurídico Administrativo.....	17
1.4.	Características de la Concesión Minera.....	19
	1.4.1. La alienabilidad.....	19
	1.4.2. Indivisibilidad relativa.....	20
	1.4.3. La irrevocabilidad.....	20
	1.4.4. La condicionalidad.....	21
1.5.	Tratamiento de la concesión minera en el régimen actual.....	22
1.6.	Derechos principales del concesionario.....	24
	1.6.1. Derecho a explorar y explotar recursos naturales de un bien inmueble.....	24
1.7.	Derechos complementarios o adicionales del concesionario.....	25

1.8.	Obligaciones del concesionario minero.....	29
1.8.1.	Sistema de amparo.....	29
1.8.2.	Derecho de tramitación.....	30
1.8.3.	Derecho de vigencia.....	31
1.9.	Extinción de la concesión minera.....	32
1.10.	El acuerdo previo en las concesiones mineras en el Perú.....	33
1.10.1.	El problema en el acuerdo previo como negociación entre el titular de la concesión y el propietario del suelo.....	34
1.10.2.	La protección del Estado a la parte en mayor desventaja.....	35

CAPITULO: 2

CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES DE MINERIA EN EL TERRITORIO PERUANO

Panorama acerca del medio ambiente

2.1.	Concepto de ambiente.....	38
2.2.	Principios del derecho ambiental.....	40
2.2.1.	Principio de prevención/precautorio.....	40
2.2.2.	Internalización de costos.....	41
2.2.3.	Principio de responsabilidad ambiental.....	41
2.3.	Daño ambiental.....	42
a)	Daño patrimonial.....	43
b)	Daño extra patrimonial.....	44
2.4.	La Protección al medio ambiente en el derecho comparado.....	44
2.4.1.	Chile.....	44
2.4.2.	Argentina.....	46
2.4.3.	La experiencia de EE.UU.....	47
2.4.4.	Colombia.....	48
2.5.	Marco normativo sobre la tutela del medio ambiente en el Perú.....	49

2.6.	La Evaluación del Impacto Ambiental como técnica específica para la protección de medio ambiente.....	52
2.6.1.	El Estudio de Impacto Ambiental.....	53
2.7.	Órganos estatales con funciones ambientales.....	54
2.7.1.	OSINERGMIN.....	54
2.7.2.	MINÁN.....	55
2.7.3.	MINEM.....	56
2.7.4.	Otras entidades.....	57
2.8.	Contraposición de derechos fundamentales frente a la inversión privada en el territorio peruano.....	57
2.8.1.	Libertad de empresa.....	57
2.8.2.	Derecho a la vida y a la salud.....	58
2.8.3.	Derecho a un ambiente saludable.....	59

CAPITULO: 3

PROPUESTA LEGISLATIVA Y MODIFICATORIA

3.1.	Decreto legislativo que crea el Seguro Ambiental para la adecuada explotación de los recursos minerales frente a los conflictos sociales.....	61
3.2.	Modificación del artículo 7 de la Ley N° 26505 - Ley de inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas.....	66
	CONCLUSIONES.....	69
	BIBLIOGRAFIA.....	70
	ANEXO.....	76

INTRODUCCIÓN

La presente investigación titulada “El régimen eficaz de la Concesión Minera para la adecuada explotación de los Recursos Minerales frente a los Conflictos Sociales”, tiene relevancia jurídico-social, ya que si bien los gobiernos han venido implementado progresivamente una serie de normas destinadas, por un lado, a promover las inversiones orientadas a la explotación de recursos mineros y, por otro lado, a mitigar los impactos negativos que pudieran resultar con esta explotación.

Sin embargo, todas estas reformas normativas no han logrado evitar que se susciten conflictos sociales que giran en torno a la explotación de recursos minerales mediante concesiones en diversas regiones del Perú.

En este sentido, se impregna un clima de inestabilidad e ingobernabilidad que repercuten en el desarrollo sostenible del país. Además de, la posibilidad real de una amenaza a derechos fundamentales de sectores afectados por el perjuicio ambiental mediante las actividades extractivas, las mismas que en los últimos años esto ha sido causa de actuaciones violentas.

Uno de los elementos importantes en los conflictos sociales son sus actores, debido a sus evidentes diferencias de intereses. Por un lado está el inversionista privado que busca generar utilidades con la explotación de un determinado recurso natural, y por el otro se encuentra la sociedad civil(comunidades campesinas) la cual busca mantener el dominio sobre sus tierras y evitar la afectación de sus intereses por la contaminación que podría acarrear la explotación de los recursos minerales.

Es por ello, que el tema a desarrollarse en el presente trabajo de investigación, tiene como importancia solucionar a través de una propuesta legislativa la creación de un seguro ambiental que coadyuve a mitigar los daños generados por la empresa concesionaria al ambiente en el que se desenvuelven estas comunidades; y además, la modificación del artículo 7º de la ley 26505 (Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas), en torno al acuerdo previo como requisito para debida explotación de recursos mineros, que si bien el texto normativo se refiere a esta figura como el acuerdo entre la empresa concesionaria y el propietario de las tierras, vemos en la realidad que existe una asimetría en cuanto a la capacidad de negociación entre las dos partes generándose un problema de desigualdad.

Si bien, el acto administrativo de la concesión minera produce efectos jurídicos, al no existir acuerdo previo por ser posterior-siendo este el problema- se manifiesta el rechazo por parte de la población, colisionando los derechos de la libertad de empresa frente a los derechos fundamentales como la vida, la salud, el territorio, sus costumbres, ambiente sano y equilibrado, reconocido por nuestro ordenamiento jurídico y por tratados internacionales.

El problema a investigar es: ¿por qué es necesario un régimen jurídico sobre el daño ambiental y el acuerdo previo? Por ello, se emboza una propuesta legislativa de seguro ambiental obligatorio peruano y, que el acuerdo previo surja antes de la concesión, para crear seguridad jurídica y confianza, frente a las predictibilidades de amenaza y vulneración de Derechos Fundamentales.

Los autores

CAPITULO 1:

LA CONCESIÓN MINERA DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO Y LA FIGURA DEL ACUERDO PREVIO COMO REQUISITO PARA LA EXPLOTACION DE LOS RECURSOS MINERALES

Notas distintivas de la concesión minera

1.1. Evolución histórica de la Concesión Minera

Explicar el régimen de la concesión Minera implica conocer la evolución histórica del mismo.

El Derecho Minero y la concesión minera, como la institución central del mismo, se remontan al Derecho Indiano a raíz de la conquista española. Antes de esa etapa histórica resulta difícil, hablar del Derecho Minero tal cual lo entendemos hoy día¹.

La concesión minera en la civilización inca se refería a un derecho oral y no escrito, que se desarrolló entre los siglos XII y XVI, en cuya virtud las minas eran trabajadas por cuenta del Inca para extraer los metales preciosos y el cobre, surgiendo después la mita como trabajo forzado y personal por un tiempo limitado, que posteriormente se esparció al Derecho Indiano en un claro mestizaje jurídico².

En el Derecho Indiano debemos considerar como fuentes principales las “*ordenanzas de Toledo de 1574, la Nueva Recopilación, la Novísima Recopilación*”

¹Cfr. BELAUNDE MOREYRA, *Martín. Derecho minero y concesión*, 5ª ed., Lima, Editorial San Marcos, 2013, p. 41.

²Cfr. BASADRE AYULO, Jorge. *Derecho minero peruano*, Lima, P.L. Villanueva Editor, 1974, p. 77

de 1680, las Ordenanzas Antiguas del Perú, también conocidas como las Ordenanzas de Ballesteros, por el nombre del funcionario virreinal que las recopiló y publicó en 1752³ para su aplicación en nuestro país.

Cabe señalar que, históricamente la explotación de recursos minerales ya era considerada parte del sostenimiento económico y social, tanto para la corona española, como para el inca, o para quien ostentaba el poder en esos tiempos. Recalcando además, que para la extracción de estos minerales se usaba la fuerza humana en forma de esclavitud y no como una contraprestación laboral.

Hasta finales del siglo XIX y por la influencia de la corona española, se dictaron ordenanzas como la de 1783 y 1785, la cual ya daban inicio al Derecho Minero como rama autónoma de las ciencias jurídicas⁴. Es por ello que, para hablar de concesión minera, es necesario hacer mención a la evolución del derecho minero como institución, ya que, hasta la fecha se han expedido diversas normas que han ido regulando las actividades de extracción de minerales, y que han tenido repercusiones tanto económicas como sociales.

Para ello, se han elaborado leyes aplicables a la actividad para mejorar y adecuar dichas normas a las crecientes necesidades del sector minero y, por otra parte constituyen los antecedentes jurídico – históricos hasta llegar a la legislación actual.

Por ello, resulta necesario hacer un cuadro comparativo con aquellas normas que a nuestro parecer permitirá un mejor estudio sobre el desarrollo y evolución del régimen de la concesión minera:

³ BASADRE AYULO, Jorge. *Derecho Minero Peruano*, 5ª ed., ampliada y actualizada, Lima, 1990, p. 81.

⁴ BELAUNDE MOREYRA, Martin. Op. Cit. p. 42.

Cuadro comparativo: Tratamiento legal de la minería en el Perú

CÓDIGO DE MINERÍA DE 1901	CÓDIGO DE MINERÍA DE 1950	LEY GENERAL DE MINERÍA – D.L. N° 18880	LEY GENERAL DE MINERÍA – D.L. N° 109.	LEY GENERAL DE MINERÍA- D-S N°014-92
Un cuerpo normativo con carácter privatista. Dicho código se refirió a la propiedad minera, como legalmente “Irrevocable y perpetua similar a la propiedad común”, solo sujeta a caducidad por la	Destacó con indiscutible nitidez el dominio originario del Estado sobre las sustancias minerales. Estableció dos tipos de concesiones, las de exploración por un plazo de hasta 5 años, y las de explotación por un plazo indefinido. Las causales de caducidad estaban referidas	Establece que la actividad empresarial del Estado es factor fundamental en el desarrollo de la industria minera. (de corte estatista) El derecho a explorar por un plazo de 5 años y de extraer los productos minerales (tratándose de las concesiones de explotación), para convertirse en	Puso de lado los excesos estatizantes del Derecho Ley N° 18880 sin dismantelar el aparato empresarial de Estado. Coincidió con el D.L. N° 18880, acerca de la propiedad estatal sobre los recursos mineros, con el carácter de inalienable e imprescriptible La concesión minera	Es la norma que rige hasta la actualidad, la cual tiene muchos matices, en especial seguridad y garantía para el inversionista minero sea nacional o extranjero; así como el establecimiento de contratos mineros especiales aplicables a la minería como el “contrato de jointventure”. También reguló lo concerniente

<p>falta de pago del impuesto anual de 30 soles por pertenencia. No aludió explícitamente al dominio originado del Estado</p> <p>Se caracterizó por la preferencia otorgada a la clase burguesa para el aprovechamiento del mineral.</p>	<p>exclusivamente, a la falta de pago de canon y sobre canon territorial durante dos años consecutivos. También le otorgo el derecho a utilizar gratuitamente los terrenos erizados ubicados fuera del perímetro de la concesión. Fue un código de carácter restaurador donde se apertura la minería a fin de que todas las clases sociales pudieran invertir.</p>	<p>propietario de las sustancias minerales extraídas. El cambio más significativo fue la obligación de invertir y de producir para mantener vigente la concesión, sin perjuicio de pagar el canon territorial. Esta norma fue duramente criticada, pues a la larga trajo consigo retroceso en la actividad minera.</p>	<p>otorgaba a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos reconocidos por la ley a favor del concesionario, terminología que se mantiene en el dispositivo minero vigente</p> <p>El concesionario se convertía en propietario de las sustancias mineras extraídas.</p>	<p>a los contratos de estabilidad jurídica o también llamados contratos civiles.</p> <p>Norma que analizaremos con más detalle a continuación.</p>
--	--	--	--	--

1.2. Evolución constitucional de la Concesión Minera

En el ámbito constitucional, la primera Carta Política que trató acerca del tema de la propiedad estatal de los recursos mineros fue la de 1920, probablemente bajo el influjo de la Constitución de Querétaro promulgada en 1917 en plena Revolución Mexicana. Es importante destacar que ese fue el primer texto constitucional en Latinoamérica en el cual se proclamó que “*La Nación tiene el dominio directo de todos los minerales siendo inalienable e imprescriptible*”⁵.

Quedando establecido que la propiedad minera en toda su amplitud pertenece al Estado; solo podrá concederse la propiedad o el usufructo en la forma y bajo las condiciones que las leyes dispongan; esta constitución quedo vinculada al régimen de Leguía.

En 1933 se aprobó una nueva carta política en la que se manifestó que las minas, tierras, bosques, agua son riquezas que pertenecen al Estado salvo los derechos legalmente adquiridos. Pues la ley fijara las condiciones de su utilización por el Estado mediante concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares⁶.

La constitución de 1979, indico que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación: Los minerales, tierras, bosques, aguas y fuentes de energía que pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por otorgamiento a los particulares, en efecto el Estado fomenta y estimula la actividad minera, protege la pequeña y mediana minería, y promueve la gran minería⁷. La concesión minera otorga a su titular un derecho real.

⁵Cfr. SILVA HERZOG, Jesús. *Breve Historia de la Revolución Mexicana*, Segunda Edición, Tomo 2, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1986, p.322

⁶Cfr. LASTRES BÉRNINZON, Enrique. *La Minería en la Constitución Política del Perú*, 2017 [ubicado el 25.IV 2017]. Obtenido en <http://www.elabog.com/web/?p=545>

⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 10.

La vigente Constitución Política de 1993, refleja una visión más privatista, particularmente en lo que respecta a la actividad empresarial del Estado, pero sin derogar el sistema nominalista sobre los recursos naturales. La concesión minera otorga a su titular un derecho real⁸.

1.3. La Concesión Minera como Acto Jurídico Administrativo

La concesión minera proviene de un acto jurídico administrativo emanado de la autoridad competente, que autoriza a realizar una actividad exploración y explotación, labor general o transporte minero⁹. Para Belaunde Moreyra “el acto jurídico administrativo es una manifestación de voluntad de un ente público que crea, extingue o modifica derechos a favor de los particulares pero también, en ciertas circunstancias, a favor del propio Estado o de organismos vinculados al Estado”¹⁰.

Según Samuel Lira Ovalle manifiesta que:

“El acto de concesión minera es aquel por el cual la autoridad constituye derecho de concesión, para que el titular goce de facultades que la ley asigna sobre la riqueza minera nacional, a diferencia del derecho de concesión minera que es un derecho real inmueble que otorga a su titular facultades exclusivas de explorar las sustancias minerales concesibles que existan dentro de sus límites y hacerse dueño de las que extraiga”¹¹.

Lo que implica decir que se trataría de conceptos que están relacionados, a razón de que acto y derecho para la concesión minera exige el obligatorio

⁸ Art. 66 Constitución Política del Perú: Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

⁹BELAUNDE MOREYRA, Martín. Op. Cit, p. 55.

¹⁰ Ibídem, p. 55.

¹¹ LIRA OVALLE, Samuel. *Curso de derecho de minería*.3ra ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 85.

cumplimiento de ciertos requisitos ordenadas conforme lo señala la norma taxativa para ingresar y explotar los recursos minerales del perímetro de un terreno determinado, siempre que cumpla con el interés público que justifica su otorgamiento.

Así mismo, *“El interés público reside en el fomento de la economía, del desarrollo, de la ocupación, del cobro de impuestos, de la generación de divisas extranjeras a través de la exportación, en la satisfacción de una necesidad nacional de consumo o de servicios”*¹². Condiciones que redundan, directa o indirectamente en beneficio de la comunidad. *“El interés privado reside fundamentalmente en la obtención de una ganancia para los inversionistas”*¹³.

La concesión busca armonizar ambos intereses, la autoridad minera otorga la concesión en nombre del Estado por ser este el titular del dominio originario de los yacimientos mineros otorgándose de acuerdo a las atribuciones que la ley confiere al ente público administrativo.

En tal sentido, *“La concesión nace de un acto administrativo otorgado por la administración constituyendo a favor del concesionario, un derecho subjetivo sin revestir forma de contrato. Sin embargo, para el sector minero, dicho acto permanecerá vigente, real e irrevocable, en tanto el titular cumpla las obligaciones para mantener su vigencia”*¹⁴.

La concesión minera debe entenderse entonces, como un acto jurídico de Derecho Público en virtud del cual la Administración Pública, sustentándose en

¹² CARBONELL, José. *Curso de economía minera*. Primera parte legislación de minas. Madrid: Imprenta el Asilo de Huérfanos, 1907, p. 104.

¹³ GÓMEZ NÚÑEZ, Sergio. *Manual de derecho de minería*. 1ra ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 73.

¹⁴ VINCES ARBULÚ, Martín; MALCA ALVA, Raiza. *LA CONCESIÓN MINERA EN EL ORDENAMIENTO PERUANO: ANÁLISIS SOBRE SU NATURALEZA JURÍDICA*, IUS, USAT, 2015.[ubicado el 25.IV 2016]. Obtenido en: <http://www.usat.edu.pe/files/revista/ius/2015-l/paper13.pdf>

el principio de legalidad, establece el régimen jurídico de derechos y obligaciones en la explotación de los recursos minerales no renovables¹⁵.

Además, la concesión minera es considerada por el Tribunal Constitucional como un acto administrativo a través del cual el Estado otorga la explotación de los recursos naturales siempre que se respete los términos establecidos¹⁶.

1.4. Características de la Concesión Minera

La concesión minera en un sentido amplio es un acto jurídico administrativo expedido por la autoridad minera competente, de carácter subjetivo, enmarcado dentro de una legislación preexistente, obligatoria y que requiere forzosamente de la petición del interesado formulada con arreglo a los requisitos establecidos en la ley.

Pero además, presenta características determinadas dentro del régimen peruano el cual merece un análisis especial para entender los conflictos frente a los derechos del propietario del bien.

1.4.1. La alienabilidad

Frente a esta característica la concesión minera dada su naturaleza de derecho distinto al predio en el cual se ubica, es susceptible de transferencia por parte del titular del bien¹⁷. Así, el artículo 23 de la Ley Orgánica de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales señala, que las concesiones son bienes incorporales registrables y que pueden ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación, conforme a las leyes especiales.

¹⁵ STC del 1 de Abril del 2005. {Expediente número 0048-2004 PI/TC}.

¹⁶ Cfr. *Ibíd.*

¹⁷Cfr. GONZALES QUIROZ, Milagro. *Divergencias Normativas entre el Derecho de Propiedad y los Atributos de la Concesión Minera*, Tesis para optar el Título de Abogado, Chiclayo, USAT, 2014, p 88.

Es así que, la concesión genera derechos reales especiales que no solo permite transferir, sino además se puede utilizar para garantizar créditos, quedando el nuevo adquirente sujeto a las normas establecidas originalmente en la concesión, debiendo inscribirse en el registro correspondiente¹⁸.

1.4.2. Indivisibilidad relativa

- **Horizontal.-** Que en términos físicos el otorgamiento de la concesión no debe ser menor a una cuadrícula, o menor a 100 hectáreas que es lo mismo y hasta las 1, 000 hectáreas que se pueden concesionar y de ser necesario se solicita un adicional de tierras ante el Ministerio de Energía y Minas¹⁹, siempre que se justifique la utilización.
- **Vertical.-** Que desde la superficie hasta el interior de la tierra, dado que no es posible separar la concesión en el subsuelo y hacia el centro de la tierra²⁰.

Cabe señalar además que, sin en caso existan dos o más titulares de la concesión minera, no es posible que la misma sea dividida físicamente; motivo por el cual se debe constituir una sociedad limitada de manera obligatoria cuando no se pongan de acuerdo conforme al TUO de la Ley General de Minería²¹.

¹⁸Ibídem.

¹⁹Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, Decreto Supremo N° 014-92 EM- INCOPOACIÓN DE AREAS DE SISTEMA DE CUADRICULAS.

²⁰Cf. GAMARRA BARRANTES, Carolina. *La Concesión Minera*, Lima, Ediciones Cabalero Bustamante S.A.C, 2009, p.60.

²¹ La ley define esta característica anulando la existencia de copropiedad a fin de evitar los conflictos entre los titulares de la concesión minera, la cual impediría su aprovechamiento eficiente, dado que no sería posible la partición de la misma.

1.4.3. La irrevocabilidad

Bajo esta característica, tanto los derechos y obligaciones que establece la concesión minera están previamente fijados en la ley, y no cabe negociación sobre ellos, ni siquiera para el goce de ciertos beneficios adicionales de carácter tributario, cambiario o administrativo, cabe mencionar además que la concesión minera sí es un acto irrevocable en el sentido de que solo queda sin efecto si se encuentra incurso en las causales de extinción que establece la ley²².

Como consecuencia de ello, se busca ir conforme al ordenamiento Jurídico donde se respeten las normas taxativas plasmadas por la autoridad competente, en cumplimiento de su función jurisdiccional de un determinado Territorio.

1.4.4. La condicionalidad

Esta se refiere al cumplimiento que establece la Ley, para mantener la vigencia de la concesión. Esto ocurría en aplicación de la normatividad anterior, llamado amparo por el trabajo, que de no cumplirse operaba la caducidad; esta aplicación consistía en mantener un número de trabajadores realizando labores mineras por un determinado tiempo por año²³.

Con la normatividad vigente se ha dejado de lado el principio de condicionalidad, por el llamado derecho de vigencia, la cual consiste en el pago

²² BELAUNDE MOREYRA, Op. Cit., pp. 56-57.

²³GONZALLES QUIROZ, Milagros, Op. Cit., P 90.

de una suma anual obligatoria equivalente a U.S.\$ 3.00 por hectárea otorgada y por la pequeña minería es de U.S.\$ 1.00 (un dólar) por hectárea²⁴.

Además de las características señaladas, cabe resaltar que al hablar de concesión minera nos referimos también a un bien inmueble, puesto que así lo establece tanto el Código Civil en su artículo 885^o. Inciso 8; y el Artículo 9^o de la Ley General de Minería, pero que consideramos objeto de estudio de otra investigación.

1.5. Tratamiento de la concesión minera en el régimen actual

En la actualidad se encuentra vigente el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería aprobado por el Decreto Supremo N° 014-92-EM, el cual unificó los Decretos Legislativos N° 109 y 708, este último mantuvo la figura de la concesión como la institución fundamental del Derecho Minero, sin la cual no es posible ejercer la industria minera, concepto que ahora ha evolucionado en el sentido de que la concesión minera otorga el título para el ejercicio de la actividad minera, más no la autorización para la explotación dado a que ésta emana de múltiples autorizaciones posteriores²⁵.

El Artículo II del Título Preliminar del TUO, refiere que la propiedad es inalienable e imprescriptible del Estado sobre los recursos minerales.

Por consiguiente, el Estado debe evaluar, preservar los recursos naturales mineros a través de un sistema de información para el fomento de la inversión. Asimismo, debe normar y fiscalizar la actividad minera conforme al principio de simplificación administrativa²⁶.

²⁴Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, Decreto Supremo N° 014-92 EM- Artículo 39^o establece que: a partir del año n que se hubiere formulado el petitorio el concesionario está obligado al pago del derecho de vigencia.

²⁵BELAUNDE MOREYRA, Martin. Op. Cit. pp 61-62.

²⁶Cfr. Ibídem.

Además, cabe resaltar que el Artículo 24° del TUO ratifica que el Estado puede ejercer, sin excepción, todas las actividades mineras. Sin embargo, este dispositivo se contradice con los Artículos 26° y 167° del TUO. Por un lado, el artículo 26° señala que cuando organismos o dependencias públicas del Sector Público Nacional adquieran por cualquier título concesiones otorgadas a particulares, deben sacarlas a remate dentro de los tres meses de adquiridas, en el caso de no presentarse postores serán declarados de libre denunciabilidad. Por su parte el artículo 167° prohíbe a las empresas estatales mineras celebrar contratos de cesión, respecto de sus concesiones no trabajadas²⁷.

Si en efecto el Estado tiene el derecho de ejercer, sin excepción, todas las actividades mineras, y ese derecho se ejerce sin privilegios ni distinciones de ninguna clase frente a la actividad privada, ¿Por qué se le prohíbe al Estado conservar concesiones y a las empresas estatales cederlas a terceros?

Tales limitaciones carecen de sustento, máxime cuando la regla de la igualdad queda desvirtuada al establecerse en perjuicio del Estado una limitación inexistente para la actividad privada. Por ello, la igualdad debe interpretarse como una vía de doble tránsito que opera tanto a favor de la actividad estatal como de la privada²⁸.

Otra novedad de la Ley actual es que no existe ninguna reserva vigente de sustancia mineral²⁹, ya que la reserva de sustancias radiactivas fue levantada mediante Decreto Legislativo N° 708 artículo 27°, el mismo que fue reiterado en el Artículo 16° del TUO.

²⁷Cfr. GARCIA MONTUFAR, Guillermo. *Apuntes de derecho minero común*, colegio de abogados de Lima, Cultural Cuzco S.A, Lima, 1989. p.110.

²⁸ Cfr. BELAUNDE MOREYRA, Martín. Op. Cit. p. 62.

²⁹ Cfr. GUTIERREZ LLIAN. *Breve reseña de la concesión minera de exploración y explotación desde el punto de vista legal*, Revista del instituto de investigación (RIIGEO), FIGMMG-UNMSM, Volumen N°17, 2004, pp. 69-74.

1.6. Derechos principales del Concesionario

1.6.1. Derecho a explorar y explotar³⁰recursos naturales de un bien Inmueble.

El TUO de la Ley General de Minería, señala que la concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos en un área determinada del territorio nacional. “En este sentido el concesionario es el titular de un derecho real, que consiste en la suma de los atributos reconocidos por la ley.

Dicho derecho real es de naturaleza administrativa porque lo otorga la Administración Pública, a través de un acto administrativo”³¹.

Además, el área de la concesión se encuentra limitada por los planos verticales correspondientes a los lados de un cuadro, rectángulo o poligonal cerrada.

La unidad de medida de la concesión minera es una cuadrícula de 100 hectáreas determinadas por el ministerio de energía de minas. *“La concesión minera no puede tener una extensión menor de 100 hectáreas salvo determinadas excepciones tales como zona frontera, salvo en el dominio marítimo donde las concesiones mineras pueden tener una extensión entre 100 a 10.000 hectáreas”*³².

Es así que, sobre el bien inmueble el concesionario no llega a ser propietario sino meramente titular de la concesión, solo es propietario de bienes, equipos, maquinarias, construcciones que ha adquirido y destinado para la explotación de la concesión.

³⁰El TUO del D-S 014-92 E-M en su artículo 8º define la actividad de explorar como la actividad conducente a “demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales”. Esta actividad requiere, a diferencia de la actividad de cateo o la prospección, de una concesión previa, y es parte de la llamada concesión minera. Del mismo modo define la explotación como la “actividad de extracción de los minerales contenidos en un yacimiento”.

³¹GAMARRA BARRANTES, Carolina. Op. Cit. p.77.

³² BELAUNDE MOREYRA, Martin. Op. Cit. p.81.

En efecto *“la concesión minera tiene la condición de inmueble y los minerales gozan de esa condición mientras formen parte del yacimiento, una vez extraídos y desarraigados adquieren el carácter de bienes muebles”*³³.

Visto lo anterior, nos animamos a definir al derecho del concesionario minero como un derecho real sui generis que comprende atributos, el derecho principal a explorar y explotar los recursos minerales, con el fin de apropiarse de éstos, y le otorga otros derechos accesorios (no necesariamente reales) que le permiten la realización de dicha actividad y otros actos referidos a la concesión minera.

1.7. Derechos complementarios o adicionales del concesionario

Uno de estos derechos es aquel que está referido al derecho a solicitar el uso minero gratuito de la superficie de la concesión.

*“Las concesiones otorgadas en terrenos eriazos, el concesionario tiene derecho al uso minero gratuito de la superficie correspondiente a la concesión para el fin económico tal”*³⁴.

Los titulares de actividad minera que mantiene en uso terrenos eriazos de dominio del Estado *“deberán presentar al Ministerio de Energía y Minas un plano o escala apropiada y una memoria descriptiva del terreno señalando las áreas superficiales ocupadas por la explotación, infraestructura, instalaciones y servicios, dentro de un plazo de 90 días”*³⁵ a efectos de que este sector

³³ CUCHO MENDOZA, Héctor Ubaldo. *Manual del Derecho de Minería en el Perú*. Lima, Cultural Cuzco Editores, 1999.pp.629.

³⁴TONG G., Francisco. *“recursos hídricos y tierras superficiales”*, 2004 [ubicado el 12.X.2015]. obtenido en : <http://www.derecho.usmp.edu.pe>

³⁵ ESCAJADILLO CH., Francisco. *“Concesión Minera vs Derecho de Propiedad”*, 2006[ubicado el 16 .X.2015], obtenido en: <http://www.derecho.usmp.edu.pe>.

organice un registro que permita excluir dichos terrenos del procedimiento de subasta.

El requisito adicional de la concesión, es la subasta pública del terreno superficial de la misma, que implica la necesidad de seguir dos procedimientos administrativos distintos para ejercer los derechos concesionarios. Uno ante la autoridad minera para el trámite de la concesión y otro ante la autoridad agraria para adquirir el terreno superficial.

En efecto, en base a lo anteriormente expuesto, puede constituirse una barrera para una administración eficiente de la concesión, o a su vez una desintegración sectorial³⁶, vale decir por un lado está la entidad que otorga permiso, licencia o autorización que puede verse trabada por otra entidad que se deniega.

La servidumbre³⁷ es un beneficio para el propietario del bien dominante, relacionado al goce o disfrute del bien sirviente y una carga para el propietario de éste último, consistente en una limitación a su derecho de propiedad.

La historia de la servidumbre en el Perú excluyó la posibilidad de expropiación cuando se “enerva” el derecho de propiedad del titular del predio sirviente, estableciéndose que para que proceda la expropiación de un inmueble se deberán circunscribir la ejecución de obras de infraestructura y servicios públicos.

La Regulación de la Servidumbre Minera se encuentra recogido por el Decreto Supremo N° 014-92-EM, y su Reglamento D.S 018-92-EM: en su Art. 37 inciso 3) LGM, establece que: “Los titulares de concesiones, gozan de los siguientes atributos: A solicitar a la autoridad minera, autorización para establecer servidumbres en terrenos de terceros que sean necesarios para la racional

³⁶ Cfr. VINCES ARBULÚ, Martín y MALCA ALVA, Raiza. Op. Cit. p.17.

³⁷Art. 10° del Texto Único Ordenado de la ley General de Minería. Referente al otorgamiento de un derecho real derivado de la concesión minera.(el subrayado es nuestro).

utilización de la concesión. La servidumbre se establecerá previa indemnización justipreciada si fuere el caso”³⁸.

Existen en la actividad minera dos tipos de servidumbre: “convencional que requiere que el acuerdo de servidumbre se extienda ante notario o juez de paz y sea puesto en conocimiento del Ministerio de Energía y Minas y legal, que requiere la culminación de un procedimiento administrativo de servidumbre legal”³⁹.

Así, para lograr el establecimiento de una servidumbre minera, se requiere realizar un trato directo con el propietario para alcanzar un acuerdo de constitución de una servidumbre sobre su predio. En caso no se logre constituir la servidumbre mediante la negociación directa, se pretenderá lograr la conciliación ante la Dirección General de Minería de no efectuarse dicho acuerdo se deberá culminar el procedimiento administrativo de servidumbre legal.

De lo expuesto en el párrafo anterior “si no se configura el acuerdo, la Dirección General de Minería en un plazo de 30 días designará a un perito minero para que se pronuncie sobre la necesidad y magnitud de la servidumbre minera y solicitará al Consejo Nacional de Tasaciones (CONATA) que realice la tasación del área solicitada y elabore un informe técnico”⁴⁰.

En consecuencia, el Director General de Minería y el Director General de Promoción Agraria del Ministerio de Agricultura, emitirán sus respectivas opiniones técnicas señalando en forma expresa si la servidumbre es posible sin

³⁸RAMOS DE LA CRUZ, John. “*La Servidumbre Minera como alternativa para el desarrollo de proyectos mineros*” 2015. [ubicado el 25 .X.2015] Obtenido en: <http://www.derecho.usmp.edu.pe>.

³⁹Ibíd.

⁴⁰LANAO CLEONARES, Eduardo. ¿sirven las servidumbres mineras en el Perú? 2015. [ubicado el 23 .X.2015] obtenido en: <http://www.teleley.com>.

enervar el derecho de propiedad, teniendo para ello en cuenta los dictámenes periciales.

En caso se otorgue la servidumbre, el titular minero deberá pagar una indemnización al propietario del predio que incluya el valor del área de las tierras que vayan a sufrir desmedro, es decir una compensación monetaria por eventual lucro cesante durante el horizonte de tiempo de la afectación, calculado en función a la actividad agropecuaria más rentable que pueda desarrollarse en el predio; y el valor de reposición de las obras civiles y edificaciones afectadas por la servidumbre minera. La servidumbre se extinguirá si se destina a fin distinto para el cual se estableció.

Como se ha detallado líneas arriba, con este instrumento se busca preservar el derecho del inversionista minero y garantizar el mismo por los beneficios que conlleva la minería para el desarrollo del país. Sin embargo, ello solo es posible si no se enerva el derecho de propiedad, porque si bien el Estado tiene un rol promotor, también tiene el deber de salvaguardar los derechos de todos los ciudadanos, ya que el derecho de propiedad se constituye como un derecho fundamental y debe ser protegido.

Adicionalmente, el derecho a la expropiación, se refiere a la forzosa o privación de la propiedad de un bien de dominio privado a favor del estado o de una entidad pública, previa indemnización justipreciada y por una razón de interés general, necesidad y utilidad pública o seguridad nacional.

El código de 1950 permitía la expropiación por causas de utilidad pública, aprobada legalmente y previa indemnización, “siendo que la novedad que introdujo este código fue declarar a la industria minera de utilidad pública, situación que justifico el derecho del concesionario de solicitar la expropiación de una propiedad de terceros que normalmente es facultad exclusiva del estado como consecuencia del iusimperium”⁴¹.

⁴¹ ESCAJADILLO CH., Francisco. Op. cit. pp. 20-22.

En efecto, el artículo V del título preliminar del TUO se limita a declarar que la industria minera es de utilidad pública, sosteniendo que el inciso 7 del artículo 37º habría sido derogado tácitamente, desde el momento en que la minería no goza formalmente de la calidad de necesidad pública.

Cabe decir entonces que, este sería el meollo jurídico para dejar sin efecto el derecho a solicitar la expropiación.

En consecuencia, la expropiación procede por dos requisitos fundamentales: la absoluta necesidad del área a ser expropiada para la ejecución de las actividades mineras y la mayor importancia de la industria minera respecto de la actividad afectada.

1.8. Obligaciones del concesionario minero

Las obligaciones legales del concesionario frente a la autoridad minera están clasificadas en dos categorías: a) aquellas vinculadas con la vigencia de la concesión, cuyo incumplimiento determina que se produzca una causal de extinción; y b) aquellas otras obligaciones legales cuyo incumplimiento puede generar sanciones de otra índole, tales como multas, restitución de lo indebidamente extraído, indemnización por daños y perjuicios, suspensión de labores mineras en los casos de daño o peligro para otros concesionarios o terceros.

1.8.1. Sistema de amparo

Se define a los sistemas de amparo como el conjunto de obligaciones, que el Estado impone al concesionario, y cuyo incumplimiento provoca, en principio, la extinción o pérdida de la concesión.

Para CUNEO ALENDEZ, David, la definición general y aceptada por la doctrina nacional e internacional es que:

“El amparo minero consiste en el cumplimiento de las obligaciones mineras que tiene todo titular de derechos mineros con el fin de mantener vigente su concesión minera”⁴².

Respecto a este punto, la doctrina establece dos tipos de sistemas de amparo, la primera, referida a *la patente o canon*: sistema de amparo que consiste en un pago o monto de periodicidad anual como obligación patrimonial directa, requisito para mantener la vigencia de la concesión otorgada por el Estado⁴³.

La segunda, referida al *sistema de amparo por el trabajo*: “donde el concesionario debe acreditar que está desarrollando una actividad minera como la inversión en la fase de exploración y producción en la fase de explotación con un valor mínimo de venta, que debe ser alcanzado a partir del sexto año contado desde el primero de enero del año siguiente al que se otorgó la concesión”⁴⁴.

1.8.2. Derecho de tramitación

Esta referido a la formulación del petitorio de la concesión, en la cual el solicitante o denunciante debe acreditar el pago único de una suma por Derecho de Tramitación.

En el caso de “un petitorio de concesión minera la suma es el equivalente al 10% de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT). En el caso de petitorios de concesiones de beneficio, labor general y transporte minero la suma también asciende al mismo porcentaje con arreglo a los

⁴²CUNEO ALENDEZ, David. *Las Obligaciones Mineras: La producción Mínima*, El Derecho de Vigencia, La Penalidad y Críticas a su Regulación, p. 345 2015..[ubicado el 15 .X.2016] obtenido en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/15252/15720>.

⁴³Cfr. *Ibíd*em, p. 345.

⁴⁴BELAUNDE MOREYRA, Martin. *Op cit.* pp.107-108.

*Artículos 17°, inciso 1, y 35° del Reglamento de Procedimientos Mineros D.S. N° 018-92-EM*⁴⁵.

Finalmente podemos decir , que el derecho de tramitación son pasos impuestos por la ley que generan obligatorio cumplimiento por el concesionario para ingresar a los yacimientos minerales de una población.

1.8.3. Derecho de vigencia

CUNEO ALANDEZ, David define esta obligación como:

*“La retribución económica con periodicidad anual que hace efectiva todo titular de derechos mineros a favor del Estado, desde la presentación del petitorio y en adelante todos los años, con el fin de mantener vigente a la concesión minera*⁴⁶”.

El valor de la tasa vigente es de US\$ 3.00 o su equivalente en moneda nacional por año y por hectárea solicitada, para las sustancias metálicas y no metálicas y de US\$ 1.00 también por año y por hectárea referidos a los Pequeños Productores Mineros. El Artículo 7° de la Ley N° 27651 en la nueva categoría denominada Productores Mineros Artesanales, están sujetos a una tasa por concepto de Derecho de Vigencia de US\$ 0.50 o su equivalente en moneda nacional igualmente por año y por hectárea solicitada⁴⁷.

A partir del año siguiente al que se formula el petitorio y así sucesivamente, el Derecho de Vigencia se paga entre el 1 de enero y el 30 de junio.

⁴⁵ MOSCOL ALDANA, Daniel Humberto.” *obligaciones de los titulares de concesiones mineras*”2015.[ubicado el 16.X.2015] Obtenido en : http://files.uladech.edu.pe/docente/40289752/Derecho_Minero_e_Hidrocarburos/Sesion_10/Contenido%2010.pdf.

⁴⁶CUNEO ALANDEZ, David. Op. Cit. p. 346.

⁴⁷Cfr. MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS 2009 [ubicado el 29 .IX.2015].Obtenido en: <http://www.minem.gob.pe>.

En consecuencia, el incumplimiento del pago del Derecho de Vigencia a cargo de los concesionarios mineros durante dos años consecutivos constituye causal de caducidad que es una de las formas de extinción de los derechos mineros.

1.9. Extinción de la concesión minera

La Ley General de Minería en su artículo 58^o fija las causales de extinción de la concesión minera, y es que, si bien la concesión minera es a plazo indefinido, el incumplimiento de determinados requisitos lleva como resultado a la pérdida de este derecho⁴⁸.

Estas causales son:

- a) **El abandono.**- se da cuando el interesado de la concesión incumple las normas del procedimiento minero que se aplica en los plazos que fija la ley al título en formación.
- b) **La renuncia.**-consiste en la dejación voluntaria y expresa de algún derecho minero en cualquier fase. Esta renuncia puede ser además total o parcial siempre que el área retenida no sea menor a 100 hectáreas.
- c) **Nulidad.**- según el artículo 63^o de la Ley General de Minería esta causal procede cuando la concesión minera ha sido formulada por personas inhábiles para el ejercicio de la industria minera, por el desempeño de su función pública⁴⁹.
- d) **Caducidad.**-se da cuando el concesionario deja de pagar durante dos años el derecho de vigencia y la penalidad en el caso que corresponda⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. GAMARRA BARRANTES, Carolina. Op. Cit. p.84.

⁴⁹ Cfr. Ibídem. pp 85-87.

⁵⁰Ley General de Minería arts, 59^o, 60^o y 61^o del TUO.

1.10. El acuerdo previo en las concesiones mineras en el Perú.

Antes de entrar a dar un concepto sobre lo que es el acuerdo previo primero cabe preguntarnos lo siguiente: ¿Qué pueden hacer los titulares o las comunidades campesinas y nativas para defender la propiedad de sus tierras ante la presencia de empresas mineras?.

En los últimos años, ciertos sectores gubernamentales empezaron a difundir que el respeto a este derecho es el permiso, autorización o acuerdo previo que obtienen dichas empresas de las comunidades para iniciar sus actividades extractivas.

Según el artículo 7 de la Ley N° 26505 (Ley de promoción de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas), menciona que:

“La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley. En el caso de servidumbre minera o de hidrocarburos, el propietario de la tierra será previamente indemnizado en efectivo por el titular de actividad minera o de hidrocarburos”⁵¹.

Con respecto a la figura del acuerdo previo, se ha dicho con razón, que éste ocurre en un momento distinto al tiempo o a la oportunidad en la que se realiza los procesos de consulta previa, y en ese sentido, en teoría el acuerdo previo no debería este impedir o limitar y menos suplantar o reemplazar los procesos de consulta previa⁵².

⁵¹El acudo previo previsto en la Ley (N° 26505), fue creada bajo el régimen fujimorista, la cual no muestra intención de proteger las tierras- individuales o colectivas-sino como lo indica su extenso nombre que es impulsar y desarrollar la inversión privada mediante cualquier actividad económica.

⁵²RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *Crítica a la figura del “acuerdo previo” entre pueblos indígenas y empresas que realizan actividades extractivas en territorios indígenas*. Primera Edición. Lima: Editorial Greyji, 2012, p. 9.

El otorgamiento del derecho de concesión en minería e implica el uso del subsuelo, no del suelo, que puede tener un propietario diferente. Ante ello, es necesario que el concesionario, antes de iniciar sus operaciones y ejercer su derecho, cuente con un acuerdo previo formal con el propietario de las tierras superficiales, que puede ser una comunidad campesina o nativa, en cuyo caso deben tener un acta de asamblea comunal donde al menos 2/3 de los comuneros calificados acuerdan la disposición de las tierras comunales, sea la venta o el arrendamiento de las mismas⁵³.

Entonces el acuerdo previo se entiende como aquel convenio entre el propietario de la tierra con el titular de la actividad minera, en la cual éste último tendrá que indemnizar en efectivo por el eventual perjuicio a su propiedad.

1.10.1. El problema en el acuerdo previo como negociación entre el titular de la concesión y el propietario del suelo

Este punto debe considerarse de mucha importancia, ya que, esta figura resulta indispensable- a nuestro parecer- puesto que, no solo se van a negociar temas económicos, sino que además, lo que está en juego son los derechos de las comunidades campesinas.

El acuerdo previo es en realidad un contrato entre dos privados presuntamente iguales, que contraen una serie de obligaciones en ejercicio de su libertad contractual y su autonomía privada. Sin embargo, en la realidad las cosas son distintas. Tenemos la empresa extractiva de un lado y del otro, una comunidad campesina o nativa. En ambos casos, es evidente que ambas partes no tienen la misma capacidad de negociación. Resulta obvio que detrás del manto de la libertad contractual no se esconden acuerdos entre dos partes con la misma capacidad de negociar y ponerse de acuerdo y, como estamos en el terreno

⁵³Cfr. SCURRAH, Martin y CHAPARRO, Anahí. La participación ciudadana y la consulta previa a los pueblos indígenas: Políticas Públicas para un nuevo rol de la minería y los hidrocarburos en el Perú, [ubicado el 6 .V. 2017].Obtenido en: <http://www.redge.org.pe/sites/default/files.pdf>.

privado, el Estado no interviene, lo que implica poner en desventaja un derecho sobre otro.⁵⁴

En este punto, relacionado al problema el conflicto reside en la desventaja de uno de los sujetos (comunidades campesinas) generándose la transgresión de los derechos fundamentales de estos individuos.

1.10.2. La protección del Estado a la parte en mayor desventaja

Con respecto a la función que debe cumplir el Estado se han determinado parámetros vinculantes establecidos por el mismo Tribunal Constitucional, en cuanto exista un acuerdo y uno de las partes se vea afectado de alguna manera por no existir paridad entre los sujetos que intervienen.

Resulta pertinente recordar lo señalado por el propio TC:

“Los derechos fundamentales también vinculan las relaciones entre privados, de manera que quienes están llamados a resolver controversias que en el seno de esas relaciones se pudieran presentar, han de resolver aquéllas a través de las normas jurídicas que regulan este tipo de relaciones entre privados, pero sin olvidar que los derechos fundamentales no son bienes de libre disposición, y tampoco se encuentran ausentes de las normas que regulan esas relaciones inter privados”⁵⁵.

La existencia de poderes fácticos que terminan imponiéndose sobre grupos aislados, afectando en última instancia el principio de igualdad, transformándose entonces en relaciones de preeminencia en las que los grupos hacen valer su dominium en una doble perspectiva.

⁵⁴Cfr. RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. Ob. Cit. p. 10

⁵⁵ STC N° 0976-2001-AA/TC.

Desde el punto de vista interno: el principio de igualdad ante la ley quedará definitivamente quebrantado, en la medida en que las disposiciones sancionatorias establecidas por los grupos contra las conductas de los sujetos aislados que se inserten en ellos, inevitablemente prevalezcan sobre la ley.

Por otro lado, desde el punto de vista de la actuación externa: la supremacía de unos grupos sobre otros, se traducirá en la imposición de condiciones que los más débiles deberán aceptar⁵⁶.

En otras palabras, un sujeto contratante “débil” no tiene en sí completa autonomía privada y menos libertad contractual. Cuando materialmente una de las partes se encuentra en situación de pobreza y de necesidad lo que en los hechos anula su capacidad de incidir y de conferir el contenido de la relación entre el concesionario y las comunidades indígenas degradando la perspectiva social de la persona humana.

A juicio del TC, esta situación plantea dos exigencias y obligaciones jurídicas muy concretas: restaurar el equilibrio entre las partes y proteger los derechos fundamentales⁵⁷.

En este caso, el deber de protección de los derechos de las comunidades se traduce en una obligación de protección frente a la empresa que quiere suscribir acuerdos previos. Se precisa una labor garantista de los mismos órganos estatales, frente a las restricciones de los derechos y libertades fundamentales aceptadas voluntariamente por la parte contratante más débil, es decir, en aquellos casos en los que los presupuestos funcionales de la autonomía privada no están suficientemente garantizados.

⁵⁶Cfr. DE VEGA Pedro. *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales*. Primera Edición, México, 2002, p. 694-695.

⁵⁷ Cfr. STC N° 00042-2004-AI/TC f.j. 1.

A pesar que desde un inicio el Estado no interviene directamente en el acuerdo previo, ni en las negociaciones que de este se deriven, porque se entiende que lo más importante es la voluntad y la libertad de las partes al momento de contratar. No obstante, es necesario que el Estado no olvide su rol de garante y la obligación de resguardar los derechos fundamentales de los miembros de las comunidades campesinas.

CAPITULO: 2

CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES DE MINERIA EN EL TERRITORIO PERUANO.

Panorama acerca del Medio Ambiente.

2.1 Concepto de medio ambiente.

El medio ambiente es el entorno vital, un conjunto de factores físicos naturales, estéticos, culturales, sociales y económicos que interaccionan entre sí, con el individuo y con la comunidad en que vive, determinando su forma, carácter, comportamiento y supervivencia.

Según la conferencia de las naciones unidas, el medioambiente: *“Es el conjunto de componente físicos, químicos, biológicos y sociales capaces de causar efectos directos o indirectos en un plazo corto o largo, sobre los seres vivos y las actividades humanas”*⁵⁸.

Martin Mateo citado por Perales Carlos nos dice que:

“El medio ambiente incluiría aquellos elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas, en definitiva el agua y el aire,

⁵⁸ BRAÑES, Raúl. *introducción al derecho ambiental*. En derecho del medio ambiente, 1ª ed., lima, studio editores, 2006, p.112.

*vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra*⁵⁹.

Según la concepción de este autor, el ambiente se reduce al ámbito del entorno natural, esto es el aire, agua y vegetación incluso se puede decir que su concepción sería aún más reducida. Desde un punto de vista más estricto se puede definir el ambiente como todos aquellos factores externos que inciden directamente y actúan sobre un organismo, una población o una comunidad. Estos factores son fundamentales para el desarrollo, la supervivencia, el crecimiento y la reproducción de seres.

La ley general de ambiente, en su artículo 2.3, señala que:

*“El ambiente comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural y antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman en medio en que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la vida individual o colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos”*⁶⁰.

De lo expuesto podemos notar que existen diversas opiniones sobre la conceptualización del ambiente, desde las más restrictas y reducidas hasta las más omnicomprendivas de ambiente.

En consecuencia, para fines de esta investigación se deberá entender al medio ambiente como:

El conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúan en un espacio y tiempo determinado, en una conjunción integradora, sistemática, y lógica de relaciones de intercambio, entre el hombre

⁵⁹ PERALES, Carlos de Miguel. *Derecho español del medio ambiente*, civitas ediciones, 2002, p.27.

⁶⁰ Véase el artículo 2.3 de la ley 28611, “ Ley General del Ambiente”

y los diferentes recursos. En otras palabras como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un tiempo y lugar concreto.

2.2 Principios del Derecho Ambiental.

Como bien recordamos, los principios generales del derecho son proposiciones de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, formas de operación, y el contenido mismo de las normas, y del derecho en su totalidad. Puede o no, estar recogidos en la legislación, pero el hecho que no lo esté no es óbice para su existencia y funcionamiento.

En un contexto general y meramente teórico se puede considerar como principios importantes para el desarrollo de nuestro análisis, los siguientes:

2.2.1. Principio de prevención/ precautorio.

Hay que tener en cuenta que, el derecho ambiental lo que le preocupa no es resarcir, sino prevenir lo que pueda contaminar. Muchas veces los inversionistas en su afán de “ganar” se van por lo más sencillo y no reparan en cuestionamientos que a la ley si le interesa⁶¹.

En el primer principio se conoce la causa y efecto de las actividades, o del acto que se realiza. En el segundo sin embargo debe haber incertidumbre, ¿toda actividad contamina? No es así, debe haber algo que nos haga sospechar que algo está contaminando, en efecto ante la duda lo mejor es tomar las medidas pertinentes y mitigar las consecuencias del daño⁶².

⁶¹Cfr. ANDIA VALENCIA, Walter y ANDIA CHAVEZ, Juan. *Manual de gestión ambiental*, Lima, CICE, 2009, p.163

⁶²Cfr. *Ibidem*, p.,163

2.2.2. Internalización de costos.

Es el también llamado principio contaminador- pagador, hoy por hoy se habla de un concepto de externalidad, el cual significa transferir a un tercero un costo- beneficio. Por ejemplo, si una empresa genera contaminación está ahorrando porque no gasta en mejores maquinas que no contaminen o que contaminen menos y lo que hacen es externalizar hacia los terceros porque son ellos los que gastaran en medicina (a eso se llama externalidades negativas). En cambio cuando una minería construye carreteras, la población aledaña se verán beneficiadas con ello⁶³.

Con este principio lo que se busca es, que el contaminador pague y que no transfiera estos gastos hacia los consumidores finales o hacia el mismo estado por lo que en efecto se busca lograr acarrear la responsabilidad por parte de la empresa concesionaria⁶⁴.

2.2.3. Principio de responsabilidad ambiental.

De lo expuesto en el artículo IX del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente⁶⁵, se puede advertir una estrecha relación con otras materias jurídicas, por lo que puede ser entendida de tres maneras, ya sea responsabilidad administrativa, penal o civil.

Respecto a la responsabilidad administrativa, se entiende como aquella acción u omisión infractora, de la cual se origina una obligación de reparar el daño ambiental causado, imponer las medidas de prevención, además de aminorar,

⁶³ Cfr. CARRUITEROS, Francisco y GUITIERREZ, Mario. *Derecho del medio ambiente: selección de lecturas*, Lima, librería estudio distribuidora, 2006. p. 172.

⁶⁴ Cfr. *Ibidem*. p. 172.

⁶⁵ Artículo IX del Título Preliminar de La Ley General del Ambiente, Ley N° 28611, establece : Del Principio de Responsabilidad Ambiental.- “El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras *responsabilidades administrativas, civiles o penales* a que hubiera lugar”.

y asumir los costos respectivos, esto se activará, siempre que se infrinjan las disposiciones que las normas administrativas impone a los administrados⁶⁶.

Por otro lado, la responsabilidad penal ambiental se trata de aquella derivada de una conducta tipificada como delito, la cual se plasma en la aplicación de una pena por la acción u omisión dolosa o culposa del autor⁶⁷.

Y por último, la responsabilidad civil, siendo aquella que se deriva del daño o conducta causado por una conducta que lesiona o pone en riesgo el ambiente, siendo este tipo de responsabilidad el encargado de resarcir y enmendar el daño ocasionado, resultando además, compensatoria⁶⁸.

Siendo así, la responsabilidad civil por daño ambiental tiene como función el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo, y de la indemnización correspondiente, que tendrá como destino la realización de acciones que compensen los intereses afectados.

2.3. Daño ambiental

El daño ambiental no solo supone lesionar un daño de carácter individual, sino que se va a extender a intereses generales, y por lo tanto los individuos resultan afectados por ser parte integrante de esa generalidad donde *“El bien jurídico que se protege en el medio ambiente es, la calidad de vida de las personas. De este modo la titularidad de dicho bien social o colectivo lo detenta el estado; debido a que entre sus más importantes funciones está la*

⁶⁶ Cfr. ALVARES PERDIGÓN, Yissel. La Responsabilidad Civil Ambiental Como Método de Conservación y Protección del Medio Ambiente, 2005, p 7, [ubicado el 3 .III. 2017].Obtenido en: http://www.derechocambiosocial.com/revista026/responsabilidad_civil_ambiental.pdf.

⁶⁷Cfr. ANDÍA CHÁVEZ, Juan. Manual de Derecho Ambiental: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación, Lima, Arte y Pluma, 2009, p 62.

⁶⁸ Cfr. ALVARES PERDIGÓN, Yissel. Op, Cit., pp7-8.

*de proteger y defender los bienes jurídicos de gran relevancia en definitiva el medio ambiente*⁶⁹.

Concebimos el daño ambiental como toda lesión al derecho o intereses que tenemos los seres humanos, donde se alteran nuestras condiciones de vida, de lo que se trata es de una lesión al entorno, a lo que nos rodea como hábitat, ya sea que está conformado por agua, aire, vegetación porque ataca nuestro derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado.

En ese sentido, el daño ambiental constituye un daño *sui generis*, ya que, quebranta un conjunto de derechos fundamentales como la vida, la salud, la propiedad, de la persona resultando este un daño patrimonial y no patrimonial, colectivo y privado, encontrándose su magnitud muy perjudicada como para poder definir el real alcance e impacto de toda actividad contaminante, sean extractivas o industriales⁷⁰.

Como menciona el suscrito el daño se divide tanto en daño patrimonial como no patrimonial los cuales consisten en:

a) Daño patrimonial

Existirá daño siempre que se cause a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en los bienes de su dominio o posesión indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades⁷¹.

Del mismo modo, este daño patrimonial puede dividirse tanto en:

⁶⁹ GOMIS CATALA, Lucia. “*Estrategias Comunitarias en materia de Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*” en revista mensual de Gestión Ambiental, año 2, nro. 19, editorial Universidad de la Rioja, 2000, p. 56.

⁷⁰Cfr. VIDAL RAMOS, Roger. La responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema peruano, [ubicado el 4 .X. 2017].Obtenido en: http://www.vmplegal.com/Resumen_Tesis_responsabilidad_civil_roger%20vidal.pdf

⁷¹ Cfr. SANCHEZ, Rosa. *Una posible solución civil al problema del daño ambiental en el Perú: seguro ambiental obligatorio*. Lambayeque, tesis, 2006, p.4.

- ✓ Daño emergente.- Es el perjuicio efectivamente sufrido, aquel que logra un empobrecimiento del patrimonio en sus valores actuales; ya sea por la ejecución del acto ilícito o por la inejecución de la obligación al tiempo que se debió hacer.
- ✓ Lucro cesante.- Constituye la ganancia del que fue privado el damnificado; es decir consiste en la frustración de una ganancia o de la utilidad que haya dejado de percibir la víctima como producto del daño causado.

b) Daño extra patrimonial

El mismo que consiste a la vulneración de derechos fundamentales como:

- ✓ Daño a la persona y a la salud

El daño a la salud está representada por la disminución de vida de los actores, o por el decaimiento en general; es decir entendemos no solo que se refieren a las dolencias físicas y enfermedades (asma bronquial, sordera, insomnio, el polvillo de cualquier industria podría producir efectos cancerígenos) sino todo detrimento en el funcionamiento del organismo, aunque medien alteraciones corporales o desequilibrio físico.

2.4. La protección al medio ambiente en el derecho comparado

2.4.1. Chile

La constitución chilena de 1980 regula la responsabilidad ambiental en el artículo 19º inciso 8⁷² como el deber estatal y de los ciudadanos de proteger el medio ambiente.

⁷² El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá

Del mismo modo, esta legislación trata la protección al medio ambiente de manera detallada desde la entrada en vigencia de La Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, Ley 19300 (LBGMA), la cual consagra un derecho al ambiente sano y protegido, por ello en su artículo 1º expresa lo siguiente: *“El derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza, y la conservación del patrimonio ambiental se regularan por las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia”*⁷³, es decir esta ley trata el daño ambiental en sí misma.

Así mismo, esta ley tiene dos objetivos fundamentales, por un lado, ser un medio preventivo destinado a la reparación inmediata y eficaz de la contingencia que se produzca un daño al medio ambiente; por otro lado, constituye un requisito para obtener la autorización provisoria⁷⁴ necesario para ejecutar la actividad en proceso de un EIA determinado.

Cabe mencionar además que, esta legislación establece algunas consideraciones esenciales para poder caracterizar el daño ambiental:

- La responsabilidad por daño ambiental es por dolo o culpa.
- Se establece la presunción de responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisión, a los planes de prevención, u otras disposiciones legales o reglamentarias.
- Se establece que solo habrá lugar a la indemnización en este evento si se acredita la relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido.

establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos para proteger el medio ambiente.

⁷³ PABLO JIMENEZ, Eduardo. *Derecho Ambiental*, su actividad en el tercer milenio. 1ra Edición, Argentina, editorial EDIAR, 2004, p.204.

⁷⁴ La Autorización Provisoria configura la excepción de que los proyectos y actividades sometidas al proceso de Estudio de Impacto Ambiental sean ejecutados antes de la aprobación final del estudio: Artículo 107, inc2, literal d, del Reglamento del Sistema de Impacto Ambiental Chileno- REGSEIA.

De lo antes señalado, podemos afirmar que Chile tiene una responsabilidad extracontractual ambiental subjetiva conforme lo señala el artículo 51º de la Ley 19.300 ⁷⁵, puesto que debe probarse la culpa o el dolo del ofensor y la relación de causalidad entre la infracción y el daño producido.

2.4.2. Argentina

En este país el derecho al medio ambiente se encuentra notablemente protegido, puesto que cuenta con una legislación propia para el tema ambiental.

Así tenemos que en el artículo 41 de la constitución argentina de 1994 se encuentra regulado este derecho: *“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; tienen el deber de preservarlo.”*⁷⁶

La Ley General del Medio Ambiente, N° 25675 dada el 27 de noviembre del 2002 en el cual se regula todo el tema del daño ambiental así como también los medios para resarcir los daños producidos a este, ya sea mediante un seguro ambiental o un fondo de restauración.

De otro lado, una de las innovaciones de esta ley es la creación de un Fondo de Compensación Ambiental en su artículo 34 señalando lo siguiente: *“Crease el fondo de compensación ambiental que será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción y estará destinado a garantizar la calidad ambiental, la preservación y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales; así mismo a la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el*

⁷⁵ Artículo 51º de la Ley 19.300-Chile establece que: “Todo el que culposa o dolosamente causa daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley”.

⁷⁶ PERALES, Carlos de Miguel, Op.cit. p. 54

*ambiente*⁷⁷. Las autoridades podrán determinar que dicho fondo contribuya a sustentar los costos de las acciones de restauración que puedan minimizar el daño generado. La integración, composición, administración y destino de dicho fondo serán tratados por ley especial.

Finalmente, podemos encuadrar a Argentina en la responsabilidad objetiva en el cual se asigna una responsabilidad compartida tanto entre los sujetos autores del daño y el estado, no solo cuando este hubiese autorizado o consentido la actividad dañosa al medio ambiente.

2.4.3. La experiencia de EE.UU

Los primeros antecedentes sobre el seguro ambiental en Estados Unidos se producen a partir de los años 70, motivado por el desarrollo normativo a nivel estatal y federal, lideradas por la National Environmental Policy Act (Ley de Política Nacional Ambiental), de 1969 cuya finalidad era conseguir que las actuaciones de las entidades públicas sean llevadas a cabo en forma más respetuosa posible con el medio ambiente.

En el curso de los años, los aseguradores excluyen los daños al medio ambiente en términos generales y lo restringen a la cobertura de los riesgos causados por caso fortuito y accidental.

A inicios de los años 80, con la aprobación y funcionamiento de la CERCLA-Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act (Ley General de Responsabilidad y Compensación Ambiental), *“define quien es el responsable de la descontaminación de los lugares que contengan sustancias peligrosas al que se denomina parte potencialmente responsable, esta ley impuso a los propietarios u operadores de instalaciones en las que se almacenaban, trataban o disponían sustancias o residuos peligrosos, la*

⁷⁷ *Ibidem.* p. 54

obligación de comunicar a la EPA⁷⁸ las cantidades⁷⁹ y tipos de tales sustancias y residuos, así como cualquier emisión de los mismos al medio ambiente.

En este sistema se desprenden tres las características, del Derecho Ambiental: i) la imposición general de una responsabilidad objetiva, ii) los amplios poderes de que se disponen las autoridades para inspeccionar y obtener información y, iii) el importante papel del público para exigir el cumplimiento de la ley.

Por consiguiente, la CERCLA impone responsabilidad objetiva sobre aquellos propietarios del lugar del cual ha surgido(o amenaza surgir) la emisión de sustancias peligrosas, así como sobre los que produjeron, transportaron o dispusieron de tales sustancias en dicho lugar y sobre los que realizaron operaciones en el mismo.

2.4.4. Colombia

La Constitución colombiana, señala en su artículo 79 que “todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano.” Del mismo modo, establece que es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentarla educación para el logro de estos fines.

En ese sentido, el Estado es responsable civil de daños al medio ambiente, y la responsabilidad que afecta tanto al Estado como a los particulares es de carácter objetiva.

Con respecto al seguro ambiental en Colombia, desde el 13 de enero se encuentra en vigencia la Ley N° 491-1999 que establece el seguro ecológico.

⁷⁸ Agencia de Protección Ambiental: Entidad autorizada para ejercer acciones contra los propietarios actuales o pasados de los sitios generados de contaminación o contaminados.

⁷⁹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Derecho ambiental*. 1ra edición, Buenos Aires, Editorial ABELEDO-PERROT, 2000, p. 200.

Según esta norma, que tiene como objeto crear los seguros ecológicos como mecanismo para hacer frente a los perjuicios económicos que por medio de un daño medioambiental se cause a personas determinadas. Por ende, este seguro solo cubrirá el daño cuando este sea cuantificable económicamente, a personas determinadas y cuando sea imputable al asegurado (causalidad)⁸⁰.

Sobre este punto discrepamos con esta ley, ya que, el daño es improbable demostrar su cuantificación, más aún cuando se trata de un ambiente colectivo.

Además, el artículo 60 de la Ley 99 de 1993 considera otra actividad sujeta a la obtención de una garantía es la explotación minera a cielo abierto, ya que el concesionario o beneficiario deberá garantizar la restitución morfológica ambiental de todo el suelo intervenido⁸¹.

2.5. Marco normativo sobre la tutela del medio ambiente en el Perú

La ley General del Ambiente, ley N° 28611, norma ordenadora del marco normativo legal para la gestión ambiental en el Perú, establece los principios y normas básicas para el ejercicio del derecho constitucional al ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida⁸².

Asimismo, regula el cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la efectiva gestión ambiental, que implique la mejora de la calidad de vida de la población, el desarrollo sostenible de las actividades económicas, el aprovechamiento

⁸⁰AHUMADA, Paula; INFANTE, Paloma. "Seguro y daño ambiental", Chile, 2007, pp. 85-86, [ubicado el 2 .IX. 2017].Obtenido en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112137/de-ahumada_p.pdf;sequence=1.

⁸¹ Cfr. Ibídem p.86.

⁸² Véase el considerando 7 de la STC en el EXP.N° 00915- 2012- PA/TC. Se determinó "disfrutar de un ambiente en que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y en el caso en que el hombre intervenga no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone por tanto el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y su dignidad (artículo 1 de la constitución) de lo contrario su goce sería frustrado y el derecho quedaría carente de contenido " (fundamento 17) de ahí que este derecho se concrete en el derecho a que el medio ambiente se preserve"(STC N° 0011-2010-PI/TC)"

sostenible de los recursos naturales, el mejoramiento urbano y rural, así como la conservación del patrimonio natural del país entre otros objetivos.

La Ley General del Ambiente, entre otras normas, establece la obligatoriedad de la presentación de un instrumento de evaluación de impacto ambiental para los proyectos de obra o actividades de carácter público o privado que pueden provocar daños intolerables al medio ambiente⁸³.

En ese sentido el inciso 1 del artículo 24, establece que:

*“(...) toda actividad humana que implique obras, servicios, así como las políticas, planes y programas públicos susceptibles de causar impactos ambientales de carácter significativo, está sujeto de acuerdo a ley, al SEIA, el cual es administrado por la autoridad ambiental nacional “.*⁸⁴

Por otro lado, tenemos la Ley del Sistema Nacional de Evaluación Ambiental⁸⁵, ley 27446(SEIA) y su respectivo reglamento⁸⁶, que establecen el régimen transectorial de certificación ambiental para todos los proyectos contenidos dentro del SEIA, se encuentran establecidos en el anexo II del reglamento de la ley del SEIA⁸⁷.

En ese sentido, de acuerdo al artículo 4 de la ley del SEIA, toda actividad respecto del cual se solicite su certificación ambiental deberá ser clasificada según las categorías que en ella se establecen, esto es:

Artículo 4°.- categorización de proyectos de acuerdo al riesgo ambiental.

⁸³ Cfr. KAHATT, Karim y AZERRAD, Cecilia. “Del criterio cuantitativo al criterio cualitativo en la evaluación del Impacto Ambiental”, revista de la Facultad de Derecho, N° 70, 2013, 86. Obtenido en: <http://revistas.pucp.edu.pe>

⁸⁴ Véase la Ley N° 28611, Ley general del ambiente.

⁸⁵ Véase la Ley N° 27446, “Ley del sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental”

⁸⁶ Véase el Decreto Supremo N° 019- 2009- MINAM Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

⁸⁷ Ibid.

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:*

a) *Categoría I – Declaración de Impacto Ambiental.- incluye aquellos proyectos cuya ejecución no origina impactos ambientales negativos de carácter significativo.*

b) *Categoría II – Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado.- incluye los proyectos cuya ejecución puede originar impactos ambientales moderados y cuyos efectos negativos pueden ser eliminados o minimizados mediante la adopción de medidas fácilmente aplicables.*

Los proyectos de esta categoría requerirán de un Estudio de Impacto Ambiental detallado

c) *Categoría III - Estudios de Impacto Ambiental Detallado.- incluye aquellos proyectos cuyas características, envergadura, o localización, puede producir impactos ambientales significativos, cuantitativa o cualitativamente, requiriendo de un análisis profundo para revisar sus impactos y proponer la estrategia de manejo ambiental correspondiente. Los proyectos de esta categoría requerirán de un estudio de impacto ambiental.*

4.2. *Esta clasificación deberá efectuarse siguiendo los criterios de protección ambiental establecidos por la autoridad competente. Ahora bien, cuando un proyecto se encuentre ya dentro del anexo II del reglamento del SEIA, el titular del proyecto deberá seguir el procedimiento de clasificación de los proyección de inversión señalado en los artículos 6, 7 y 8 de la ley del SEIA, la finalidad de este procedimiento es que sobre la base de una evaluación preliminar se clasifique dicho proyecto en una de las tres categorías establecidas en el artículo 4 de la ley SEIA.*

2.6. La Evaluación de Impacto Ambiental como técnica específica para la protección del Medio Ambiente

La evaluación de Impacto Ambiental, constituye una técnica de origen norteamericano, que tuvo su origen cuando en 1969 el gobierno de ese país, aprobara una ley que por primera vez impuso de forma generalizada la preparación de un estudio o evaluación de Impacto Ambiental.

La evaluación de Impacto Ambiental, es una herramienta jurídica- técnico-administrativa para identificar, predecir, evaluar y cuantificar los impactos ambientales que un proyecto o actividad produciría sobre el medio natural en caso de ser ejecutado⁸⁸. Desde el punto de vista de los especialistas, es un conjunto de estudios y sistemas técnicos que permiten estimar los efectos que la ejecución de un determinado proyecto, obra o actividad, cause sobre el medio ambiente.⁸⁹

Con el fin de mejorar el alcance de esta definición se presenta a continuación otras definiciones:

La declaración de Río, establece en su principio 17 que:

“Deberá emprenderse una evaluación de impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”⁹⁰.

⁸⁸ Cfr. ATILIO FRANZA, Jorge. *Tratados de Derecho Ambiental*, Ediciones Jurídicas, 2005,p. 371.

⁸⁹ *Ibíd.* p. 371

⁹⁰ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo 2014[ubicado el 17.VI.2017] obtenido en:<http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>.

En base a las consideraciones expuestas en torno a la evaluación de impacto ambiental, se entenderá por EIA como:

Aquel proceso de análisis sistemático de los impactos potenciales que pueden afectar factores físicos, biológicos, culturales y socioeconómicos de un área geográfica en particular.

2.6.1. El Estudio de Impacto Ambiental

Antes de comenzar a desarrollar el siguiente acápite, resulta pertinente hacer la diferenciación precisando que la Evaluación de Impacto Ambiental está referida al procedimiento administrativo que representa el proceso de decisión de proyecto de inversión, mientras que el Estudio de Impacto Ambiental, es el documento principal dentro del EIA, sobre el que se apoya fundamentalmente la toma de decisión.

“El estudio de Impacto de Ambiental, es un conjunto de análisis técnico – científicos, sistemáticos, interrelacionados entre sí, cuyo objeto es la identificación, predicción y evaluación de los impactos significativos positivos o negativos, que pueden producir un conjunto de acciones de origen antrópico sobre el medio ambiente físico, biológico y humano”⁹¹.

Un estudio de impacto ambiental tiene carácter interdisciplinario que incorpora en el procedimiento objetivos de identificar, calificar, valorar y corregir las consecuencias reprochables de acciones que puedan causar sobre la calidad de vida del hombre y su entorno.

También se puede definir como *“un estudio de evaluación, descripción y determinación de impactos de los aspectos físicos, químicos, biológicos, sociales, económicos y culturales en el área de influencia del proyecto, con la finalidad de determinar las condiciones existentes y capacidades del entorno,*

⁹¹ CALLE VALLADARES, Isabel. *Propuestas para el fortalecimiento del sistema nacional de evaluación de Impacto Ambiental en el Perú*. Cuaderno de investigación N°9, Julio 2012, pp. 19-23. obtenido en: <http://www.spda.org.pe>

*así mismo analizar el ecosistema y prever los riesgos directos e indirectos, indicando las medidas de prevención y de control*⁹².

El marco en el cual se desarrollan los estudios es:

- Los estudios son predictivos y están apoyados en información científica.
- El análisis es interdisciplinario, de manera que diferentes especialistas deben interactuar para lograr una visión integral de las variables en estudio.
- En el análisis es decisivo el conocimiento inicial de la actividad o proyecto a ejecutar y de las características generales del territorio donde se emplaza.
- Un EIA, permite comparar las situaciones o dinámicas ambientales previas y posteriores a la ejecución de una acción humana. Por ello se compara la situación actual existente y con aquella que se espera generar como consecuencia de la acción, a través de un proceso de simulación se evalúan tanto los impactos directos como indirectos ⁹³

2.7. Órganos estatales con funciones ambientales.

2.7.1. OSINERGMIN

Su marco normativo se encuentra conformado por el D.S.N° 054-2001-PCM, el decreto supremo N° 055- 2001-PCM, D.S.N° 088-2013-PCM, la Ley N° 27332, La ley N° 27699⁹⁴.

⁹² ANDIA VALENCIA, Op .cit., 2009, p. 168.

⁹³ Cfr. DURAN, Diana. Proyectos ambientales y sustentabilidad, Buenos Aires, lugar editorial, 2012, p.105.

⁹⁴D.S.N° 054-2001-PCM, Aprueban el reglamento general del organismo supervisor de la inversión de Energía-OSINERG, del 08 de mayo de 2001; D.S.N° 055- 2001; D.S.N°055-2001-PCM, modifica artículos del reglamento general de OSINERG, del 14 de mayo de 2001; D.S, Listado de funciones técnicas bajo competencia de OSINERGMIN. N° 088-2013-PCM Ley N° 27332, Ley marco de los organismos reguladores de la inversión privada en los Servicios Públicos, del 29 de Julio de 2000; Ley N° 27699, Ley complementaria de fortalecimiento institucional del Organismo supervisor de la inversión de energía (OSINERG), del 16 de abril de 2002; Ley N° 26734, Ley del organismo supervisor de inversión en energía – OSINERG, del

Es una institución pública encargada de regular y supervisar que las empresas del sector eléctrico, hidrocarburos, mineros cumplan las disposiciones legales de las actividades que desarrollan. Posee personería jurídica de derecho público interno y goza de autonomía funcional, técnica, administrativa y financiera. Las labores de regulación y supervisión de esta institución se rigen por criterios técnicos, contribuyendo así con el desarrollo del país y la protección de los intereses de la población.

La ley N° 29901 en su artículo 3 indica que es competente para supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos.

2.7.2. MINAM

Su ámbito normativo se encuentra determinado por el Decreto Legislativo N° 1039, así como el D.S. 007-2008-MINAM⁹⁵. La función principal del MINAM es diseñar, establecer, ejecutar y supervisar la política nacional y sectorial ambiental.

Su objetivo es la conservación del ambiente, propiciando y asegurando el uso sostenible, responsable, racional y ético de los recursos naturales y del medio del que los sustenta; contribuyendo así al desarrollo integral social, económico y cultural de la persona humana. Además, establece la normativa específica, fiscalización, control y sanciones por el incumplimiento de las normas ambientales en el ámbito de su competencia.

30 de diciembre de 1996; Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y Fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, del 23 de enero de 2007.

⁹⁵Dec.Leg. N°1013, Decreto Legislativo que aprueba la ley de creación, organización y funciones del Ministerio del Ambiente, del 13 de mayo de 2008; DecLeg. N° 1039, Decreto que modifica las disposiciones del Dec. Leg. N° 1013, del 25 de junio de 2008; D.S. 007-2008-MINAM, reglamento de organización y funciones del Ministerio del Ambiente, del 06 de diciembre de 2008.

Por consiguiente el OEFA, es un organismo público técnico especializado adscrito al MINAM, encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanciones en materia ambiental; así como de la aplicación de incentivos. Es el ente rector del SINEFA⁹⁶ con quien coordina sus objetivos y estrategias.

2.7.3. MINEM

Su finalidad es promover el desarrollo integral de las actividades minero energéticas, normando, fiscalizando y supervisando su cumplimiento; cautelando el uso racional de los recursos naturales en armonía con el ambiente.

La DGAAM es el órgano técnico normativo encargado de promover, proponer, expedir y evaluar la política, normativa y ejecución de actividades orientadas a la conservación y protección del medio ambiente referidas al desarrollo de las actividades mineras; y promover el fortalecimiento de las relaciones armoniosas de las empresas sectoriales con la sociedad civil que resulte involucradas con las actividades del sector⁹⁷.

Finalmente, el INGEMMET conforma, administra y desarrolla el sistema de información básica para el fomento de la inversión minera, generando información propia a través de estudios geológicos, estudios geo ambientales, económicos, etc.⁹⁸.

⁹⁶ El SINEFA fue creado por la ley N° 29325, Ley del sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, del 05 de marzo de 2009. Rige para toda persona natural o jurídica, pública o privada y principalmente para las entidades del Gobierno Nacional, Regional y Local que ejerzan funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y potestad sancionadora en materia ambiental.

⁹⁷D.S.N° 025-2003-EM, reglamento de organización y funciones del ministerio de energía y minas, del 28 de junio de 2003.

⁹⁸ Su normativa corresponde básicamente al D.S.N° 001-2009-MINAM, del 07 de enero de 2009, que aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, y la ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, del 05 de marzo de 2009.

2.7.4. Otras entidades

Se ha señalado anteriormente que las políticas ambientales se encuentran en muchos parámetros del estado, por lo que a continuación se expondrá solo los más representativos en casos de conflictos socio- ambientales.

El ministerio de Salud- Minsa, tiene como función la vigilancia de los riesgos ambientales que comprometen la salud de la población y promoción de ambientes saludables⁹⁹. En ese sentido se tiene al Digesa, como órgano técnico normativo en los aspectos relacionados al saneamiento básico, salud ocupacional, higiene alimentaria, y protección del ambiente.

Además, dentro del Ministerio de la Producción – Produce, se encuentra la dirección de asuntos ambientales de industria, cuya función es elaborar políticas para que en el desarrollo de las actividades del subsector industria, guarden armonía con la protección del ambiente y la conservación de los recursos naturales¹⁰⁰.

Por ello, es necesaria la existencia de coordinaciones con las diversas entidades que protegen el medio ambiente a razón de que presentan un carácter transectorial al país.

2.8. Contraposición de derechos fundamentales frente a la inversión privada en el territorio peruano

2.8.1 Libertad de empresa

El Derecho a la libertad de Empresa se encuentra regulado en nuestra constitución política del Perú; sin embargo actualmente la industria se enfrenta a problemas de cumplimiento de exigencias medioambientales, por lo que se

⁹⁹ Según el Artículo 122° y siguientes de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, del 20 de julio de 1997 y el Artículo 66° de la Ley General del Ambiente.

¹⁰⁰Dec.Leg. N°1047, organización y funciones del Ministerio de Producción, del 26 de junio de 2008.

requerirá la responsabilidad ambiental por parte del concesionario en el desarrollo de su gestión empresarial¹⁰¹.

De esta manera, las empresas industriales, son grandes generadoras de contaminación ambiental, dado a que no cumplen las exigencias legales y sociales con actitud dinámica y activa.

Los inversionistas por evadir esta política de estado, y seguir obteniendo más ingresos no cumple con los principios de protección degradando en efecto el ecosistema. Además, no brindan una información de transparencia acorde con la ejecución de sus actividades, no existe un derecho de seguro ambiental obligatorio en el Perú, que proteja exclusivamente a las personas o la comunidad donde realizan la extracción de minerales y que se vean perjudicados su derecho de vida, salud, ambiente sano y equilibrado.

Finalmente, todo aquello que nos rodea como el agua, aire, las actividades primarias realizadas por ellos para su subsistencia y que significando una gran afectación del derecho de habitar un ambiente equilibrado, reconocido constitucionalmente hoy por hoy transgreden los inversionistas el medio ambiente del que es necesario para vivir.

2.8.2. Derecho a la vida y a la salud

Así, por su carácter subjetivo el ordenamiento protege a la persona de toda amenaza, agresión o atentado que coloque en peligro su existencia, estableciendo además, métodos para el cumplimiento de su proyecto de vida. Por ello se señala que el respeto de ellos y de las garantías para su libre y pleno ejercicio es una responsabilidad que compete al estado¹⁰².

¹⁰¹ Cfr. CHANAME ORBE, Raúl. *comentarios a la Constitución*, cuarta edición, Lima, Juristas editores EIRL, 2009, p.323.

¹⁰² CHANAME ORBE, Raúl. *Op.Cit*, p. 109.

No obstante, dicha protección debería considerarse un deber para toda la sociedad, en tanto el hombre es un ente coexistente destinado a vivir en ella. Así, el derecho a la vida no debe admitir excepciones, condiciones o limitaciones¹⁰³.

Máxime, este derecho a la vida y a la salud tiene un reconocimiento de no solo peruano sino internacional, tales como el pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, el comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el Artículo 11° de la declaración americana de los Derechos y Deberes del hombre y en el artículo 10° del protocolo adicional a la convención Americanos sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En efecto existe una protección transversal sobre el Derecho a la vida y a la salud al constituirse en un derecho constitucional de supremacía jurídica por lo que todos los seres humanos debemos resguardar.

2.8.3. Derecho a un ambiente saludable.

Este derecho se encuentra reconocido en instrumentos internacionales como el protocolo de San Salvador cuyo artículo 11° el cual establece que toda persona tiene derecho a vivir en un ambiente sano y que por lo tanto los estados deben promover la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente. Así mismo la comisión Brundtland (Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo) lo define al ambiente como desarrollo sostenible, que satisface las necesidades del presente sin hacer peligrar las oportunidades del futuro, es decir sin extinguir los recursos, y la Asamblea General de las Naciones Unidas, estableció el respeto de la naturaleza¹⁰⁴. Luego la constitución política del Perú

¹⁰³Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El valor de la vida humana*, cuarta edición, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, pp. 198-199.

¹⁰⁴ Cfr. MORALES SARAIVA, Francisco. *Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad, y al bienestar, en la constitución comentada. Análisis artículo por artículo*, tomo I,

de 1993, estableció expresamente a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida.

Con ello queda claro que el derecho a un ambiente saludable, es tema fundamental para todo el mundo a razón, de que el agua, aire, suelo, los alimentos, los animales no tienen que verse perjudicados con la contaminación ambiental por lo que son pilares para que el hombre puede subsistir, y desarrollarse como persona.

Recordemos que el derecho a un ambiente saludable, la vida y la salud nos condiciones para llevar una vida con dignidad como presupuesto ontológico y fin supremo de la sociedad y del estado.

CAPITULO: 3

PROPUESTA LEGISLATIVA Y MODIFICATORIA

Como resultado de nuestra tesis de investigación, acerca del daño ambiental que generan las empresas extractivas de minerales, se advierte la falta de protección al espacio donde nos desenvolvemos, ya que no existe un mecanismo idóneo que asegure la preservación o restauración- que muchas veces es irreparable- de un ambiente sano que, en la mayoría de los casos afecta derechos fundamentales como la vida y la salud; por otra parte, se refleja un entorpecimiento al momento en que el concesionario desea iniciar sus actividades, ello debido a que no se dan las garantías suficientes para un debido acuerdo entre este y el propietario de las tierras, ante ello proponemos la creación de un seguro ambiental que proteja la preservación de un ambiente equilibrado y la modificación del artículo 7 de la Ley N° 26505 referente al acuerdo previo, cuyo texto es el siguiente:

3.1. **DECRETO LEGISLATIVO QUE CREA EL SEGURO AMBIENTAL PARA LA ADECUADA EXPLOTACION DE LOS RECURSOS MINERALES FRENTE A LOS CONFLICTOS SOCIALES EN EL PERÚ.**

TEXTO NORMATIVO:

Proyecto de Ley N°....

PROYECTO DE LEY

Los congresistas de la Republica, en función que suscriben, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa que les confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, presentan el proyecto de ley:

FORMULA LEGAL:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la siguiente Ley:

LEY QUE CREA EL SEGURO AMBIENTAL OBLIGATORIO PARA LA ADECUADA EXPLOTACION DE LOS RECURSOS MINERALES FRENTE A LOS CONFLICTOS SOCIALES.

SEGURO AMBIENTAL OBLIGATORIO- Ley N°21285

ARTÍCULO 1.- CONCEPTOS BASICOS

Daño Ambiental: Es toda acción, omisión, conducta o comportamiento u acto ejercido por un sujeto físico o jurídico, público o privado, que altere, menoscabe, trastorne, disminuya o ponga en peligro inminente y significativo, algún elemento constitutivo del ambiente, rompiéndose con ello el equilibrio propio y natural de los ecosistemas.

Seguro Ambiental: Es la garantía financiera exigible a sujetos físicos y jurídicos públicos o privados que realicen actividades riesgosas al ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos

Son pólizas altamente especializadas para cubrir la responsabilidad en que pueda incurrir una persona natural o jurídica por los eventuales daños que

ocasione al medio ambiente. Por ejemplo estos seguros aportan estabilidad a las empresas que por su giro, están altamente expuestas al riesgo de reclamaciones por una contaminación no esperada, es decir evitara la quiebra de la empresa por algún incidente inesperado. A cambio de un precio, puede trasladar ese riesgo a una entidad capaz de absolverlo, como un mecanismo de seguridad financiera en la reparación de grandes siniestros que de una forma resulten muy difíciles de indemnizar.

Contrato de Seguro: Es aquel por el que el asegurador se obliga mediante el pago de una prima, para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar dentro de los límites pactados a resarcir el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.

Actividad Minera: consiste en la obtención selectiva de minerales que implica la extracción física de grandes cantidades de materiales de la misma, para recuperar sólo pequeños volúmenes del producto deseado.

La actividad minera implica toda actividad económica productiva que tiene su origen en la satisfacción de las necesidades humanas.

Empresa: Es una unidad económica- social, integrada por elementos humanos, materiales y técnicos, que tiene el objetivo de obtener utilidades a través de su participación en el mercado de bienes y servicios.

ARTÍCULO 2: OBJETIVOS DE LA PRESENTE LEY

Son objetivos de la presente ley:

1. Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades industriales.
2. Promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales.

3. Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades industriales (minas) generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo.

ARTÍCULO 3.- EL OBJETO DE LA LEY

La presente ley tiene como objeto crear el seguro ambiental obligatorio con la finalidad de preservar el medio ambiente, las condiciones y la calidad de vida y salud de los seres vivos y su entorno.

ARTÍCULO 4.- ALCANCE DE LA LEY

Son sujetos obligados bajo el ámbito de aplicación de la presente ley del contrato de seguro ambiental obligatorio son las empresas mineras, que en el desarrollo de sus actividades desde la exploración hasta el cierre, generen impactos ambientales que ocasionan daño.

ARTÍCULO 5.- LOS SUJETOS

-El asegurador. Persona jurídica dedicada a la especialidad de seguros que cubre el riesgo pactado contractualmente en la Póliza.

Tiene como principal finalidad el procurar una indemnización eficaz correspondiente al daño sufrido por el asegurado, añadiendo la existencia de un factor preventivo y de planificación. El asegurador es el mejor capacitado para obtener información y para monitorear a sus clientes asegurados, debido a que una compañía de seguros se especializa en obtener información para calcular los riesgos que enfrentan a sus clientes.

-El tomador. es la persona natural o jurídica quien se encuentra obligada a adquirir el seguro ambiental, además realiza una prestación cierta e inmediata (pagar una prima) al asegurador.

-El asegurado: Titular de la actividad riesgosa asegurada y responsable por el potencial daño Ambiental causado.

Si los afectados fueran las personas habitantes del lugar afectado con la contaminación serán beneficiados con el seguro, previa evaluación por parte

del ministerio de salud siendo este el que emita el certificado médico especificando el daño sufrido.

-El beneficiario es toda persona natural o jurídica o población afectada que debe ser indemnizada con la reparación del daño por parte del asegurador.

ARTICULO 6: COBERTURA POR RESPONSABILIDAD CIVIL ANTE EPISODIOS DE CONTAMINACIÓN

La cobertura tiene como finalidad reducir los efectos nocivos, en consecuencia se busca dotar de protección a bienes jurídicamente protegidos como la vida, salud, un ambiente saludable, el territorio de las comunidades campesinas, etc.

El contrato de seguro ambiental se realizará con pólizas nacionales, o en su defecto recurrir a empresas aseguradoras extranjeras.

La cobertura del seguro recae no solamente por irresponsabilidad, ya que puede haber supuestos en las que de todas formas se ocasiona daño pese a que la empresa pueda haber adoptado todas las medidas de seguridad posibles.

La irresponsabilidad o negligencia no solo es un factor que determina el daño ambiental, puede concluirse por acciones de terceros o incluso de la misma naturaleza. Por consiguiente en los supuestos que no haya irresponsabilidad también se tendrá que indemnizar si es que hay un daño de forma precisa pese a que sea mínimo.

Ante episodios de contaminación que existan se determinan por:

Daño general indeterminado: que abarca el daño emergente; pues logra un empobrecimiento del patrimonio del estado (ambiente) en sus valores actuales ya sea por ejecución del acto ilícito o por la inejecución de la obligación al tiempo que se debió hacer.

Daño individualizado en ciertos afectados en concreto: en tanto que abarca el lucro cesante y daño personal del que fue privado el damnificado, es decir

consiste en la frustración de una ganancia o de la utilidad que haya dejado de percibir la víctima como producto del daño causado.

Este seguro debe ser asumido por la misma compañía aseguradora que se establezca en el contrato de seguro ambiental.

ARTÍCULO 7: MONTO DEL SEGURO

Se determinara en base a La magnitud del posible daño ambiental.

La relación entre los particulares la empresa aseguradora y la minera deberán estimar el monto del seguro, siendo que la aseguradora deberá medir el posible riesgo que va a generar, para determinar cuánto será el monto para pagar la prima y cuánto va ser el monto a indemnizar.

ARTICULO 8: PLAZO DEL CONTRATO DE SEGURO

El plazo del contrato de seguro será el mismo plazo que duren las actividades propias de la concesión minera. Excepcionalmente, Este seguro tiene una cobertura posterior al cese de las actividades de la concesión minera por daños concurrentes hasta por el plazo de prescripción que establece el código civil.

3.2 Modificación del artículo 7 de la Ley N° 26505 Ley de inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente: ...

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la siguiente Ley de Reforma Normativa:

LEY DE REFORMA DEL ARTÍCULO 7 DE LA LEY N° 26505

Artículo 1.- Objeto de la Ley

El objeto de la presente Ley es modificar los artículos 7 de la Ley de inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas Ley N° 26505 con la finalidad de darle legitimidad a los miembros de la comunidades campesinas y nativas en el otorgamiento de la concesión minera a través del acuerdo previo.

Artículo 2.- De la modificación de la Ley

Modifíquese el artículo 7 de la Ley N° 26505 en los siguientes términos:

Artículo 7.- DEL ACUERDO PREVIO

Este acuerdo debe ser anterior al otorgamiento de la concesión, por ende debe ser anterior al inicio de las operaciones de exploración, para ello las comunidades deben estar debidamente organizadas de acuerdo al estatuto de la Ley 24256 y respetando sus acuerdos.

En caso que el yacimiento sea considerado por acuerdo del Consejo de Ministros de interés nacional, previo informe del Ministerio de Energía y Minas deberá iniciarse el procedimiento de expropiación, donde el propietario será compensado previamente, con el justiprecio y la indemnización correspondiente, debiendo ser asumidas por el Estado.

7.1.- ORGANOS DE APOYO Y FISCALIZACION

La Defensoría del Pueblo mediante un representante debe participar de la Realización del acuerdo, La OEFA, debe fiscalizar el cumplimiento de estos acuerdos en todas sus instancias.

7.2.- DEL PADRON E INVENTARIO

En el padrón se debe delimitar quienes están calificados como comuneros para la toma de decisiones.

En el inventario se debe delimitar cuales son los recursos de la comunidad a negociar, es indispensable que la comunidad mantenga estos instrumentos de gestión actualizados e inscritos en registros públicos.

DISPOCISIONES COMPLEMENTARIAS

Primera: Adecuación de normas

La presente ley se adecuara a la normativa nacional, en un plazo no mayor de 60 días calendarios.

Segundo: Vigencia

La presente ley entrara en vigencia al día siguiente de su publicación.

Comuníquese al Señor Presidente de la Republica para su promulgación.

DISPOCISIONES FINALES

Primera: Democracia representativa

Que todos son sujetos activos, que no solo se trata de una democracia representativa por parte del estado sino participativa donde no solo se cumpla con los aspectos formales de la consulta previa sino del acuerdo previo .

Segunda: Igualdad

El estado, comunero, y concesionario deben tener igualdad de condiciones.

CONCLUSIONES:

1.- Resulta necesario determinar un régimen eficaz sobre el daño ambiental y el acuerdo previo, ya que estos nos van a llevar a reducir en gran medida el surgimiento de conflictos sociales, en el ámbito de la actividad minera; logrando así, un fortalecimiento legal que va a beneficiar tanto a la empresa concesionaria y sobre todo a la protección de derechos fundamentales de las comunidades campesinas y al ambiente donde se desenvuelven, además de fortalecer la gobernabilidad y la institucionalidad del país.

2.- El régimen de la concesión minera en el Perú se refiere a un acto administrativo por la cual la administración pública, genera efectos jurídicos sobre el administrado o particular otorgándole derechos y obligaciones; esta concesión además de otorgar el derecho de explorar y explotar los recursos minerales, adquiere la calidad de bien inmueble y a su vez otorga un derecho real sui generis.

3.- Con respecto al acuerdo previo, es necesario modificar la ley competente, para así darle legitimidad y validez a los acuerdos a los que lleguen las partes intervinientes como la empresa concesionaria y el propietario del suelo; del mismo modo, el Estado debe cumplir un rol de garante y fiscalizador para evitar controversias que conllevan a la ingobernabilidad e inseguridad social, debido a los conflictos sociales que se susciten.

BIBLIOGRAFÍA

Recursos bibliográficos

1. ANDÍA CHÁVEZ, Juan. *Manual de Derecho Ambiental: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, Lima, Arte y Pluma, 2009.
2. ANDIA VALENCIA, Walter y ANDIA CHAVEZ, Juan. *Manual de gestión ambiental*, Lima, CICE, 2009.
3. ATILIO FRANZA, Jorge. *Tratados de Derecho Ambiental*, Ediciones Jurídicas, 2005.
4. BASADRE AYULO, Jorge. *Derecho minero peruano*, Lima, P.L. Villanueva Editor, 1974.
5. BELAUNDE MOREYRA, Martín. *Derecho minero y concesión*, 5ª ed, Lima, Editorial San Marcos, 2013.
6. BLANCO VERGARA, Alejandro. *Sistema de Derecho Minero*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
7. BRAÑES, Raúl. *Introducción al derecho ambiental*. En derecho del medio ambiente, 1ª ed., lima, estudio editores, 2006, 112.
8. BURNEO DE LA ROCHA, Zulema. *Estudio de caso de conflictos por tierras*, Lima, Centro Peruano de Estudio por Tierras, 2013.
9. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Derecho ambiental*. 1º edición, Buenos Aires, Editorial ABELEDO-PERROT, 2000.
10. CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. "la responsabilidad civil por emisiones y daños al medio ambiente". Anuario de Derecho Civil, tomo XLIX, Fascículo I, España, 2003.
11. CARBONELL, José. "Curso de economía minera". Primera parte legislación de minas. Madrid: Imprenta el Asilo de Huérfanos, 1907.

12. CARRUITEROS, Francisco y GUITIERREZ, Mario. "*Derecho del medio ambiente*": selección de lecturas, Lima, librería estudio distribuidora, 2006.
13. CAZASOLA CCAMA, Juan. *Manual Básico de Derecho Minero*, Puno, Universidad Nacional del Altiplano, 2013.
14. CHANAME ORBE, Raúl. "*Comentarios a la Constitución*", cuarta edición, Lima, Juristas editores EIRL, 2009.
15. COMUNIDADES CAMPESINAS: *Lo que hay que saber antes de negociar nuestras tierras*, 1ra edición, Hecho en el depósito legal en la biblioteca nacional del Perú, Lima, 2013.
16. CUCHO MENDOZA, Héctor Ubaldo. "*Manual del Derecho de Minería en el Perú*". Lima, Cultural Cuzco Editores, 1999.
17. DE ARCENEGUI, Isidro. *Derecho Minero*, España, S.L. Civitas Ediciones, 2002.
18. DE VEGA Pedro. "*La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales*". Primera Edición, México, 2002.
19. DURAN, Diana. "*Proyectos ambientales y sustentabilidad*", Buenos Aires, lugar editorial, 2012.
20. ESCATE CABREL, Oscar; LIVIA ROBALINO, Wilma. *Aproximaciones a la concesión minera*, Actualidad Empresarial, N° 277, Abril 2012.
21. GAMARRA BARRANTES, Carolina. "*La Concesión Minera*", Lima, Ediciones Caballeo Bustamante S.A.C, 2009.
22. GARCIA MONTUFAR, Guillermo. "*Apuntes de derecho minero común*", colegio de abogados de Lima, Cultural Cuzco S.A, Lima, 1989.
23. GÓMEZ NÚÑEZ, Sergio. "*Manual de derecho de minería*".1ra ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991.
24. GOMIS CATALA, Lucia. "*Estrategias Comunitarias en materia de Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*" en revista mensual de Gestión Ambiental, año 2, nro. 19, editorial Universidad de la Rioja, 2000.
25. GONZALES QUIROZ, Milagro. "*Divergencias Normativas entre el Derecho de Propiedad y los Atributos de la Concesión Minera*", Tesis para optar el Título de Abogado, Chiclayo, USAT, 2014.
26. GUTIERREZ LLIAN. "*Breve reseña de la concesión minera de exploración y Explotación desde el punto de vista legal*", Revista del instituto de investigación (RIIGEO), FIGMMG-UNMSM, Volumen N°17, 2004.
27. LIRA OVALLE, Samuel. "*Curso de derecho de minería*".3ra ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
28. MORALES SARAVIA, Francisco. "*Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad, y al bienestar, en la constitución comentada*". *Análisis artículo por artículo*, tomo I, Director Walter Gutiérrez, primera edición, editorial Gaceta Jurídica SA, Lima, 2006.

29. MORENO, Eulalia. "la *protección jurídico privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*", Barcelona, Bosch, 1999.
30. MOSSET ITURRASPE, Jorge. "El valor de la vida humana", cuarta edición, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.
31. ORTIZ RODRIGUEZ, Alexa. *Manuel de Derecho Minero*, Colombia, U. Externado de Colombia, 2014.
32. PABLO JIMENEZ, Eduardo. "Derecho Ambiental", su actividad en el tercer milenio. 1° Edición, Argentina, editorial EDIAR, 2004.
33. PERALES, Carlos de Miguel. "Derecho español del medio ambiente", civitas ediciones, 2002.
34. RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *Crítica a la figura del "acuerdo previo" entre pueblos indígenas y empresas que realizan actividades extractivas en territorios indígenas*. Primera Edición. Lima: Editorial Greyji, 2012.
35. SANCHEZ, Rosa. "Una posible solución civil al problema del daño ambiental en el Perú: seguro ambiental obligatorio". Lambayeque, tesis, 2006.
36. SILVA HERZOG, Jesús. "Breve Historia de la Revolución Mexicana", Segunda Edición, Tomo 2, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1986.
37. SOTELO SALAS, Jorge. *Concesiones Mineras y Ordenamiento Territorial*, Perú, Centro de Estudios para el Desarrollo del Sur, 2013.
38. VIDAL RAMOS, Roger. "La responsabilidad civil ambiental: alcances y perspectivas" En libro de ponencias del IV° Congreso Nacional de Derecho Civil, Lima, palestra, 2009.

Recursos electrónicos

39. AHUMADA, Paula; INFANTE, Paloma. "Seguro y daño ambiental", Chile, 2007, [ubicado el 2 .IX. 2017].Obtenido en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112137/de-ahumada_p.pdf;sequence=1.
40. ALVARES PERDIGÓN, Yissel. *La Responsabilidad Civil Ambiental Como Método de Conservación y Protección del Medio Ambiente*, 2005, [ubicado el 3 .III. 2017].Obtenido en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista026/responsabilidad_civil_ambiental.pdf.
41. BACA TUPAYACHI, Epifanio. *Estudio sobre marco normativo minero en Perú*, [ubicado el 6 .II. 2017].Obtenido en: <http://www.propuestaciudadana.org.pe/sites/default/files/publicaciones/archivos/Estudio%20EBaca.pdf>.

42. BALDEÓN RÍOS, Juan Francisco. *Apuntes de historia del derecho minero peruano*, [ubicado el 4 .II. 2017].Obtenido en: <http://www.ilustrados.com/documentos/hiaderechomineroperuano.pdf>.
43. CALLE VALLADARES, Isabel. *Propuestas para el fortalecimiento del sistema nacional de evaluación de Impacto Ambiental en el Perú*, 2012, [Ubicado el 16.VI.2015] obtenido en: <http://www.spda.org.pe>.
44. CASTILLO, Pedro. *Acuerdo previo no es consulta previa*. 2013, [ubicado el 18 .XI.2016] obtenido en: <http://www.cepes.org.pe/publicaciones?tipo=libros>.
45. CASTRO POZO, Xennia. *El Título Minero como Acto Administrativo Habilitante*, [ubicado el 11 .X.2016] obtenido en: WWW.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/.../14606.
46. CUNEO ALENDEZ, David. *Las Obligaciones Mineras: La producción Mínima, El Derecho de Vigencia, La Penalidad y Criticas a su Regulación*, 2003, [ubicado el 15 .X.2016] obtenido en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/15252/1572>.
47. DAMMERT LIRA, Alfredo; MOLINELLI ARISTONDO, Fiorela. *Panorama de la Minería en el Peru*, 2007, [ubicado el 11 .X.2017] obtenido en: http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios Economicos/Libros/Libro Panorama de la Minería en el Peru.pdf.
48. Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo 2014[ubicado el 17.VI.2017] obtenido en:<http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>.
49. ESCAJADILLO CH., Francisco. “*Concesión Minera vs Derecho de Propiedad*”, 2006, [ubicado el 16 .X.2015], obtenido en: <http://www.derecho.usmp.edu.pe>.
50. KAHATT, Karim y AZERRAD, Cecilia. “*Del criterio cuantitativo al criterio cualitativo en la evaluación del Impacto Ambiental*”, revista de la Facultad de Derecho, N° 70, 2013, 86. Obtenido en: <http://revistas.pucp.edu.pe>.
51. LANA O CLEONARES, Eduardo. *¿Sirven las servidumbres mineras en el Perú?*2015, [ubicado el 23.X.2015] obtenido en: <http://www.teleley.com>.
52. LASTRES BÉRNINZON, Enrique. *La Minería en la Constitución Política del Perú*, 2017,[ubicado el 25.IV 2017]. Obtenido en <http://www.elabog.com/web/?p=545>.
53. MARTINEZ APONTE, Alberto. *Régimen de obligaciones de la concesión minera (sistema de amparo)*, Derecho y Sociedad, [ubicado el 23.V 2017]. Obtenido en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/12490/13051>.
54. MEDINA GARCIA, Oswaldo. *Hacia un nuevo modelo que afronte la problemática minera sobre bases más equitativas y técnicas*, 2007, [ubicado el 11.III.2015] obtenido en: <http://repositorio.up.edu.pe/handle/11354/326>
55. MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS 2009 [ubicado el 29 .IX.2015].Obtenido en : <http://www.minem.gob.pe>

56. MOSCOL ALDANA, Daniel Humberto. "obligaciones de los titulares de concesiones mineras", 2015, [ubicado el 16.X.2015], Obtenido en: http://files.uladech.edu.pe/docente/40289752/Derecho_MInero_e_Hidrocarburos/Sesion_10/Contenido%2010.pdf.
57. RAMOS DE LA CRUZ, John. "La Servidumbre Minera como alternativa para el desarrollo de proyectos mineros "2015 [ubicado el 12.IX.2015) Obtenido en: <http://www.derecho.usmp.edu.pe>.
58. SCURRAH, Martin y CHAPARRO, Anahí. *La participación ciudadana y la consulta previa a los pueblos indígenas: Políticas Públicas para un nuevo rol de la minería y los hidrocarburos en el Perú*, [ubicado el 6 .V. 2017]. Obtenido en : <http://www.redge.org.pe/sites/default/files.pdf>
59. TONG G., Francisco. "recursos hídricos y tierras superficiales", 2004 [ubicado el 12.X.2015]. obtenido en : <http://www.derecho.usmp.edu.pe>.
60. VIDAL RAMOS, Roger. *La responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema peruano*, [ubicado el 4 .X. 2017]. Obtenido en: http://www.vmplegal.com/Resumen_Tesis_responsabilidad_civil_roger%20vidal.pdf.
61. VINCES ARBULÚ, Martin; MALCA ALVA, Raiza. *LA CONCESIÓN MINERA EN EL ORDENAMIENTO PERUANO: ANÁLISIS SOBRE SU NATURALEZA JURIDICA*, IUS, USAT, 2015. [ubicado el 25.IV 2016]. Obtenido en: <http://www.usat.edu.pe/files/revista/ius/2015-l/paper13.pdf>.

Recursos jurisprudenciales

62. STC N° 0976-2001-AA/TC.
63. STC N° 00042-2004-AI/TC.

Recursos normativos

64. Constitución Política del Perú de 1993.
65. Dec.Leg. N°1013, Decreto Legislativo que aprueba la ley de creación, organización y funciones del Ministerio del Ambiente, del 13 de mayo de 2008.
66. Dec.Leg. N° 1039, Decreto que modifica las disposiciones del Dec. Leg. N° 1013, del 25 de junio de 2008.
67. Dec.Leg. N°1047, organización y funciones del Ministerio de Producción, del 26 de junio de 2008.
68. D.S.N° 001-2009-MINAM, que aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, 07 de enero de 2009.
69. D.S.N° 007-2008- MINAM, reglamento de organización y funciones del Ministerio del Ambiente, del 06 de diciembre de 2008.

70. D.S. N° 023-2005-SA, reglamento de Organización y funciones del ministerio de Salud del 01 de enero de 2006
71. D.S.N° 025-2003-EM, reglamento de organización y funciones del ministerio de energía y minas, del 28 de junio de 2003.
72. D.S.N° 054-2001-PCM, Aprueban el reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en energía- OSINERG, del 08 de mayo del 2001.
73. D.S.N°055-2001-PCM, modifica artículos del reglamento general de OSINERG, del 14 de mayo de 2001.
74. Ley N° 26734, Ley del organismo supervisor de inversión en energía – OSINERG, del 30 de diciembre de 1996.
75. Ley 26505, Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas.
76. Ley N° 26842, Ley General de Salud, del 20 de julio de 1997.
77. LEY N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, del 29 de Julio del 2000.
78. Ley N° 27657 del Ministerio de Salud, del 28 de enero de 2002.
79. Ley N° 27699, Ley complementaria de fortalecimiento institucional del Organismo supervisor de la inversión de energía (OSINERG), del 16 de abril de 2002.
80. LEY N° 28611, Ley General del Ambiente, publicada el 15 de octubre de 2005.
81. Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y Fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, del 23 de enero de 2007.
82. Ley N° 29325, Ley del sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, del 05 de marzo de 2009.

ANEXO

Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas

Ley N° 26505

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA POR CUANTO: El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente: EL CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRATICO;

Ha dado la Ley siguiente:

Artículo 1o.- La presente Ley establece los principios generales necesarios para promover la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas.

Artículo 2o.- El concepto constitucional "tierras" en el régimen agrario, comprende a todo predio susceptible de tener uso agrario. Entre otras, están comprendidas las tierras de uso agrícola, de pastoreo, las tierras con recursos

forestales y de fauna, las tierras eriazas, así como, las riberas y márgenes de álveos y cauces de ríos; y en general, cualquier otra denominación legal que reciba el suelo del territorio peruano.

El régimen jurídico de las tierras agrícolas se rige por el Código Civil y la presente Ley.

Artículo 3o.- Las garantías previstas en los artículos 70o. y 88o. de la Constitución Política significa que por ningún motivo se podrá imponer limitaciones o restricciones a la propiedad de las tierras distintas a las establecidas en el texto de la presente Ley.

Las áreas naturales protegidas por la Ley Forestal y de Fauna Silvestre mantienen su intangibilidad. Se mantienen igualmente vigentes las normas referidas a la protección del patrimonio inmobiliario de carácter, histórico y arqueológico del país.

Artículo 4o.- El Estado garantiza a toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera el libre acceso a la propiedad de las tierras, cumpliendo con las normas del derecho sustantivo que las regula.

En caso de extranjeros la propiedad de las tierras situadas en zona de frontera está sujeta a lo establecido en el Artículo 71o. de la Constitución Política.

Artículo 5o.- El abandono de tierras, a que se refiere el artículo 88o. segundo párrafo de la Constitución Política del Perú, sólo se refiere a las tierras adjudicadas en concesión por el Estado, en los casos de incumplimiento de los términos y condiciones de aquella.

Artículo 6o.- Las acciones judiciales que impliquen derechos sobre tierras que están destinadas a uso agrícola, ganadero y forestal, se sujetan al trámite de los procesos establecidos en el Código Procesal Civil, según su naturaleza y cuantía.

Artículo 7o.- Sin acuerdo previo con el propietario de las tierras, no procede establecer derechos de explotación minera. En caso que el yacimiento sea considerado por acuerdo del Consejo de Ministros de interés nacional, previo informe del Ministerio de Energía y Minas, el propietario será compensado

previamente, por el titular del derecho minero con el justiprecio y la indemnización correspondiente.

Artículo 8o.- Las Comunidades Campesinas y las Comunidades Nativas son libres de adoptar por acuerdo mayoritario de sus miembros el modelo de organización empresarial que decidan en Asamblea, no estando sujetas al cumplimiento de ningún requisito administrativo previo.

Artículo 9o.- Las empresas asociativas campesinas son libres para contratar y asociarse con cualquier otra empresa incluso con aquellas que se encuentran regidas por la Ley General de Sociedades. Esta norma modifica la Ley General de Cooperativas conforme a su Artículo 122o.

Artículo 10o.- Las Comunidades Campesinas y las Comunidades Nativas deberán regularizar su organización comunal de acuerdo con los preceptos Constitucionales y la presente Ley.

Tratándose de tierras de propiedad de las Comunidades Campesinas de la Costa, la regularización del derecho de propiedad se regirá por las siguientes normas:

- a) Para la adquisición en propiedad por parte de posesionarios comuneros sobre la tierra que poseen por más de un año, el acuerdo de Asamblea General de la Comunidad requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los comuneros posesionarios con más de un año. Para los efectos de la adquisición por el actual posesionario, la entrega de las parcelas se acredita con el documento extendido por la Comunidad a su favor.
- b) Para la adquisición en propiedad por parte de miembros de la comunidad no posesionarios o de terceros así como para gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales de la Costa se requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los miembros asistentes a la Asamblea instalada con el quórum correspondiente.

Artículo 11o.- Para disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre las tierras comunales de la Sierra o Selva, se requerirá el Acuerdo de la

Asamblea General con el voto conforme de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la Comunidad.

Artículo 12o.- El Poder Ejecutivo en un plazo no mayor de 60 días de la vigencia de la presente Ley determinará mediante

Decreto Supremo las zonas de protección ecológica en la Selva. Dichas zonas sólo podrán ser materia de concesión sujeta a las normas de protección del medio ambiente. Esta limitación no comprende las tierras de las comunidades campesinas y nativas, las zonas urbanas y sub-urbanas, ni la propiedad constituida antes de la promulgación de la presente Ley. Tampoco comprende el área entregada en posesión según certificados extendidos por el Ministerio de Agricultura a la fecha de la vigencia de la presente ley.

Artículo 13o.- Facúltese al Poder Ejecutivo para que mediante Decreto Legislativo reglamente un impuesto sobre la propiedad de la tierra que exceda del límite de tres mil hectáreas. Quedan fuera del ámbito de dicho tributo las comunidades campesinas y nativas, así las extensiones de tierras objeto de propiedad no estatal a la fecha de vigencia de la presente Ley.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

PRIMERA.- Las causales de necesidad pública que la Ley puede invocar para proceder a la expropiación de un predio se circunscribirán a la ejecución de obras de infraestructura y servicios públicos y se regirán por las disposiciones de la Ley General de Expropiación, Decreto Legislativo No. 313, y el Código Procesal Civil. El valor de las tierras expropiadas será el de mercado y el pago será previo, en dinero efectivo.

SEGUNDA.- A partir de la fecha de vigencia de la presente Ley, el Estado procederá a la venta de las tierras eriazas de su dominio en subasta pública.

TERCERA.- Todas las tierras del Estado de la región de la Costa habilitadas mediante proyectos de irrigación desarrollados con fondos públicos serán adjudicadas en subasta pública. Las tierras de propiedad privada de la referida región, que se beneficien con las obras de irrigación o drenaje ejecutadas con

recursos públicos pagarán al Estado en forma proporcional el costo de las mejoras introducidas.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA.- Dase por concluidas las acciones administrativas y judiciales sobre tierras en las que es parte el Estado, seguidas al amparo de las disposiciones legales del derogado Texto Único Concordado del Decreto Ley No. 17716, ampliatorias, modificatorias y conexas, y Decreto Legislativo No. 653, en cualquier estado del proceso.

SEGUNDA.- El Estado garantiza los derechos de los actuales poseionarios debidamente calificados, sobre las tierras que fueron afectadas o expropiadas conforme a las normas señaladas en la disposición anterior. Queda a salvo el derecho del propietario o ex-propietario de éstas para reclamar el pago de su valor sólo mediante el otorgamiento de tierras eriazas del Estado de libre disponibilidad. Facultase al Poder Ejecutivo para que mediante Decreto Legislativo establezca las regulaciones necesarias para el cumplimiento de este artículo.

TERCERA.- La presente Ley se aprueba por mayoría calificada de acuerdo con lo previsto en artículo 106o. de la Constitución Política del Perú y su modificación o derogación se efectuará a través de otra norma legal expedida por el Congreso cumpliendo la misma formalidad.

CUARTA.- Deróguense todas las disposiciones sobre intangibilidad y cambio de uso o propiedad de tierras agrícolas incluyendo las de áreas agrícolas periféricas, así como toda otra norma que se oponga a la presente Ley.

DISPOSICION TRANSITORIA

PRIMERA.- La presente Ley será reglamentada por el Poder Ejecutivo mediante Decretos Supremos con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros en un plazo no mayor de 90 días, computados a partir de su vigencia.

SEGUNDA.- Durante el plazo a que se refiere el primer párrafo del Artículo 12o. no podrán otorgarse concesiones ni derechos de propiedad sobre las áreas no comprendidas en el tercer párrafo del referido artículo 12o.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los catorce días del mes de Julio de mil novecientos noventa y cinco.

JAIME YOSHIYAMA

Presidente del Congreso Constituyente Democrático

CARLOS TORRES Y TORRES LARA

Primer Vicepresidente del Congreso

Constituyente Democrático AL SEÑOR

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA

REPUBLICA POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los diecisiete días del mes de julio de mil novecientos noventa y cinco.

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

Presidente Constitucional de la República

EFRAIN GOLDENBERG

SCHREIBER Presidente del

Consejo de Ministros