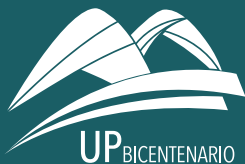




En búsqueda de un desarrollo integral

— ● —
**20 ensayos
en torno al Perú del
Bicentenario**

**Arlette Beltrán
Cynthia A. Sanborn
Gustavo Yamada
EDITORES**



Fondo
Editorial



UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO

En búsqueda de un desarrollo integral



20 ensayos
en torno al Perú del
Bicentenario

Arlette Beltrán
Cynthia A. Sanborn
Gustavo Yamada
EDITORES



Fondo
Editorial



UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO

La insostenibilidad técnico-jurídica del proceso de formalización minera: enfoque penal*

JOSÉ CARO Y DANIEL HUAMÁN

1. Preliminares

La presente contribución se inserta en un contexto concreto: ¿qué Perú queremos en este bicentenario? Desde nuestra visión como abogados, un aspecto que consideramos que ha sido relegado es la falta de congruencia entre las políticas públicas con las que el Estado afronta un problema y los deberes que tiene como garante de los derechos fundamentales. En el pasado, casos como la política de esterilizaciones forzadas, la inexigibilidad de instrumentos de gestión ambiental, entre otros puntos, nos demuestran la clara brecha entre lo que el Estado se encuentra obligado a hacer y lo que realmente hace.

Uno de los aspectos en los cuales esta brecha es más sensible, y tiene más efectos visibles, es la regulación de la actividad minera en la Amazonía. A causa de los desprendimientos de mineral generados en la Sierra, a lo largo de un lapso prolongado, los ríos de la Selva han venido acumulando en sus cauces una gran cantidad de minerales valiosos. Este fenómeno natural posibilitó el desarrollo de la actividad minera en los ríos de la región amazónica, promovida incluso en la década de 1980 para generar actividades económicas adicionales, como en el

* Ponencia presentada en la jornada titulada «Proyecto Bicentenario del Perú: contribuciones para su desarrollo», organizada por el CIUP y llevada a cabo el 28 de mayo de 2020. Los autores agradecen a Sandra Quíneche Chalco por su apoyo con la información estadística y normativa recogida en el presente trabajo, y al profesor Vladimir Padilla Alegre por sus valiosas observaciones y comentarios a la ponencia.

caso de Madre de Dios¹. Es un hecho real que, como consecuencia de la subida del precio del oro,² y la construcción de la carretera Interoceánica³, a partir del año 2000 el número de personas dedicadas a la actividad minera se incrementó drásticamente.

La consecuencia directa del incremento de la actividad minera en la Amazonía, que tiene en la ilegalidad su rostro más vistoso, es la contaminación a gran escala de los ríos; así pues, para la obtención del mineral, los mineros usan el mercurio en grandes cantidades, lo que genera que dicho elemento químico termine directamente en sus cauces. Pero no solo esto: también se incrementa la depredación de bosques aledaños a los ríos para la ampliación del área de extracción del mineral; no es difícil constatar, asimismo, la progresiva expansión de la trata de personas, que se ve favorecida por la demanda de servicios sexuales en los campamentos mineros.

El Estado decidió abordar el problema de la minería ilegal desde dos vías. Una primera destinada a quienes –por la forma en que realizaban el trabajo minero y el lugar donde lo realizaban– tuvieran la posibilidad real de convertirse en mineros legales acogiéndose a un proceso de formalización y que, al concluirlo, obtuvieran la condición de mineros artesanales o pequeños mineros. Una segunda vía estaba reservada para aquellos mineros que realizaban su actividad de una forma especialmente dañina al ambiente, como mediante la utilización de dragas, realizando la actividad en áreas naturales protegidas o zonas de amortiguamiento, entre otras.

Como se puede observar, la buena intención del Estado no funcionó: la minería ilegal sigue vigente en Madre de Dios y, lo que es peor, expandiéndose a más lugares de la Amazonía. Como consecuencia de ello, el Estado decidió impulsar una acción para lograr su erradicación y la recuperación de las áreas

¹ A través del Decreto Ley 22179, el Estado peruano promovió la actividad minera aurífera, con especial énfasis en lo que entonces se conocía como «ceja de selva y selva» (la región amazónica actual. Los incentivos fueron realmente importantes, pues se exoneró a los titulares de las actividades mineras auríferas de todo tributo. Consecuentemente, la medida en mención promovió la actividad minera, sobre todo en Madre de Dios. Por ello, el Estado se vio en la obligación de frenar la sobreexpansión de la actividad minera, para lo cual se valió del Decreto Ley 22970, el cual –entre otras medidas– limitaba la extensión máxima de concesiones mineras que una persona podía acumular.

² A inicios de enero de 2000, la onza de oro tenía un valor de US\$ 282,00, y llegó a un pico de US\$ 1.826,00 en septiembre de 2011. Actualmente, su precio es de US\$ 1.726,00. Cómo puede verse, existe una valoración acelerada de este *commodity*, la que impulsó su búsqueda en lugares como la Amazonía.

³ Un completo estudio de los impactos de la carretera Interoceánica puede verse en Dourojeanni (2006).

contaminadas, con el llamado Operativo Mercurio 2019. Existen muchas causas para justificar que la actividad se encuentre aún vigente, como la pobreza, la ausencia estatal en la zona para satisfacer necesidades básicas, entre otras; pero esta cuestión no forma parte del presente estudio. La orientación específica de nuestra contribución se circunscribe al análisis concreto de las dos vías implementadas por el Estado como solución al problema, para verificar si, desde una perspectiva técnico-jurídica, es posible que ambas puedan servir para lograr el objetivo trazado por el Estado: formalizar la actividad minera, en especial en la Amazonía, o, si, por el contrario, ambas están inevitablemente condenadas al fracaso.

2. Primera vía: la formalización minera

2.1 El proceso de formalización minera

El proceso de formalización minera se inició con la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1105 (publicado el 19 de abril de 2012)⁴, que estableció las disposiciones para la implementación del proceso de formalización de las actividades de pequeña minería y minería artesanal. El objeto de este decreto, y todas las normas administrativas contenidas en los Decretos Legislativos coetáneos, fue lograr la conversión de los mineros que operaban sin autorización administrativa en mineros artesanales o pequeños mineros.

Para lograr el objetivo, el primer paso dado en la estrategia de formalización fue la creación de una distinción entre mineros informales y mineros ilegales. Si bien en ambos casos –desde una perspectiva jurídica– se trata de mineros ilegales, entendiendo la ilegalidad como el hacer actividad minera en contra de la regulación vigente, no obstante, de cara al proceso de formalización, la normativa administrativa hizo un distingo entre los ilegales: los informales y los ilegales en sentido estricto⁵. En primer lugar, aquellos que venían realizando la actividad sin incumplir graves deberes administrativos fueron denominados «mineros informales». Para lograr que los mineros agrupados en este sector dejaran la ilegalidad y se convirtieran en mineros artesanales y pequeños mineros, se creó esta normativa *ad hoc*, con la denominación de «proceso de formalización minera». En virtud de este proceso, los ahora ya llamados «mineros informales» podían acceder a la

⁴ Cabe señalar que, a nivel nacional, ya existía una norma que se encontraba vigente, pero que no había tenido mayor impacto en la formalización minera. Nos referimos a la Ley 27651, destinada a la formalización y la promoción de pequeña minería y artesanal.

⁵ Aunque, para el caso puntual de Madre de Dios, dada la gran cantidad de mineros ilegales, se dio una norma especial, el Decreto Supremo 006-2012-EM.

formalización si realizaban los pasos previstos por el Decreto Legislativo 1105. Cabe resaltar que, siempre y cuando se mantuvieran dentro del proceso de formalización, los mineros informales no eran pasibles de interdicción y su conducta se encontraba exenta de responsabilidad penal. En segundo lugar, el otro grupo de mineros, aquellos que no se acogían al proceso de formalización, quedaban como mineros ilegales en sentido estricto. A este grupo en especial iban dirigidas las acciones de interdicción y las consecuencias jurídico-penales.

La existencia de este proceso de formalización *ad hoc* podría tener la apariencia de inconstitucional, pues, visto el proceso externamente, se aprecia que el Estado creó un sistema destinado a tolerar, durante el tiempo que durara el proceso de formalización, la extracción no autorizada de recursos naturales no renovables (minerales metálicos y no metálicos), con el enorme reproche que significa constatar en simultáneo la afectación directa del derecho fundamental al ambiente sano y saludable. Sin embargo, consideramos que la normativa dictada por el Gobierno podría ser legitimada constitucionalmente, pues su espíritu no apuntaba a promover una situación de impunidad permanente, sino más bien procuraba implementar un proceso transitorio para brindar a un grupo de personas la posibilidad de legalizar sus actividades y así obtener un ingreso económico lícito, sin afectar los derechos fundamentales de terceros. La medida perseguía, a su vez, evitar los altos costos de los efectos sociales asociados a la proscripción directa e inmediata de la actividad minera ilegal.

Supuestos en los cuales el Estado flexibiliza derechos fundamentales en pro de la búsqueda de un objetivo mayor tienen su correlato en la justicia transicional, la ponderación de derechos, entre otras figuras jurídicas. Por ejemplo, es el caso de Colombia, donde el Estado creó procedimientos especiales y transitorios que implicaban la flexibilización del principio de legalidad para atenuar o eximir de penas a los miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia, hace un poco menos de dos décadas, y, en tiempos recientes, a las FARC⁶. La esencia de la justicia transicional implica la flexibilización del principio de legalidad en pro de alcanzar un objetivo mayor. En el caso colombiano, el derecho fundamental que se buscó optimizar, a costa del principio de legalidad, fue el derecho a la paz⁷. De igual manera sucede en la denominada «justicia premial», en la cual el Estado flexibiliza el principio de legalidad (reduce o exime penas) a cambio de que un colaborador eficaz brinde información para poder desarticular una organización criminal o

⁶ Sobre este tema, véase Reyes (2018).

⁷ En esa línea, véase Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-307/06 de 2006, fundamentos jurídicos 4.2.2, 4.2.4 y 4.2.5.

poder probar la participación de algunos de sus integrantes. Tanto en la justicia transicional, como en las instituciones jurídicas derivadas de una ponderación de derechos, existe un común denominador: se legitima constitucionalmente la afectación de un derecho fundamental en pro de alcanzar una finalidad constitucional de mayor importancia.

En el ámbito nacional, el Estado tenía dos alternativas de solución. La primera colocaba al mismo Estado en la posición de hacer respetar el principio de legalidad con la proscripción de la actividad minera, valiéndose para ello del auxilio de la fuerza pública. Esta medida implicaba dejar sin una fuente de ingresos a las familias que dependían de los mineros ilegales, negándoles oportunidad alguna de legalización, con la inevitable consecuencia del colapso del sistema penitenciario a causa del incremento dispar de una serie de ilícitos penales colaterales, además de la propia minería ilegal. Pero no es difícil reconocer que el beneficio obtenido habría sido el estricto respeto del principio de legalidad y la optimización del derecho fundamental a un ambiente sano y saludable, así como el derecho a la salud general. La segunda alternativa de solución, elegida finalmente por el Estado, implicó relativizar los derechos fundamentales mencionados, en pro de la optimización del derecho al trabajo de los mineros ilegales. En la medida en que cumpla con los requisitos para su realización, la minería no tiene por qué ser intrínsecamente una actividad ilícita. Naturalmente, como es de esperar, en su flexibilización, esta opción abarca dentro de su alcance la afectación de la salud de los propios mineros ilegales y de las poblaciones aledañas, así como del ambiente, por el impacto producido por los actos de contaminación derivados de la explotación y beneficio.

La ponderación de derechos fundamentales permite la continuidad transitoria de la actividad minera no autorizada bajo ciertos parámetros. En esto radica precisamente la transitoriedad de la medida, con la dación de un plazo dentro de cuyo período se pueda lograr la formalización minera, cumpliéndose a su vez con cada uno de los requisitos para completar este proceso. La consecuencia del incumplimiento de los objetivos dentro del plazo generaba la expulsión del minero del proceso de formalización minera.

No cabe dudar entonces de la legitimidad constitucional del proceso de formalización minera, reafirmada recientemente por el Tribunal Constitucional⁸, aunque presuponga una flexibilización de la protección de los derechos fundamentales. Entonces, en la medida en que el proceso de formalización no se desna-

⁸ Tribunal Constitucional del Perú, expediente 0019-2015-PI/TC de 2019.

turalice, podrá seguir alegándose su legitimidad constitucional. No obstante, tal como expondremos a continuación, el proceso de formalización tiene fallas en su diseño, que, al menos en la región amazónica y especialmente en Madre de Dios, ponen en entredicho su eficacia técnica y legitimidad constitucional.

2.2 La injustificada prórroga del proceso de formalización minera

El proceso de formalización minera pretende la inclusión a la legalidad de los mineros informales que trabajan al margen de dicha legalidad. Para ello, y de manera transicional, se aceptó que los mineros continúen realizando actos mineros como la explotación y/o el beneficio, con la garantía de no ser interdictados, ni ser sometidos a la persecución penal.

A continuación, analizaremos los sucesivos cambios en la normativa para determinar si la transitoriedad del proceso de formalización minera fue real. Posteriormente, a la par de concluir que estamos frente a un proceso que parece no tener una vocación transitoria, analizaremos las consecuencias jurídicas que se desprenden de la indebida prolongación del proceso de formalización minera, en especial en lo que atañe a su legitimidad constitucional.

I. La primera fase de la formalización minera (2002-2012)

La formalización minera comenzó en el año 2002, con la emisión de la Ley 27651. Esta fue reglamentada por el DS 013-2002-EM, que estableció un sistema flexibilizado de requisitos que apuntaba a facilitar la incorporación de los mineros al sistema legal. El objetivo final era promover su actividad y lograr que quienes tuvieran fácticamente la condición de artesanales o pequeños mineros, en atención al volumen de su producción, adquirieran un reconocimiento legal de sus actividades, luego de cumplir con la normatividad administrativa.

Si un minero realizaba una actividad sin sujetarse a la reglamentación administrativa (ambiental, minera, tributaria, etc.), era considerado pasible de sanciones administrativas y penales (contaminación ambiental, usurpación, entre otras). Igualmente, si antes de obtener la formalización minera realizó una actividad sancionable (por cualquier sector del ordenamiento jurídico), también sería pasible de afrontar un procedimiento administrativo sancionador o un proceso penal, según hubiere sido el caso. El Estado solo promovió incentivos para dejar la condición de ilegal, mas no brindó mecanismos para evitar la persecución penal.

La carencia de plazos para ser formal y la sanción por las actividades no autorizadas es técnicamente correcta en este proceso, pues el Estado no aceptó la limitación de algún derecho fundamental colectivo, como el ambiente, la salud

u otros. Por el contrario, lo que hizo fue promover que un sector de los mineros pudiese alcanzar la formalización, sin dejar de perseguir a quien realizara la actividad de manera ilícita.

II. El segundo proceso de formalización minera (2012-2016)

El proceso de formalización minera más importante comenzó el año 2012. Inicialmente, como se observa en el DL 1105, no contaba con una fecha máxima de duración para cada etapa del proceso. Solo existían dos etapas con un plazo definido: la entrega de la declaración de compromisos (art. 5 del DL 1105 y la presentación del Instrumento de Gestión Ambiental Correctivo (DS 004-2012-Minam). Con posterioridad, se promulgó el DS 003-2013-EM, donde se precisaron las fechas máximas para cumplir cada etapa del proceso de formalización minera, y se fijó que la última etapa («Autorización para inicio o reinicio de actividades») finalizaría el 19 de abril de 2014.

En un inicio, todo el proceso de formalización minera tenía una duración máxima de 24 meses, por lo que debió concluir el 19 de abril de 2014. No obstante, llegada esa fecha y no habiéndose alcanzado los resultados deseados, el Gobierno se vio en la necesidad de extender el plazo de duración de este proceso. La materialización de la ampliación se produjo el mismo día de vencimiento de los 24 meses originales, a través del DS 029-2014-PCM, y al día siguiente entró en vigor la Estrategia de Saneamiento de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal. Pese a la intención de prorrogar la vigencia de la formalización minera, la norma en comentario no establecía expresamente una ampliación de plazos ni una fórmula para adecuar los plazos ya existentes a la estrategia propuesta. Tan solo se limitó a fijar como fecha máxima de duración para la culminación de esta estrategia el año 2016.

III. El vigente sistema de plazo máximo de formalización (2016-2020)

El proceso de formalización minera debió culminar en 2016, al vencimiento del plazo de la estrategia mencionada. Ante el inminente incumplimiento del plazo, el nuevo gobierno decidió reformular el proceso de formalización minera, al que denominó «Proceso de Formalización Minera Integral», para lo que, a través del DL 1293 (publicado el 30 de diciembre de 2016), creó el Registro Integral de Formalización Minera (Reinfo). Asimismo, fijó en 36 meses, contados desde la fecha de la inscripción del minero en el Reinfo, el plazo máximo para alcanzar la formalidad. Posteriormente, a través del DL 1336, se produjo una flexibilización de los requisitos para alcanzar la condición de minero pequeño o artesanal, bási-

amente, a los siguientes: (a) contar con inscripción en el Reinfo; (b) aprobación del instrumento de gestión ambiental para la formalización de actividades de pequeña minería o minería artesanal (Igafo); (c) acreditación de propiedad o titularidad del suelo; y (d) acreditación de un título válido sobre la concesión minera.

Ante el inminente vencimiento del plazo, y tras constatarse nuevamente que los objetivos de la formalización minera no fueron alcanzados, en el año 2019, el Congreso emitió la Ley 31007, mediante la cual amplió el proceso integral de formalización minera hasta el 31 de diciembre de 2021.

IV. ¿Estamos frente a un proceso temporal?

El segundo proceso de formalización permitió que los mineros informales pudieran continuar con su actividad. De allí que su legitimidad se condicionara a un punto fundamental: el proceso debía ser transitorio. ¿Y por qué es importante esta transitoriedad? En caso de no existir plazos o que estos se prorrogaran sucesivamente, estaríamos frente a una normalización encubierta de la actividad minera informal, lo que tornaría ilegítimo el proceso de formalización minera.

En un escenario ideal, en el que la actividad minera informal o ilegal solo se limitara a los efectos económicos (la extracción no autorizada del mineral), su dilación o su atemporalidad sería menos polémica. Sin embargo, ese contexto no es el que afronta el desarrollo de la actividad minera. Hacer minería sin las debidas medidas preventivas y/o de mitigación entraña más posibilidades de afectación de derechos fundamentales que las vinculadas a los perjuicios patrimoniales⁹. De ellas, en especial, son tres las que debemos destacar: la generación de graves impactos ambientales en los lugares donde se realiza la actividad minera; la afectación directa o indirecta de la salud de las personas aledañas a las zonas mineras; y los daños producidos a la biodiversidad local.

Tal como está actualmente diseñado el proceso de formalización minera, quien logre incorporarse dentro de sus alcances gozará de un beneficio muy tentador: puede realizar su actividad de manera ilegal, puede seguir contaminando y puede apropiarse de recursos ilegítimos, pero sin ser perseguido de manera administrativa ni penal durante el tiempo que se encuentre en el proceso de formalización. En síntesis, el minero puede gozar de los beneficios de la ilegalidad siendo amparado

⁹ Si bien el lado patrimonial es menos importante que los derechos fundamentales en mención, no pueden dejarse de lado dos puntos: (a) el dinero ilegal obtenido es reintroducido en la economía formal y (b) el dinero puede generar otros ilícitos, como la trata de personas, la corrupción, la explotación sexual, entre otros. Sobre el aspecto patrimonial de la minería ilegal, véase Valverde y Collantes (2017, pp. 131-134).

por la legalidad. A esta situación, por demás surrealista y absurda, nos ha conducido el proceso de formalización minera vigente.

Quizá en sus primeros momentos, primó la buena intención de lograr la incorporación al sistema formal de los mineros que no alcanzaban los requisitos exigidos por la normatividad de entonces. Sin embargo, lo que se ha creado en la práctica al no ponerle un fin al proceso de formalización es un sistema que legitima la afectación a los derechos fundamentales al ambiente, la salud y al deber de proteger la biodiversidad, sin que exista un derecho fundamental como contrapeso cuya optimización legitime la flexibilización de los derechos fundamentales en mención.

Las cifras estadísticas que proporciona el propio Ministerio de Energía y Minas nos dan una muestra del fracaso de la formalización minera. Entre personas naturales y jurídicas, existen 60.529 inscritos en el mencionado registro (MEM, s. f. [b]), como se puede apreciar en la siguiente tabla:

Tabla 1
Número total de registros inscritos en el Reinfo (1.6.2020)

Departamento	Total inscritos
Amazonas	167
Áncash	3.406
Apurímac	6.012
Arequipa	12.533
Ayacucho	6.726
Cajamarca	857
Callao	19
Cusco	2.465
Huancavelica	1.195
Huánuco	595
Ica	2.050
Junín	1.054
La Libertad	5.282
Lambayeque	274
Lima	2.498
Loreto	88
Madre de Dios	5.304

Moquegua	170
Pasco	955
Piura	1.574
Puno	6.700
San Martín	166
Tacna	279
Tumbes	120
Ucayali	40
TOTAL	60.529

Fuente: MEM (s. f. [b]).

La información consolidada en la tabla incluye tanto a las personas que iniciaron el primer proceso de formalización minera (2012-2016), como a las que iniciaron el proceso vigente (2017-2021). Naturalmente, existe un grupo de mineros que debió ser excluido del registro por encontrarse en evidente situación de ilegalidad, pero no existe información alguna que lo respalde.

La tabla 1 no refleja el número de personas naturales que desean ser reconocidas como mineros pequeños o artesanales. Dicho número puede ampliarse, pues es posible que un grupo de ellas se haya agrupado en torno a una persona jurídica con el fin de abaratar los costos de su inscripción. Por ello, el número real de personas físicas también podría variar y ser mayor que las 60.529 actuales.

Si se desea considerar como un sistema exitoso al proceso de formalización, las cifras de formalizados deberían alcanzar el 75% de las personas registradas, o, incluso siendo muy condescendientes con el proceso iniciado en 2012, deberían estar alrededor del 50%. En buena cuenta, debería reflejarse que el costo de haber afectado gravemente el ambiente podría haber sido entendible por el alto número de personas que dejaron la formalidad y alcanzaron la condición de mineros legales. No obstante, los datos que se presentan en la tabla 2 nos vuelven a demostrar el fracaso del proceso.

Tabla 2
Número de registros formalizados por región (1.6.2020)

Departamento	Fecha de autorización inicio/reinicio de actividad minera							Sin RD	Total Registros formalizados
	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020		
Amazonas	-	-	-	-	-	-	-	-	0
Áncash	-	-	-	11	6	6	-	-	23
Apurímac	-	-	2	-	3	-	-	-	5
Arequipa	-	-	142	441	17	68	2	-	670
Ayacucho	-	-	4	142	15	-	-	1	162
Cajamarca	-	-	-	2	8	-	-	-	10
Callao	-	-	-	-	-	-	-	-	0
Cusco	-	-	-	3	3	8	-	1	15
Huancavelica	-	-	-	1	5	1	-	-	7
Huánuco	-	-	3	-	5	-	-	-	8
Ica	-	-	-	20	5	2	2	-	29
Junín	-	-	2	4	4	5	-	-	15
La Libertad	-	76	2	111	37	7	1	-	234
Lambayeque	-	-	-	2	-	-	-	-	2
Lima	-	-	2	101	5	6	-	-	114
Loreto	-	-	1	5	2	-	-	2	10
Madre de Dios	-	-	-	-	2	68	38	-	108
Moquegua	-	-	-	3	2	1	-	-	6
Pasco	-	-	4	5	28	3	-	-	40
Piura	-	-	2	-	20	8	-	1	31
Puno	5	2	5	16	8	4	-	-	40
San Martín	-	5	-	-	5	-	-	-	10
Tacna	-	-	-	1	2	4	-	-	7
Tumbes	-	-	-	1	-	-	-	-	1
Ucayali	-	-	-	-	-	1	-	-	1
TOTAL	5	83	169	869	182	192	43	5	1.546

Como se observa en la tabla 2, de 60.529 registrados solo 1.546 han alcanzado la formalización. Vale decir, los formalizados no llegan ni al 3% de la cifra total de inscritos en el registro. De ello se desprende que, de 2012 a 2020, el Estado

peruano ha permitido la grave afectación de los derechos fundamentales en referencia para que solo 1.546 personas alcancen la formalización.

Figura 1
Número de registros formalizados por año (1.6.2020)



Si estuviéramos frente a un proceso de formalización exitoso, podríamos ver una curva ascendente, y si la curva descendiera, sería porque el número de mineros por formalizar habría disminuido de manera drástica. No obstante, vemos que el proceso fue exitoso en un solo momento, en el año 2017, período que coincide con la flexibilización de los requisitos para la formalización minera. Es evidente que quien deseaba formalizarse, se formalizó. Actualmente, tal como evidencia la figura 1, la tendencia es a no formalizarse.

De la interpretación global de la estadística presentada puede extraerse una sola conclusión: el proceso de formalización minera ha fracasado. Por tanto, ya no existe fundamento alguno para seguir ampliando la culminación de este proceso; la permisión de una continuidad de afectación grave de derechos fundamentales por parte de los mineros ilegales solo pone de manifiesto la existencia de una política pública irracional e incapaz, con la que se gana poco pero se generan costos sociales altos e irremediables.

3. Segunda vía: el delito de minería ilegal

3.1 Líneas generales

La estrategia de incentivos y desincentivos para la formalización de la minería también fue trasladada al Derecho penal. Para desincentivar a los mineros de seguir realizando de manera ilegal su actividad, se crearon una serie de delitos destinados a sancionar la minería ilegal y las actividades conexas. Desde un tipo base (art. 307-A CP), pasando por figuras agravadas (art. 307-B CP), hasta la criminalización de actividades conexas como la financiación de la minería ilegal, el tráfico de insumos químicos o maquinaria y la obstaculización de la fiscalización. En paralelo, para incentivar a los mineros a acogerse al proceso de formalización minera, se emitió una ley penal temporal que posibilitó la exención de pena en fase postconsumativa, en el supuesto de que el minero se incorporara al proceso de formalización. Asimismo, para aquellos mineros que decidieran dejar la actividad minera ilegal de manera voluntaria, se emitió un incentivo perverso: se habilitó la aplicación del principio de oportunidad, incluso para acciones de minería ilegal agravada.

Ocho años después del establecimiento de estas normas penales, es posible evaluar su eficacia a partir de sus resultados: la actividad minera ilegal en Madre de Dios no se erradicó. Por el contrario, la cifra de formalizados apunta a una sola conclusión: la política de incentivos ha fracasado por completo. De acuerdo con la estadística oficial del Ministerio de Energía y Minas¹⁰, desde que se creó el Registro Integral de Formalización Minera hasta la actualidad, solo 1.546 personas –entre naturales y jurídicas– se formalizaron a nivel nacional. De ellas, solo 108 corresponden a Madre de Dios, de un total de 5.304 inscritos en el mencionado registro. Por ende, se comprueba lo que dijimos en el apartado precedente, que la actual política de formalización minera es un fracaso. No fue sino hasta la intervención del reciente Operativo Mercurio que, realmente, la actividad minera en dicha zona ha sido reducida.

¿Por qué la persecución penal ha fracasado? La respuesta es muy compleja y excede al ámbito de lo estrictamente jurídico¹¹. En lo que atañe a la perspectiva de análisis del presente trabajo, nos centramos únicamente en los factores jurídicos que dificultan o que, en todo caso, impiden la persecución penal de los mineros

¹⁰ Información disponible en la página web del MEM (s. f. [a]).

¹¹ Un buen trabajo que aborda la criminalidad ambiental en el Perú, tanto en su dimensión normativa como en la criminológica, es el de Lamadrid (2011).

ilegales. Con tal objetivo, centraremos nuestro análisis en tres puntos: la necesidad de convertir a la minería ilegal en un delito de peligro abstracto; la exención de pena por incorporación en el Registro Integral de Formalización Minera y la indebida habilitación de la aplicación del principio de oportunidad para los delitos de minería ilegal.

3.2 La necesidad de tipificar el delito de minería ilegal como un delito de peligro abstracto

3.2.1 Ámbito objetivo del delito de minería ilegal

La legitimación de la imposición de una pena por la comisión de un delito ambiental reside en la infracción de un deber administrativo ambiental¹². No se halla en la ontología, es decir, en un deber moral del ser humano de proteger al ambiente o un deber religioso de cuidar la cosa común, sino en un mandato constitucional impuesto a todo ciudadano peruano de procurar un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida (art. 2, numeral 22 de la carta magna). De dicho principio constitucional (art. 2, literal 20 *in fine* de la Constitución Política del Perú) emanan normas concretas (los deberes administrativos ambientales) que definen cómo ha de entenderse la relación jurídica existente entre el ciudadano y el Estado en actividades que impliquen un impacto ambiental como producto de las actividades del primero¹³.

Cuando se produce la infracción de un deber administrativo ambiental, se legitima al Estado a recurrir al Derecho sancionador y a sus dos ramas: el Derecho administrativo sancionador o el Derecho penal. Surge, en términos de Pawlik (2012, pp. 82 y ss.), un deber de tolerancia por parte del ciudadano frente al Estado, que obliga a la persona a aceptar que el Estado pueda limitar un derecho fundamental como consecuencia de la precedente infracción del deber administrativo ambiental¹⁴. La forma y la drasticidad de la reacción estatal se han de determinar por el tipo de deber administrativo ambiental infringido y –en el caso de deberes que sean tutelados de manera paralela por el Derecho administrativo sancionador ambiental y el Derecho penal ambiental– ha de establecerse una barrera cuantitativa.

¹² Categórico en esta posición es Huamán (2018, p. 40).

¹³ De la misma opinión es Alegre (2010, p. 8).

¹⁴ En un sentido similar, poniendo énfasis en el deber administrativo ambiental, véase Kubiciel (2013, pp. 285-287).

En el caso del delito de minería ilegal (art. 307-A CP), los deberes administrativos ambientales susceptibles de infracción, al igual que su tipo base contenido en el delito de contaminación ambiental (art. 304 CP), son aquellos que obligan al ciudadano a que su conducta no genere un daño ambiental. Siendo más rigurosos en la interpretación, no todo daño ambiental genera responsabilidad penal, sino tan solo un tipo de daño ambiental es sancionado: los actos de contaminación. Luego de una interpretación sistemática del tipo penal, se observa que, tanto el art. 307-A CP, como el art. 304 CP se ubican dentro del capítulo I (Delitos de contaminación) del título XIII (Delitos ambientales) de la Parte Especial del Código Penal. Más claro: dentro del capítulo de delitos de contaminación. Por tanto, de conformidad con lo previsto en el tipo penal, solo es sancionable el quebrantamiento de los deberes administrativos que provoquen la contaminación del ambiente, antes que su degradación o su depredación.

3.2.2 Técnica legislativa

El delito de minería ilegal vigente no sanciona la acción minera ilegal en sí misma. Para su consumación, exige que el acto minero no autorizado se concrete en un resultado lesivo material o potencial sobre el ambiente, según los parámetros establecidos por la normatividad administrativa¹⁵. Como se observa, la técnica legislativa utilizada es mixta, pues se acude a los delitos de peligro concreto y a los delitos de resultado¹⁶. Por consiguiente, la demostración del peligro concreto o del resultado lesivo son también objeto de probanza. Como demostraremos en las siguientes líneas, este sistema es incorrecto. Dado el alto riesgo que implica la realización de una actividad minera sin contar con la correspondiente certificación ambiental, resulta legítimo adelantar las barreras de punibilidad a favor de la tutela jurídica del ambiente y no requerir la comprobación de un daño ambiental. Así, el peligro no se verificaría del análisis del acto concreto, sino podría extraerse del riesgo inherente a la realización de la actividad sin certificación ambiental. Por ende, para los casos de minería ilegal, debe acudir a los delitos de peligro abstracto.

La actividad minera es *per se* una actividad que implica graves riesgos de contaminación en ciertas fases; nos referimos a aquellas que expresamente requieren

¹⁵ Esta idea es también recogida en la Casación 464-2016-Pasco, en cuyo fundamento jurídico décimo tercero se asume el criterio postulado por Huamán (2013-2014, pp. 428-432).

¹⁶ Aunque García (2015, pp. 924-925), desde otra perspectiva, considera más bien que la norma se trata de un delito de peligro abstracto.

de una autorización administrativa ambiental previa (certificación ambiental)¹⁷. En buena cuenta: exploración, desarrollo minero, explotación, beneficio, labor general y transporte. Donde hay minería, existen riesgos, y riesgos muy serios para el ambiente. Sin embargo, en el caso de la minería formal y responsable, es la propia empresa la que adopta las medidas destinadas a evitar que estos riesgos ambientales se materialicen¹⁸. Asimismo, para asegurar el cumplimiento de la normativa administrativa ambiental, existen las entidades de fiscalización ambiental (OEFA y los GORE, en función del tipo de minería), las cuales pueden ejercer sus labores gracias a los propios aportes de los mineros legales. Finalmente, a causa de los monitoreos constantes y la prueba preconstituída generada por los laboratorios científicos en los casos administrativos sancionadores tramitados ante las entidades de fiscalización ambiental, resulta más simple la probanza de un acto contaminante de entidades que operan dentro de la legalidad. En suma, todo un sistema diseñado para atenuar el riesgo de contaminación ambiental y así mantenerlo dentro de los límites de lo permitido.

El panorama en el sector formal no es el mismo que en el sector ilegal. Entre las múltiples razones existentes, tenemos que los actos ilegales, de manera específica en la Amazonía, como anotamos líneas arriba, no realizan sus actividades en un solo lugar, pues se trata de una minería nómada, lo que eleva la posibilidad de causación de daños ambientales. La fiscalización de la minería ilegal es muy compleja por la carencia de certificación ambiental, la inaccesibilidad del lugar de operación minera ilegal y las condiciones de seguridad para el fiscalizador. Sea por desconocimiento de la normativa administrativa ambiental por parte del minero ilegal, o por la decisión de no implementar las medidas para evitar los impactos ambientales, el riesgo de contaminación resulta mucho mayor cuando el acto minero es realizado sin contar con la certificación ambiental. Por ello es más probable que un acto minero ilegal impacte drásticamente en el ambiente al no contar con el mecanismo preventivo citado, antes que un acto minero legal.

Las diferencias entre el acto minero legal y el minero ilegal justifican un tratamiento diferenciado por parte del Derecho penal. No es posible tratar de manera uniforme ambos actos con la conjetura de que, independientemente de quién

¹⁷ A entender de García (2015, p. 924, nota 2154), «[...] difícil es representarse una actividad minera que, cuando menos, no sea capaz de generar un daño al medio ambiente [...]». A dicha premisa se oponen los actos de cateo, los cuales son actos mineros y, precisamente porque no causan un daño ambiental, no requieren autorización administrativa.

¹⁸ En el caso de las empresas, incluso existen compañías que llegan a adoptar programas de cumplimiento de la normativa ambiental, aun cuando en nuestro país su regulación de beneficios se reduzca a los delitos de lavado de activos, corrupción de funcionarios y financiamiento del terrorismo.

realice el acto contaminante, lo importante es la afectación al ambiente. Por el contrario, la importancia del sistema de protección ambiental, y en especial de la certificación ambiental como mecanismo para prevenir o mitigar los impactos sobre el ambiente en materia minera, da cuenta de la irracionalidad de tratar penalmente por igual la actividad minera legal y la ilegal.

Lo que se acaba de afirmar se sustenta en la posición de garante de toda persona, con independencia del ámbito en el que se desenvuelva (padre, funcionario público, empresario, etc.); y se guía por un postulado básico, magníficamente esbozado por Hegel en su *Filosofía del Derecho*: «¡Sé persona y respeta a los demás como personas!» (Hegel, 1821, p. 36). El ciudadano tiene absoluta libertad para crear riesgos u organizar los que se encuentran dentro de su esfera de competencias, siempre y cuando no genere un efecto no deseado sobre un tercero. Si una persona desea hacer actividad minera, debe tomar todo el conjunto de medidas para que, en lo que al Derecho penal ambiental atañe, el riesgo minero no se materialice en un acto de contaminación ambiental. Para ello, el Estado –como mecanismo anticipado de tutela– exige que el administrado tenga certificación ambiental, es decir, un mecanismo que garantice que los riesgos sobre el ambiente de las actividades puedan ser adecuadamente manejados.

No es lo mismo realizar un acto minero legal que uno ilegal, pues el primero sí cuenta con certificación ambiental, lo que reduce significativamente el riesgo de que su actividad impacte de manera negativa. De allí que el riesgo de generar una actividad de impacto ambiental negativo en el caso del minero legal sea menor comparado con el que pueda generar un minero ilegal, en razón de que este último no cuenta con el instrumento que garantice la adopción de las medidas necesarias para proteger el ambiente que brinda la certificación.

Tanto la certificación ambiental como la fiscalización ambiental son fundamentales para garantizar una adecuada tutela del ambiente. De ellas, la que compete exclusivamente al administrado es la primera. Luego de realizado el instrumento de gestión ambiental (IGA), corresponderá a la autoridad administrativa su evaluación; si se encuentra conforme con el IGA, procederá, en los casos que la norma prevea, a emitir el certificado ambiental. La prescindencia de la certificación ambiental legitima al Estado a sancionar al administrado por el mero hecho de realizar la actividad minera, aun sin haber generado un daño efectivo al ambiente; a su vez, esta situación habilita al Estado a considerar que la actividad minera ilegal es una actividad de alto riesgo, que conlleva un peligro abstracto contra el ambiente.

3.3 La exención de pena por inclusión en el Reinfo

3.3.1 Descripción del funcionamiento de la exención

La exención de pena, concedida por la incorporación del minero informal al proceso de formalización minera, fue introducida al ordenamiento jurídico en la primera disposición complementaria final del DL 1102. Este mecanismo premial evitaba la persecución penal de aquella persona que hubiera cometido los delitos de minería ilegal simple (art. 307-A CP), minería ilegal agravada (art. 307-B CP), financiamiento de la minería ilegal (art. 307-C CP), obstaculización del procedimiento fiscalizador (art. 307-D CP), y actos preparatorios de minería ilegal (art. 307-E CP). En la práctica, ello implicaba que el acto minero ilegal pudiera ser un acto típico, antijurídico, culpable, pero sobre el que, a causa de esa exención, no podía ser impuesta una pena.

El DL 1351, en su única disposición complementaria final, contempló nuevamente la posibilidad de una exención de responsabilidad penal para casos de minería ilegal. Sin embargo, los requisitos variaron en comparación con lo previsto en la normativa anterior.

En primer lugar, la exención de pena no abarcaba todos los delitos de minería ilegal y acciones conexas, limitando su ámbito objetivo al art. 307-A CP, esto es, solo para minería ilegal en su tipo base. Por ende, las otras conductas agravadas o conexas sí podían ser susceptibles de una sanción penal.

En segundo lugar, la obtención de la exención de pena quedaba supeditada a dos supuestos de hecho:

- a) A la no formalización como consecuencia de una situación enteramente atribuible a la Administración Pública: culpa inexcusable o negligencia del funcionario público. Pero no quedaba claro si la norma se refería a quienes, no habiéndose acogido en el plazo previsto por el DL 1102, sí hubieran iniciado el proceso de formalización minera y no lo hubieran culminado (obteniendo el permiso de inicio o reinicio de actividades) por causa grave atribuible a la Administración Pública; o si la norma solo hacía referencia a los mineros incorporados al registro integral de formalización minera, pero sin llegar a alcanzar la formalización por causa atribuible a la administración. Desde nuestra perspectiva, haciendo una lectura sistemática de la abundante normativa administrativa existente en la materia, la norma solo abarca los primeros casos. Si una persona no alcanzó la formalización minera por culpa de la administración, podría incorporarse excepcionalmente al

actual proceso de formalización minera y, a causa de su incorporación, podría obtener la exención de pena.

- b) El segundo supuesto que habilita la aplicación de la exención de pena es la incorporación del minero ilegal en el Registro Integral de Formalización Minera (Reinfo), creado por el DL 1293. Cabe resaltar que, a nuestro entender, la nueva norma repite exactamente el mismo error de la normativa anterior: solo exigir la incorporación para aplicar automáticamente la exención de pena, cuando debió ser exigida la formalización del minero ilegal. La lectura del art. 4 del DL 1293 nos permite advertir que prácticamente toda aquella persona que viniera realizando actividad minera podía ser incorporada al Reinfo, incluso sin haber sido parte del proceso de formalización minera previamente. Esta interpretación se refuerza si tenemos en cuenta lo previsto por el DS 001-2020-EM, que en sus artículos 2 y 4 amplía fácticamente el universo de personas que pueden incorporarse al Reinfo. Finalmente, la incorporación debía ser realizada dentro del plazo previsto por la norma, consistente en 120 días hábiles contados desde el 15 de enero de 2020, según la última ampliación prevista en el art. 4.2. del DS 001-2020-EM.

3.3.2 Cuestionamiento de la legitimidad y el diseño normativo de la exención de pena

La validez de las leyes penales temporales, como lo es la exención de pena por incorporación al Reinfo, es unánime en la doctrina. Los comentarios existentes sobre las leyes penales temporales centran su atención en la situación excepcional que justifica su emisión¹⁹. En buena cuenta, se prevé que, ante un fenómeno temporal y extraordinario, se justifica la emisión de una norma penal temporal con el objeto de que la norma penal contribuya a paliar los efectos acaecidos con esta grave situación (García-Pablos, 2012, p. 916). Para garantizar este resultado, los efectos jurídicos de esta norma son aplicables de manera ultraactiva. En principio, desde la lógica esbozada, la ley penal temporal sería aquella norma penal que introduce nuevos supuestos delictivos o aumenta las penas de los ya existentes de manera transitoria. Sin embargo, nada obsta para que supuestos como el estudiado en este lugar también sean considerados normas penales temporales, pues son causas de exclusión de la punibilidad que sirven para afrontar una emergencia transitoria, cuya vigencia es temporal pero sus efectos son permanentes.

¹⁹ A título de ejemplo, véase Maraver, M. (2019, p. 128).

Lo central de la legitimidad de la norma penal temporal es la situación excepcional que se encuentra detrás. Si dicha situación no fuera transitoria, entonces la aplicación de una norma penal temporal carecería de legitimidad. La situación transitoria que legitima la exención de pena es la crisis producida por la actividad minera ilegal, sobre todo en zonas amazónicas. La circunstancia legitima al Estado a buscar medidas para generar incentivos y desincentivos, incluso en materia penal, orientados a paliar el problema. Visto así, eximir a una persona de responsabilidad penal por incorporarse a un proceso de formalización minera que conducirá a su incorporación al sistema minero legal puede ser cuestionable, pero resulta legítimo. Se sacrifica el principio de legalidad en pro de la optimización del derecho fundamental al ambiente, la salud y la protección de recursos naturales.

Pero, teniendo en cuenta el panorama antes descrito, es preciso formular algunas preguntas: ¿realmente estamos frente a un proceso temporal y transitorio? ¿Es legítima la afectación no transitoria al derecho fundamental a un ambiente equilibrado y saludable, a la salud, a la propiedad, la protección de los recursos naturales? La respuesta a ambas es clara: no estamos frente a un proceso temporal, sino frente a un encubierto proceso de normalización de la afectación de los derechos fundamentales antes citados. El proceso de formalización minera, iniciado en el año 2012, debió terminar en 2014; pero, luego de su reforma en 2017, su vigencia fue prolongada hasta 2019; y, hace poco, fue extendido hasta 2021. Una crisis que no se ha resuelto en nueve años no es una crisis temporal, es una crisis permanente.

Una segunda crítica sobre la exención de pena apunta al diseño normativo de la exención. Tal como antes señalamos, esta procede por la sola inserción del minero ilegal en el Registro Integral de Formalización Minera dentro del plazo establecido por la norma²⁰. Si lo que se pretendía era optimizar los derechos fundamentales antes mencionados, entonces la exención debió otorgarse al cumplimiento de un estándar más alto. La exención debió otorgarse cuando se cumpliera la finalidad del proceso de formalización minera, vale decir, cuando el minero ilegal obtuviera su permiso de inicio o reinicio de operaciones. Así, se habría

²⁰ Una interpretación distinta de la normativa puede verse en Peña Cabrera (2017, p. 265) y Mendoza (2016, p. 332). Ambos coinciden en que se requiere la culminación total del proceso de formalización minera para lograr la exención de pena. Sin embargo, el claro sentido de la norma va en una dirección opuesta. Distinto sería el caso si la norma hubiere condicionado expresamente la exención a la culminación del proceso de formalización minera. Por ello, tiene mucha razón García (2015, p. 924) al sostener la posibilidad de sancionar la conducta penal si, luego de denegada la autorización o excluido el minero de alguna etapa de la formalización minera, prosigue con sus actividades.

generado un incentivo importante para que el minero ilegal pretenda realmente alcanzar la formalización, que incluso fortalecía la posición del Estado frente a la sociedad desde los fines preventivos: o se formalizaba o debía afrontar la prisión.

3.4 El principio de oportunidad

Si ya la persecución penal era compleja, tanto por los defectos normativos del tipo penal como por la exención de pena por la inclusión de una persona en el Reinfo, las posibilidades reales de una sanción real se acortan si consideramos un segundo mecanismo procesal previsto en la normativa sobre minería ilegal: el principio de oportunidad diseñado *ad hoc* para delitos de minería ilegal.

Como consecuencia de la emisión del DL 1002, se introdujo una modificación en el art. 2 del Código Procesal Penal de 2004, que permite la aplicación del principio de oportunidad a los casos de minería ilegal. Quizá, con ciertos reparos, el hecho no hubiera sido considerado alarmante si la aplicación de la norma solo se hubiera limitado al tipo base de minería ilegal (art. 307-A CP); sin embargo, dentro del ámbito objetivo de aplicación se han incorporado también los casos de minería ilegal agravada (art. 307-B CP), que tienen una pena privativa de libertad no menor de 8 ni mayor de 10 años, y los delitos conexos (arts. 307-C, 307-D y 308-E CP). Claramente, se introduce la posibilidad de abstención del ejercicio de la acción penal para supuestos nada leves.

Partamos de un caso concreto para ilustrar el problema. Un minero sin autorización administrativa alguna realiza la explotación minera en el interior de la Reserva Natural de Tambopata, valiéndose para ello de dragas, y, naturalmente, centra su actividad en cuerpos de agua destinados al consumo de la población nativa existente. Asimismo, a efectos de reducir sus costos de producción, contrata a menores de edad para poder extraer el mineral. Como consecuencia del uso de mercurio en el proceso de beneficio, impacta directamente en el entorno natural adyacente a su campamento minero.

En este caso, podemos observar que el minero es claramente ilegal, porque: (a) realiza su actividad en un área natural protegida, (b) utiliza artefactos prohibidos (dragas), (c) daña cuerpos de agua y (d) emplea a menores de edad. Por estas acciones, sumando las agravantes y usando los criterios del concurso real de delitos, le esperaríamos una condena de 20 años de pena privativa de libertad. Sin embargo, para sanear su situación legal, el minero decide abandonar la actividad minera ilegal, comunicar ese hecho a la OEFA (indebido criterio previsto en la norma procesal penal) y, luego de ello, acude al Ministerio Público –que ha iniciado una investigación en su contra– para solicitar la aplicación del principio de oportunidad.

Para determinar si es o no procedente la aplicación del principio de oportunidad, es necesario sujetarnos a las reglas prevista en el art. 1 del Código Procesal Penal de 2004, que prevé como regla general tres supuestos alternativos para adoptar una decisión. En primer lugar (art. 1, literal a), analizar si la persona ha sido gravemente afectada por el delito y este no se encuentra conminado con una pena privativa de libertad máxima de cuatro años. En segundo lugar (art. 1, literal b), determinar si es un delito que no afecta gravemente el interés público, con las excepciones de funcionarios en el ejercicio de su cargo o que el delito tenga una pena privativa de libertad conminada superior a los dos años. En tercer y último lugar (art. 1, literal c), luego de verificar las condiciones personales del imputado y las circunstancias del hecho, debe comprobarse si concurre alguna circunstancia atenuante y si no existe un interés público gravemente comprometido.

Analizados los supuestos de procedencia, descartaríamos inmediatamente la aplicación del principio de oportunidad en el caso concreto, porque el delito de minería ilegal agravada (art. 307-B CP) sí afecta gravemente el interés público y lesiona intensamente el derecho fundamental al ambiente equilibrado y adecuado. El principal indicador de esta gravedad es que la pena privativa conminada por este delito oscila entre los 8 y 10 años.

Sin embargo, aplicando la modificatoria prevista en el DL 1102 del Código Penal, el delito de minería ilegal, sus agravantes y delitos conexos, pese a que afectan gravemente un interés público y pese a que la pena privativa de libertad conminada (a excepción del tipo base) puede llegar a los 12 años, pueden también tener plácida acogida por el principio de oportunidad.

El sentido de abstener el ejercicio de la acción penal radica en que el hecho acaecido no habría desestabilizado gravemente a la sociedad. Por eso es razonable no perseguir penalmente a la persona, condicionando esta abstención a conseguir otros efectos, como una reparación civil y medidas de carácter administrativo. Sin embargo, en casos en los que la estabilización de la sociedad requiere de la imposición de una pena, la persecución penal es obligatoria.

En el caso de la minería ilegal, puede verificarse una indebida utilización del principio de oportunidad, toda vez que la afectación tan intensa del ambiente requiere de una respuesta persecutoria penal por parte del Estado. Renunciar a la persecución penal de estos delitos solo estaría justificado si existiera una causa legitimante de mayor importancia que las afectaciones a derechos fundamentales producidas por la minería ilegal. Hasta cierto punto, en atención a la necesidad de incorporar a los mineros al sistema legal o generar incentivos para que desistan de la actividad minera, se podría considerar la posibilidad de aplicar el principio

de oportunidad para el tipo base de minería ilegal (art. 307-A CP), si la pena privativa de libertad conminada no fuera superior a los cuatro años. No obstante, la norma actual sanciona la acción con una pena que oscila entre los 4 y 8 años, con lo que no podría legitimarse la abstención del ejercicio de la acción penal.

Al igual que en el caso de la exención de pena, desde nuestra perspectiva, para evitar la grave afectación al derecho al ambiente debe utilizarse una acción de inconstitucionalidad contra esta norma para promover su expulsión del ordenamiento jurídico, o, en el exiguo probable caso de que un fiscal opte por la aplicación del principio de oportunidad, a través del control difuso, un juez podría controlarla.

4. Conclusiones

Primera: Si bien es cuestionable la idea de aceptar la afectación de derechos fundamentales, entre los que están el ambiente equilibrado y saludable, la salud, la biodiversidad, no obstante, es legítima. No debe ignorarse que este proceso tiene una característica fundamental para ser legítimo constitucionalmente: su transicionalidad. Vale decir, no es posible que el Estado normalice la afectación de derechos fundamentales de manera permanente, y, si da el paso de hacerlo, debe mediar una razón poderosa para optimizar otro derecho fundamental, de mayor peso e importancia, pero sin descuidar precisamente la transicionalidad.

Tal como lo hemos demostrado, un proceso que se inició en el año 2012 y que ha sido ampliado de manera constante, incluso hasta el año 2021, se aparta radicalmente de la exigencia de una estricta transicionalidad, y más bien destapa su carácter de permanencia continuada con nítido disimulo. Si los resultados hubieran sido otros, como, por ejemplo, que más de la mitad de los mineros informales hubieran alcanzado la legalidad, no podría siquiera entrar a discutirse la legitimidad del proceso de formalización minera. Pero, dado que apenas menos del 3% de los mineros inscritos en el Reinfo han logrado la formalización, es posible concluir que el fracaso del proceso es absoluto. Por tanto, permitir que el proceso de formalización minera se extienda año tras año sin mayor sentido ni explicación convincente, manteniendo la afectación de derechos fundamentales mientras dure, carece en todo sentido de legitimación constitucional.

Segunda: Desde un punto de vista técnico, el proceso de formalización minera en la región andina ha tenido más éxito, como también se aprecia en las estadísticas. Desde nuestro punto de vista, ello tiene su origen en una razón: la Ley General de Minería y el sistema de concesiones se encuentran diseñados para la minería filoniana, de gran presencia en la región andina, mientras que en la región ama-

zónica lo que existe es minería aluvial. El minero filoniano tiene como incentivo para formalizarse la necesidad de ejercer su actividad en un espacio determinado. Por el contrario, el minero aluvial carece de los mismos incentivos, en razón de que el total de mineral que puede hallar en su concesión no es cuantitativamente alto y, precisamente por ello, debe variar el lugar de sus operaciones mineras cada cierto tiempo. Estamos ante una actividad minera nómada.

Al mismo tiempo, se advierte la necesidad de analizar técnicamente si las ganancias producto de la minería ilegal en la región amazónica justifican los altos costos ambientales.

Tercera: La vía penal asumida por el Estado en el campo de la minería ilegal ha resultado completamente ineficiente en la Amazonía. En vez de desincentivar a los mineros ilegales de su actividad, más bien la ha estimulado inadvertidamente. Existen fallos normativos por corregir y mejorar para optimizar la persecución penal.

La técnica legislativa usada para el delito de minería ilegal no debería ser la del delito de peligro concreto o del delito de resultado, sino, en atención de la peligrosidad intrínseca que reúne el acto minero que no cuenta con una certificación ambiental, pueden perfectamente adelantarse las barreras de protección penal para convertirlo en un delito de peligro abstracto. Así, el delito de minería ilegal debe sancionarse por la sola realización del acto minero sin contar con el certificado ambiental requerido, y no exigirse la probanza de una lesión efectiva o de un peligro potencial de daño ambiental.

Cuarta: En el ámbito procesal, hay que considerar dos aspectos:

- a) El actual sistema de exención o perdón de pena, basado tan solo en la incorporación del minero informal al registro integral de formalización minera, es manifiestamente desproporcionado. Si se deseaba optimizar los resultados del proceso de formalización minera, la exención debió otorgarse por alcanzar la condición de minero formal y no por el solo hecho de iniciar el proceso. Al haberse regulado normativamente así la exención, se creó para la práctica un incentivo perverso: los mineros ilegales se incorporan al registro con el único fin de evitar la persecución penal, sin importarles ni interesarles alcanzar la condición de legalidad que brinda precisamente la cabal formalización.
- b) La legitimidad de la aplicación del principio de oportunidad reside en ser un equivalente funcional a la pena, es decir, la abstención del ejercicio de la acción penal se justifica para compensar mediante efectos civiles y administrativos la infracción leve de un deber jurídico-penal. Pero, para los casos en

los que existe una grave afectación de un derecho fundamental, tutelado a través del Derecho penal y que se expresa en una pena conminada que tiene el carácter de efectiva, no debería ser de posible aplicación el principio de oportunidad. Así, pues, en las normas vigentes puede verse que el legislador ha desnaturalizado la institución del principio de oportunidad al permitir su aplicación en el delito de minería ilegal por completo a los supuestos del tipo base, las agravantes, los tipos conexos, e incluso a los actos criminales reprimidos con penas privativas de libertad superiores a cuatro años.

Quinto: En síntesis, y como reflexión al Perú de 2021, el Estado no puede permitir ni, menos aún, promover políticas que no se ajusten a los parámetros de juridicidad que la Constitución Política ha establecido.

Pese a que el Estado se encuentra obligado a proteger los recursos naturales, a conservar un ambiente sano y equilibrado para el desarrollo del ser humano y a promover la salud de las personas, ha permitido que dichos derechos fundamentales se afecten. Lo que en principio parecía una forma transitoria de abordar el problema, se ha convertido, *de facto*, en una afectación permanente a los derechos fundamentales. Por ende, constatada la ilegitimidad constitucional, corresponde que el Estado asuma su rol de garante de los derechos fundamentales y adecúe la política normativa minera a los cánones constitucionales que se encuentra obligado a respetar.

Referencias

- Alegre, A. (Febrero de 2010). Derecho al ambiente equilibrado y adecuado para el «desarrollo de la vida». En *Los derechos fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del derecho*. Gaceta Constitucional.
- Corte Constitucional de Colombia. (2006). Sentencia C-307/06 de 2006. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-307-06.htm>
- Dourojeanni, M. (2006). *Estudio de caso sobre la carretera Interoceánica en la Amazonía sur del Perú*. Sistema de Información Ambiental Regional del Gobierno Regional de Puno. Recuperado de <http://siar.minam.gob.pe/puno/sites/default/files/archivos/public/docs/437.pdf>
- García, P. (2015). *Derecho penal económico*. Lima: Editorial Instituto Pacífico.
- García-Pablos, A. (2012). *Introducción al Derecho penal: instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Hegel, G. (1821). *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Berlín: In der Nicolaischen Buchhandlung.
- Huamán, D. (2013-2014). El delito de minería ilegal: principales aspectos sustantivos sobre el tipo base y sus agravantes. En J. Hurtado [Coord.], *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance*. Perú: Fondo Editorial Universidad Católica del Perú.

- Huamán, D. (22 de octubre de 2018). *Grundmodelle der Legitimation von Umweltdelikte* (tesis de maestría). Universidad de Friburgo, Alemania.
- Kubiciel, M. (2013). *Die Wissenschaft der Besonderen Teil*. Fráncfort: Vittorio Klostermann.
- Lamadrid, A. (2011). *El derecho penal ambiental en el Perú: ¿realidad concreta o simbolismo práctico?* Lima: Editorial Grijley.
- Maraver, M. (2019). Vigencia temporal de la ley penal. En J. Lazacuraín (Coord.), *Manual de introducción al Derecho penal*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Mendoza, P. (2016). Los delitos de minería ilegal y conexos, aspectos sustantivos y procesales. *Gaceta Penal*, (79).
- MEM (Ministerio de Energía y Minas). (s. f. [a]). *Listado de mineros formalizados*. Recuperado de https://www.minem.gob.pe/_detalle.php?idSector=20&idTitular=8078&idMenu=sub8048&idCateg=1449
- MEM (Ministerio de Energía y Minas). (s. f. [b]). Registro Integral de Formalización Minera (Reinfo). Recuperado de http://www.minem.gob.pe/_detalle.php?idSector=20&idTitular=8049&idMenu=sub8048&idCateg=1442
- Pawlik, M. (2012). *Das Unrecht des Bürgers*. Tubinga: Mohr Siebeck.
- Peña Cabrera, A. (2017). *Delitos ambientales*. Lima: Editorial Pacífico.
- Reyes, Y. (2018). *¿Es injusta la justicia transicional?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2019). Expediente 0019-2015-PI/TC de 2019. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/00019-2015-AI.pdf>
- Valverde, V. S., & Collantes, D. A. (2017). Alcances para una respuesta jurídica integral al comercio ilegal de oro. *Ius et Veritas*, (55), 131-134. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201703.008>