

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



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

“Breve análisis de la competencia del OEFA en la fiscalización de un supuesto pequeño productor minero o minero artesanal”

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

Autor:

Álvaro Oriundo Cárdenas

Asesora:

Isabel Calle Valladares

Código de alumno:

20112523

2019

Resumen

El presente trabajo se enfoca en cómo el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA ha resuelto ciertos procedimientos administrativos sancionadores analizando, en primer lugar, el real estrato minero de un minero o mineros que, en la práctica, pertenecían a la pequeña minería o minería artesanal, es decir, esta fiscalización en principio pertenece a los respectivos Gobiernos Regionales.

La facultad que utilizó el OEFA se justifica en el Artículo 17 de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental – Ley del SINEFA, el cual fue modificado el 26 de abril de 2013. Este artículo citado otorga al OEFA la posibilidad de aplicar la prueba indiciaria para determinar el verdadero estrato minero de aquellas actividades que supuestamente están dentro de la pequeña minería y minería artesanal, para que de esta manera, luego de verificar que en la práctica pertenecen a la mediana o gran minería, puedan fiscalizarlos, y posteriormente sancionarlos.

El objetivo del presente trabajo es analizar si, en efecto, la facultad que se desprende del Artículo 17 de Ley del SINEFA no afecta las facultades ya otorgadas a los Gobiernos Regionales. Para ello, se estudiará el proceso de descentralización y las competencias en materia de minería, para que, finalmente, se desarrolle la posición que se adoptó en el desarrollo del trabajo.

Índice

| | |
|---|-------|
| 1. Introducción | Pg.4 |
| 2. El proceso de descentralización en el Perú | Pg.5 |
| 2.1. La descentralización en materia ambiental | Pg.9 |
| 2.2. Las competencias del OEFA y de los Gobiernos Regionales | Pg.11 |
| 3. La fiscalización ambiental en la actividad minera | Pg.12 |
| 4. Análisis de la competencia del OEFA a partir del artículo 17 de la Ley del SINEFA | Pg.15 |
| 4.1. El caso del señor Yanguang Yi: Resolución N° 055-2015-OEFA-TFA-SEM | Pg.15 |
| 4.2. Resolución de Consejo Directivo N° 031-2014-OEFA-CD y su declaratoria como inconstitucional mediante Sentencia de Acción Popular N° 8653-2015 | Pg.17 |
| 4.3. Jurisprudencia del OEFA en la determinación del real estrato minero en los casos de los supuestos pequeños productores mineros y mineros artesanales | Pg.18 |
| 4.4. Análisis y postura personal | Pg.23 |
| 5. Conclusiones | Pg.28 |
| 6. Bibliografía | Pg.30 |

1. Introducción

El Perú ha atravesado por el proceso de descentralización, el cual consiste en la separación de competencias y funciones entre los tres niveles del Estado, el gobierno central, gobierno regional y gobierno local. Dentro de este proceso, se encuentra el aspecto ambiental, que del gobierno central fue derivándose a los otros niveles del Estado.

En esta línea, se crea el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental - SINEFA, cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de todas las personas naturales o jurídicas, conforme a las diversas normas destinadas a la preservación del ambiente.

Para que el cumplimiento de la legislación ambiental sea más eficaz, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA como organismo técnico especializado adscrito al Ministerio del Ambiente, que asumió las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en temas ambientales, entre las cuales se encuentra la actividad minera. De acuerdo con la Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN transfiere las competencias de supervisión y fiscalización ambiental en materia de mediana y gran minería al OEFA; de la misma manera, los gobiernos regionales se encargarían de la fiscalización de la pequeña minería y la minería artesanal.

Por otro lado, el Artículo 17° de la Ley del SINEFA establece que, cuando el OEFA obtenga indicios razonables y verificables del incumplimiento de las condiciones para que determinada actividad se encuentre en el ámbito de competencias de los Gobiernos Regionales, por tanto, su condición debiera corresponde al ámbito de competencias del OEFA, éste se encontrará automáticamente facultado para desarrollar las acciones de fiscalización a que hubiere lugar.

Sin embargo, dentro de la jurisprudencia de OEFA, se tienen posiciones distintas en cuanto a la fiscalización de un supuesto pequeño productor minero o minero artesanal. Para poder tener una respuesta a ello, lo que se hará en primer lugar es analizar el proceso de descentralización en materia ambiental y la normativa sobre la fiscalización en minería, así mismo, las competencias de las entidades correspondientes y, finalmente, los casos resueltos por el OEFA.

2. El proceso de descentralización en el Perú

Para la consecución de sus fines, el Estado adopta una determinada estructura, sobre la base del principio de separación de poderes. Como componente del Poder Ejecutivo, las Administraciones Públicas se instituyen y se ordenan con funciones y atribuciones concretas, buscando la satisfacción del interés general de forma organizada.

Sánchez Morón explica que la Administración Pública es un complejo organizacional, una estructura ordenada con una serie de elementos comunes: institucionales (fines y objetivos), normativos, materiales (recursos económicos y bienes) y personales (autoridades y empleados)¹.

Es decir, las Administraciones Públicas se instauran de forma organizada para el logro de determinados fines. Se trata de una estructuración instrumental para garantizar la eficacia y la eficiencia en sus actuaciones, así como el respeto de la legalidad y la promoción de la buena administración².

Si es que varias Administraciones Públicas tuvieran las mismas atribuciones sobre una materia específica, se estaría entorpeciendo la actuación estatal, pues no necesariamente habrá una coincidencia en los criterios asumidos por cada organización administrativa. A su vez, ello generaría un consumo de recursos innecesarios por la duplicidad de las funciones.

Por otro lado, la complejidad de las relaciones económicas y sociales sobre las que recae la actuación de las Administraciones Públicas exige una interdependencia entre todos los niveles institucionales, a fin de soportar estructuralmente la cohesión del aparato institucional; la cual se funda no en una mera yuxtaposición de piezas separadas, sino en la articulación de todas ellas³.

La falta de coherencia entre los criterios asumidos por las distintas Administraciones Públicas es relativamente simple de superar si es que se prescinde de todo carácter de autonomía en el cumplimiento de sus funciones. No obstante, en un Estado unitario

¹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho Administrativo. Parte General. Undécima Edición. Madrid: Tecnos, 2015, p. 223.

² SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Ob. cit., 2015, p. 225.

³ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. "La coordinación administrativa como concepto jurídico". En: Documentación Administrativa, no. 230-231 (abril-septiembre 1992), p. 14.

descentralizado como el peruano se otorga una cierta autonomía (la más amplia en nuestro ordenamiento, dado que sus autoridades se legitiman en la elección popular) a las Administraciones Públicas regionales y locales. La problemática se hace más complicada cuando hay de por medio competencias compartidas o concurrentes.

Al respecto, la doctrina ha diferenciado entre descentralización territorial y descentralización funcional. La primera implicaría como uno de sus componentes constitutivos un territorio, dentro del cual el órgano descentralizado ejerce su competencia y desarrolla su actividad⁴. La segunda se estructura bajo un criterio técnico, dando lugar a que determinados servicios, cometidos o prestaciones se confieran a un órgano administrativo con personalidad jurídica propia⁵.

Debe tenerse en cuenta que, a diferencia de la desconcentración administrativa, en la que se transfieren competencias decisorias específicas entre órganos de una misma entidad, la descentralización supone la transferencia de funciones de una organización a otra⁶.

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 43° de la Constitución establece que el Estado es uno e indivisible; pero que su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y que se organiza según el principio de la separación de poderes. Asimismo, el artículo 188° prescribe que la descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país.

El texto constitucional señala expresamente que los gobiernos regionales y locales cuentan con autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia⁷. Como no podía ser de otra manera, la repartición de competencias se

⁴ MABEL IVANEGA, Miriam. “Los principios de la organización administrativa”. En: Documentación Administrativa, no. 267-268 (septiembre 2003-abril 2004), p. 202.

⁵ MABEL IVANEGA, Miriam. Ob. cit., p. 203.

⁶ MARTÍN TIRADO, Richard. “Descentralización y desconcentración administrativa: Análisis del proceso de selección de los directores regionales sectoriales en el marco de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y su norma modificatoria”. En: Derecho y Sociedad, no. 20, 2003, pp. 150-151.

⁷ Siguiendo a Sánchez Morón, entiéndase por competencia, al conjunto de facultades, poderes, atribuciones y responsabilidades que corresponden a una determinada entidad administrativa, o a un determinado órgano. Véase, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Ob. cit., 2015, p. 245. Por otro lado, Mabel Ivanega refiere que la competencia equivaldría a la capacidad en el Derecho Privado; pero, contrariamente a lo que sucede en esta rama, la competencia sería la excepción y la incompetencia la regla. Véase, MABEL IVANEGA, Miriam. Ob. cit., pp. 193-194.

encuentra prevista en el mismo texto constitucional, siendo objeto de desarrollo en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y en la Ley Orgánica de Municipalidades.

Se entiende, entonces, que en la práctica puedan adoptarse criterios contrapuestos en el ejercicio de dicha autonomía; lo cual no tendría que afectar de manera negativa pues la realidad social no es la misma en un país pluricultural como el Perú. Sin embargo, el conflicto se genera cuando la actuación administrativa de una determinada entidad incide sobre materias de competencia de otra entidad distinta.

Así, por ejemplo, la construcción de una infraestructura de transporte urbano masivo, como el metro de Lima, afecta a un conjunto de distritos, incidiendo en las competencias urbanísticas y de ordenación del territorio de las Municipalidades Distritales involucradas.

Teniendo en cuenta que el país se divide en regiones, departamentos, provincias y distritos; los gobiernos regionales y locales tomarán sus decisiones de manera autónoma, de acuerdo con sus competencias. Sin embargo, no basta que se actúe de manera independiente, sino que el principio de unidad y el principio de eficacia administrativa exige que en ciertas situaciones prácticas haya relaciones de coordinación y cooperación entre las distintas Administraciones Públicas, independientemente del nivel de gobierno al que pertenezcan.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional español, pronunciándose en relación con la autonomía provincial, ha señalado en su Sentencia N° 27/1987, de 27 de febrero, que: *«dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, no cabe deducir de la Constitución que, en todo caso, corresponda a cada una de ellas un derecho o facultad que le permita ejercer las competencias que le son propias en régimen de estricta y absoluta separación. Por el contrario, la unidad misma del sistema en su conjunto... así como el principio de eficacia administrativa que debe predicarse... del entero entramado de los servicios públicos, permiten, cuando no imponen, al legislador establecer fórmulas y cauces de relación entre unas y otras Administraciones locales y de todas ellas con el Estado y las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las competencias que les correspondan. Entre tales fórmulas de relación... el legislador puede disponer la coordinación de la actividad de las Corporaciones Locales por el*

Estado o por las Comunidades Autónomas según el régimen de distribución de competencias entre aquél y éstas...»⁸.

Mediante la Ley N° 27680 de fecha 6 de marzo de 2002, se modifica la Constitución Política de 1993, el cual da inicio al proceso de descentralización que se extiende hasta los gobiernos regionales y locales.

En esta línea, en julio de 2002, se emite la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización, que tenía como finalidad *“el desarrollo integral, armónico y sostenible del país, mediante la separación de competencias y funciones, y el equilibrado ejercicio del poder por los tres niveles de gobierno, en beneficio de la población”*. Dicha ley estableció también las funciones y competencias del gobierno central o nacional, regional y municipal. De acuerdo con su artículo 13, las competencias son de tres tipos: las exclusivas para cada estamento de gobierno, las compartidas por dos o más estamentos de gobierno y las delegadas por un tiempo desde un estamento de gobierno a otro.

En febrero de 2004, se emite la Ley de Descentralización Fiscal mediante Decreto Legislativo N° 955, el cual es importante ya que se establecen las reglas, transferencias y acciones de los recursos financieros a los gobiernos regional y local.

Es así, que tanto los gobiernos regionales como los gobiernos locales cuentan con una administración compuesta por funcionarios y empleados dentro de su estructura. El artículo 192 de la Constitución señala que *“Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo”*. Es decir, el desarrollo de la región depende de las decisiones de las autoridades del gobierno regional, para ello, se dictan ordenanzas y decretos regionales que deben ser conformes con la legislación nacional.

Asimismo, el artículo 194 de la Constitución ha establecido que *“Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley. La estructura orgánica de gobierno*

⁸ Sentencia citada por GUILLÓ SÁNCHEZ-GALIANO, Amparo y Diego CÓRDOBA CASTROVERDE. “Principio de coordinación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: Documentación Administrativa, no. 230-231 (abril-septiembre 1992), p. 341.

local la conforman al Concejo Municipalidad como órgano normativo y fiscalizador y la Alcaldía como órgano ejecutivo, con las funciones y atribuciones que les señala la ley". Tanto como los gobiernos regionales, los gobiernos locales toman decisiones para cubrir los intereses de su población y desarrollo dentro de su territorio. En este caso, se emiten las ordenanzas municipales y decretos de alcaldía para alcanzar sus fines.

El Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

“(…) la función ejecutiva del poder estatal en su dimensión vertical está distribuida en tres niveles de gobierno: nacional, regional y local, en el que el Poder Ejecutivo, el Gobierno Regional y las Municipalidades son los órganos o elementos del gobierno mediante los cuales se ejerce efectivamente dicho poder estatal, y en los que, el Presidente de la República, la Presidencia Regional y la Alcaldía, son los jefes o los responsables de la conducción del gobierno nacional, regional y local, respectivamente. Las funciones de los órganos estatales se expresan a través de la puesta en práctica de las acciones y las decisiones de las autoridades estatales”. (Tribunal Constitucional peruano, Sentencia del 12 de octubre del 2010, recaída en el Expediente N°00034-2009-PI/TC, Fundamento 9)

Con ello, los tres niveles del estado actúan con independencia y autonomía en la toma de sus decisiones, sin dejar de lado el principio de unidad estatal, es decir, teniendo en cuenta las políticas nacionales y sin contradecirlas para la consecución de sus fines.

2.1. La descentralización en materia ambiental

Las competencias que se transfieren a los gobiernos regionales y gobiernos locales parten de proceso de descentralización, tal como lo señala en el artículo 188 de la Constitución Política del Perú de 1993, siendo una forma de organización democrática y constituye una política permanente del Estado. Por lo tanto, estas competencias que son asignadas o transferidas a un distinto nivel de gobierno se deben de respetar acorde a la ley y la Constitución.

La Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales del 2002, contemplaba la competencia de los gobiernos regionales para la aplicación de las políticas en materia ambiental a través de planes, programas y proyectos orientados a generar condiciones que permitan el desarrollo económico, social y ambiental.

El 13 de mayo de 2008, a través del Decreto Legislativo 1013, se creó el Ministerio del Ambiente, cuyo objeto es la conservación del ambiente, de modo tal que se propicie y asegure el uso sostenible, responsable, racional y ético de los recursos naturales y del

medio que los sustenta, que permita contribuir al desarrollo integral social, económico y cultural de la persona humana, en permanente armonía con su entorno, y así asegurar a las presentes y futuras generaciones el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, también creado en el 2008 como organismo técnico especializado adscrito al Ministerio del Ambiente, asumió las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en temas ambientales.

Mediante la Ley N° 29325, se crea el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental - SINEFA, cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de todas las personas naturales o jurídicas y articula las acciones de fiscalización ambiental a nivel nacional, compuesto por el Ministerio del Ambiente, el OEFA y las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA), que son aquellas entidades públicas de ámbito nacional, regional o local que tienen atribuidas alguna o todas las funciones de fiscalización ambiental en sentido amplio.

Es decir, las EFA tiene funciones de fiscalización ambiental dentro de su marco territorial y de acuerdo con sus competencias. Ciertamente, la descentralización tiene como finalidad el desarrollo integral, armónico y sostenible del país, mediante la separación de competencias y funciones, y el equilibrado ejercicio del poder por los tres niveles de gobierno, en beneficio de la población. En materia ambiental, cumple con los siguientes objetivos:

- a) Ordenamiento territorial y del entorno ambiental, desde los enfoques de la sostenibilidad del desarrollo.
- b) Gestión sostenible de los recursos naturales y mejora de la calidad ambiental.
- c) Coordinación y concertación interinstitucional y participación ciudadana en todos los niveles del SNGA.

Mediante Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM, se aprobó el Régimen Común de Fiscalización Ambiental, el cual establece lineamientos, principios y bases comunes de la fiscalización ambiental en el país, y las disposiciones que deben cumplir el OEFA y las EFA de manera obligatoria. El Régimen Común de Fiscalización Ambiental se relaciona con el SINEFA, aprobado por la Ley N°29325, en la medida de que lo complementa y garantiza su eficacia. Ambos instrumentos normativos buscan que la

fiscalización ambiental sea homogénea, eficaz, eficiente, armónica y coordinada. Ello contribuye a mejorar la calidad de vida de las personas y a lograr un desarrollo sostenible en el país en aras de asegurar el respeto de los derechos vinculados a la protección del ambiente⁹.

2.2. Las competencias del OEFA y de los gobiernos regionales

En el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA) se encuentran el Ministerio del Ambiente, el OEFA y las EFA de nivel nacional, regional o local. El OEFA es el ente rector del SINEFA, como lo señala el art. 6 de la Ley N° 29325, asimismo, *ejerce directamente las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, sanción y aplicación de incentivos en las actividades que se encuentran bajo su competencia, las cuales están destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables establecidas en la legislación ambiental, de los compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental y de los mandatos o disposiciones emitidos por el OEFA*. Como ente rector del SINEFA, ejerce una función normativa en materia de fiscalización ambiental y una función supervisora a las demás EFA de ámbito nacional, regional o local

Cada Gobierno Regional es una EFA, los cuales deben de ser eficientes en las acciones de supervisión y fiscalización ambiental sobre las actividades que están dentro de su competencia, en este sentido, como ya se ha señalado, la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, señala en su artículo 9 que *los gobiernos regionales son competentes para promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, conforme a Ley*.

De acuerdo con el Artículo 5° de la Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM, que aprueba el Régimen Común de Fiscalización Ambiental, los gobiernos regionales deben cumplir con lo siguiente:

- a. Aprobar los instrumentos legales, operativos, técnicos y otros requeridos para el ejercicio de sus funciones de fiscalización ambiental a su cargo.
- b. Contar con el equipamiento técnico necesario y recurrir a laboratorios acreditados o de reconocida competencia técnica.

⁹ OEFA: Manual de Competencias en Fiscalización Ambiental para Gobiernos Regionales (2015).

- c. Contar con mecanismos que permitan medir la eficacia y la eficiencia del ejercicio de la fiscalización ambiental a su cargo.
- d. Cumplir con la elaboración, aprobación, ejecución y reporte de su Plan Anual de Evaluación y Fiscalización Ambiental (PLANEFA), de conformidad con la normativa que apruebe el OEFA al respecto.
- e. Aplicar supletoriamente la tipificación de infracciones y sanciones generales y transversales que apruebe el OEFA.
- f. Deberán reportar al OEFA las acciones de fiscalización ambiental realizadas.

De manera general, se ha señalado las competencias del OEFA y de los gobiernos regionales en materia ambiental, estos actúan de manera coordinada para poder cumplir con sus fines de manera eficiente. Es importante señalar que, lo que se busca es promover el desarrollo del país sin dejar de lado el desarrollo sostenible, tomando en cuenta el aspecto social, ambiental y económico. En cuanto al aspecto ambiental, fortaleciendo el principio de prevención, para así evitar daños al ambiente o a la salud pública.

3. La fiscalización ambiental en la actividad minera

En el Decreto Supremo N° 014-92-EM10, TUO de la Ley General de la Minería (en adelante, TUO de la LGM), se hace una distinción de los cuatro estratos de minería: la pequeña minería, la minería artesanal, la mediana minería y la gran minería. Estos son diferenciados de acuerdo con el tamaño de sus concesiones, capacidad productiva, entidad competente para fiscalizarlos, por ende, cumplen con diferentes obligaciones.

En el siguiente cuadro se puede ver esta distinción:

| Estrato | Tamaño de Concesiones | Capacidad Productiva | Entidad Competente para Fiscalizar |
|-----------------|--|----------------------|------------------------------------|
| Gran Minería | No se establecen un tamaño determinado | Más de 5,000 TMD | OEFA |
| Mediana Minería | No se establece un tamaño determinado | Entre 350 y TMD | OEFA |

¹⁰ El TUO de la LGM comprende la unificación de dos normas con rango legal: 1) La Ley General de Minería, aprobado por Decreto Legislativo N° 109; y, 2) la Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 708 (norma que modificó algunos artículos del Decreto Legislativo N° 109).

| | | | |
|-------------------|-----------------|---------------|------|
| Pequeña Minería | Hasta 2,000 Ha. | Hasta 350 TMD | DREM |
| Minería Artesanal | Hasta 1,000 Ha. | Hasta 25 TMD | DREM |

TMD: Toneladas Métricas por día

DREM: Dirección Regional de Energía y Minas del Gobierno Regional

Fuente: Resolución Directoral N° 071-2014-OEFA-DFSAI

Con respecto a la gran y mediana minería, estas empresas no cuentan con un número máximo de concesiones con las que pueden contar, por eso, la diferencia de la gran minería con la mediana minería radica a la capacidad productiva, siendo esta mayor a 5000 TMD. Así, las actividades de la gran minería son más complejas, que por lo general integran las operaciones de prospección, extracción, concentración, fundición, refinación y embarque. Por otro lado, la mediana minería, tiene una capacidad productiva entre 350 y 5000 TMD, el cual tiene una complejidad con la estructura y mecanización.

Un punto en común es que el derecho de vigencia que pagan ambos estratos mineros es el mismo, y son sujetas al mismo monto por concepto de derecho de vigencia, tal como lo señalan los artículos 38, 39 y 40 del TUO de la LGM. Para estos casos, la autoridad competente para supervisarlos, fiscalizarlos y sancionarlos es el OEFA.

No obstante, en cuanto al pequeño productor minero y minero artesanal, el artículo 91 del TUO de la LGM señala que los pequeños productores mineros son los siguientes:

- a. Los que en forma personal o como conjunto de personas naturales, o personas jurídicas conformadas por personas naturales o cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras, se dedican habitualmente a la explotación y/o beneficio directo de minerales, asimismo, los que
- b. Posean, por cualquier título, hasta dos mil (2,000) hectáreas, entre denuncios, petitorios y concesiones mineras; y, además
- c. Posean, por cualquier título, una capacidad instalada de producción y/o beneficio no mayor de 350 toneladas métricas por día. En el caso de los productores de minerales no metálicos y materiales de construcción, el límite máximo de capacidad instalada de producción y/o beneficio será hasta 1,200 toneladas métricas por día.

Asimismo, la norma señala que los productores mineros artesanales son los siguientes:

- a. Los que en forma personal o como conjunto de personas naturales o personas jurídicas conformadas por personas naturales, o cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras se dedican habitualmente y como medio de sustento, a la explotación y/o beneficio directo de minerales, realizando sus actividades con métodos manuales y/o equipos básicos;
- b. Posean, por cualquier título, hasta 1,000 hectáreas, entre denuncios, petitorios y concesiones mineras, o hayan suscrito acuerdos o contratos con titulares mineros. Posean, por cualquier título, una capacidad instalada de producción y/o beneficio no mayor de 25 toneladas métricas por día; y,
- c. En el caso de los productores de minerales no metálicos y materiales de construcción, el límite máximo de capacidad instalada de producción y/o beneficio será hasta 100 toneladas métricas por día. En el caso de los yacimientos metálicos tipo placer, el límite máximo de capacidad instalada de producción y/o beneficio será de 200 metros cúbicos por día.

Dicho ello, de acuerdo con lo señalado, la diferencia entre los cuatro estratos mineros se da examinando el tamaño de sus concesiones en la pequeña minería y minería artesanal; y en la capacidad productiva, agregando a la mediana y gran minería.

Por ello, los gobiernos regionales son las EFA competentes para fiscalizar en materia ambiental a la pequeña minería y minería artesanal, estén acreditadas o no acreditadas como tales, tal como se dispone en la Cuarta Disposición Complementaria Final del D.L N° 1101. Asimismo, si los productores mineros, que están bajo su competencia, se encuentran en proceso de formalización, siendo aún mineros informales, los gobiernos regionales también son competentes para fiscalizarlos.

Así también, el artículo 5 del D.L N° 1101 señala que los gobiernos regionales deben de realizar las siguientes acciones:

- a. Llevar un registro actualizado de sus administrados, sean pequeños mineros, mineros artesanales o mineros informales.
- b. Programar anualmente supervisiones regulares respecto de las actividades de pequeña minería y minería artesanal bajo su ámbito de competencias, las cuales deben ser incluidas en sus respectivos PLANEFA.
- c. Realizar actividades de supervisión especial no programadas en caso de denuncias, contingencias ambientales u otras circunstancias que así lo ameriten.

- d. Realizar el seguimiento de las recomendaciones emitidas en las supervisiones anteriores.

Es decir, tienen encargados de ciertas funciones para el fiel cumplimiento de la normativa, es importante señalar que, también están encargados de apoyar con la eliminación de la minería ilegal y verificar la formalización minera.

Mediante Decreto Supremo N° 025-2013-EM, se creó la Dirección General de Formalización Minera - DGFM, la cual es una dirección dependiente jerárquicamente del viceministerio de minas, que tiene a su cargo, proponer y evaluar la política sobre formalización minera, proponer y/o expedir la normatividad necesaria y promover la ejecución de actividades orientadas a la formalización de las actividades mineras.¹¹

De acuerdo con sus funciones y lo dispuesto en el artículo 4 del Anexo N° 1 de la Resolución Ministerial N° 470-2014-MEM-DM¹² y el artículo 3 del Decreto Supremo N° 029-2014-PCM¹³, la DGFM es competente para fiscalizar la información contenida en el Registro de Saneamiento, pudiendo cancelar las declaraciones de compromiso y excluir del proceso de formalización minera integral, cuando no se cumpla con los requisitos del artículo 91 del TUO de la LGM.

4. Análisis de la competencia del OEFA a partir del artículo 17 de la Ley del SINEFA

4.1. El caso del Sr. Yanguang Yi: Resolución N° 055-2015-OEFA-TFA-SEM

La Resolución N° 055-2015-OEFA-TFA-SEM, de fecha 25 de agosto de 2015, es el primer caso que, en el cual, se aplica la prueba indiciaria y el principio de primacía de la

¹¹ **Artículo 2.- Creación de la Dirección General de Formalización Minera**

Incorpórense los artículos 105-A y 105-B en el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, en los términos siguientes:

Artículo 105-A.- La Dirección General de Formalización Minera es el órgano técnico normativo encargado de proponer y evaluar la política sobre formalización minera del Sector Minería, proponer y/o expedir la normatividad necesaria, así como promover la ejecución de actividades orientadas a la formalización de las actividades mineras. Depende jerárquicamente del viceministro de Minas.

¹² **Artículo 4.- Procedimiento de Cancelación de Declaraciones de Compromisos**

4.1. Conforme a lo establecido en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 029-2014-PCM, la Dirección General de Formalización Minera del Ministerio de Energía y Minas depurará el Registro de Saneamiento mediante la fiscalización de la información contenida en dicho Registro; fiscalización que podrá ser efectuada con el apoyo de la autoridad regional competente.

¹³ **Artículo 3.- Fiscalización de la actividad declarada.**

La Dirección General de Formalización Minera del Ministerio de Energía y Minas, depurará el Registro de Saneamiento mediante la fiscalización de la información contenida en dicho Registro.

La fiscalización antes mencionada podrá ser efectuada con el apoyo de la autoridad regional competente.

realidad, en el cual se fiscaliza a un supuesto pequeño productor minero, en concordancia con el artículo 17 de la Ley del SINEFA ya mencionado.

La DFSAI, primera instancia, con fecha 23 de enero de 2014, emitió la Resolución Directoral N° 071-2014OEFA/DFSAI, en el cual se sancionó al señor Yi con una multa ascendente de 498,19 UIT, por realizar actividades mineras sin contar con certificación ambiental en Puerto Inca, departamento de Huánuco. Esta resolución fue confirmada por el Tribunal de Fiscalización Ambiental mediante Resolución N° 055-2015-OEFA-TFA-SEM.

Principalmente, se señaló que el real estrato minero del señor Yi, en virtud del principio de primacía de la realidad, concordante con el artículo 17 de la Ley del SINEFA, pertenecía al estrato de mediana o gran minería, dado que existe una vinculación entre el administrado, la empresa Shuangsheng Mining Group S.A.C. (en adelante, Shuangsheng Mining) y la señora Wei Liu Luo (en adelante, señora Liu), por lo siguientes hechos:

- a. El señor Yi es Gerente General y Socio Fundador de Shuangsheng Mining.
- b. La señora Liu es Gerenta de Shuangsheng Mining y adquirió cuatro (4) maquinarias para dicha empresa y un (1) cargador frontal a título personal, lo cual advierte que tenía el mismo objetivo económico que el señor Yi.
- c. El señor Yi y la señora Liu son concubinos con un reconocimiento de unión de hecho, inscritos en la Partida N° 13026428 de la SUNARP.
- d. El señor Yi es titular de dos (2) derechos mineros denominados Shuang He Sheng Dos (en adelante, SHS 2) y Shuang He Sheng Tres (en adelante, SHS 3) que sumados comprenden 1,900 hectáreas.
- e. La señora Liu es titular de dos (2) derechos mineros denominados Shuang He Sheng Cinco (en adelante, SHS 5) y Shuang He Sheng Siete (en adelante, SHS 7), que sumados comprenden 2,000 hectáreas.
- f. Existe una vinculación entre el señor Yi y Shuangsheng Mining en tanto ambos tienen el mismo abogado.

Es decir, el OEFA analizó la real situación del administrado indagando al grupo económico al que pertenecía, y de esta manera, advirtió que no se trataba de un pequeño productor minero, sino de un mediano o gran minero por la extensión de los derechos

mineros que controlaba, en ese sentido, la competencia para poder fiscalizar y sancionar al señor Yi correspondía al OEFA.

4.2. Resolución de Consejo Directivo N° 031-2014-OEFA-CD y su declaratoria como inconstitucional mediante Sentencia de Acción Popular N° 8653-2015

Posteriormente, con fecha 5 de setiembre de 2014, se publica la Resolución de Consejo Directivo N° 031-2014-OEFA-CD, el cual aprueba las reglas jurídicas para la aplicación del artículo 17 de la Ley del SINEFA. Esta norma tenía por objeto determinar el real estrato al que pertenecen los administrados que desarrollan actividades mineras, de conformidad con lo establecido en el artículo 91 del TUO de la LGM, así como para identificar correctamente a la entidad competente para fiscalizarlos.

El ámbito de aplicación de la norma es para los administrados que incumplan una o más condiciones establecidas en el artículo 91 del TUO de la LGM para ser considerados como pequeños productores mineros o mineros artesanales, de modo que en la realidad califiquen como administrados de la mediana o gran minería.

Por ello, la resolución de consejo directivo se enfoca en los grupos económicos existentes entre los titulares mineros, considerando de manera expresa lo siguiente:

1. Constituir un grupo económico no implica, por sí mismo, un acto ilícito.
2. Calificar como grupo económico a un grupo de administrados no implica, por sí mismo, que sus actividades son de mediana o gran minería.
3. Las reglas de grupo económico detalladas en el presente artículo serán aplicadas únicamente para determinar el real estrato al que pertenecen los administrados que desarrollan actividades mineras, lo que a su vez permitirá identificar correctamente al organismo público u órgano administrativo competente para fiscalizarlos.
4. Para efectos de la presente norma, un grupo económico es aquel conjunto de personas, sean naturales o jurídicas, que si bien individualmente poseen personalidad propia, están sujetos a una fuente de control común, de modo que en realidad actúan como una sola unidad económica.
5. Para determinar la existencia de un grupo económico se tendrá en consideración, entre otros aspectos, la vinculación que existe entre sus miembros por razones contractuales, comerciales, de dependencia laboral, de parentesco, conyugales, de

concubinato o de propiedad, a fin de determinar si existe una fuente de control común.

Dicho ello, se señaló que cuando una persona (natural o jurídica) o un grupo económico lleve a cabo sus actividades mineras incumpliendo las condiciones que califican a su actividad como de pequeña minería o minería artesanal, corresponderá al OEFA desarrollar las acciones de fiscalización ambiental a que hubiere lugar, de conformidad con lo establecido en el Ley del SINEFA, y así, iniciar un procedimiento administrativo sancionador cuando obtengas indicios razonables y verificables de que un administrado desarrolla actividades de mediana o gran minería y, una vez determinado el grupo económico para verificar el real estrato minero, se determinará la infracción administrativa.

Sin embargo, se cuestionó la legalidad de esta resolución, por ello, se interpuso una Acción Popular que señalaba que la aprobación de las reglas jurídicas para la aplicación de artículo 17 de la Ley del SINEFA debería de establecerse mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministerio del Ambiente, tal como lo establece el mismo artículo. Asimismo, se exceden los alcances del artículo 17, ya que, con la resolución, se pretende regular el principio de primacía de la realidad cuando dicho principio no está reconocido en ninguna ley en materia minero ambiental, por ello sería una norma ilegal. Otro cuestionamiento es que se vulneran las competencias de los gobiernos regionales, los cuales gozan de autonomía de acuerdo con la Constitución y normas relacionadas; y, que se vulnera el derecho a la igualdad, ya que este principio de primacía de la realidad será aplicado a los pequeños productores mineros y mineros artesanales.

En este sentido, con fecha de publicación del 24 de marzo de 2017, mediante Sentencia de Acción Popular N° 8653-2015, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad de la RCD N° 031-2014-OEFA-CD por vulnerar el principio de legalidad, esto debido a que su emisión se realizó sin observar el procedimiento establecido por la ley; asimismo, es discriminatorio ya que infringe las potestades que tienen los gobiernos regionales.

4.3. Jurisprudencia del OEFA en la determinación del real estrato minero en los casos de los supuestos pequeños productores mineros y mineros artesanales

Tal como se ha venido desarrollando a lo largo del presente trabajo, las competencias ya están establecidas en las distintas normas, sin embargo, hay cierta incertidumbre con

respecto a la actuación del OEFA cuando se trata de fiscalizar a los supuestos pequeños productores mineros y mineros artesanales, aplicando el artículo 17 de la Ley del SINEFA.

Cuando la Resolución de Consejo Directivo N° 031-2014-OEFA-CD aún estaba vigente, se emitieron resoluciones en los cuales el OEFA determinó la existencia de grupos económicos a raíz de los indicios. De acuerdo con el Informe Sectorial N° 12 del Ministerio del Ambiente, estos son los procedimientos administrativos sancionadores en los que se determina el real estrato minero:

| Expediente | Resolución | Pronunciamiento |
|-------------------------|-------------------------|--|
| 476-2013-OEFA/DFSAI/PAS | 573-2015-OEFA/DFSAI/PAS | Se determinó que los señores Nora Yulisa Mendoza Jancco, Paul Mario Mendoza Quispe y la empresa Inversión Amazónico Menja E. I. R. L. conforman un grupo económico, el cual pertenece al estrato de la mediana y gran minería. Dicha resolución fue apelada. |
| 546-2013-OEFA/DFSAI/PAS | 400-2016-OEFA/DFSAI | Se declaró que David Winfred Marsano Joyce, Rosa Olga Agüero Cáceres, Minera Antamiray S. A. C. y Minera Pampas S. A. C. conforman un grupo económico, el cual pertenece al estrato de la mediana y gran minería. Dos administrados apelaron. |
| 869-2013-OEFA/DFSAI/PAS | 587-2014-OEFA/DFSAI | Se declaró que Minera Huario S. A. C. pertenece al estrato de la mediana minería. Dicha resolución fue materia de reconsideración, la cual fue declarada infundada. Esta decisión ha quedado consentida. |
| 345-2013-OEFA/DFSAI/PAS | 595-2014-OEFA/DFSAI | Se declaró la existencia de un grupo económico, el cual pertenece al estrato de mediana minería. Dicha resolución fue materia de apelación y ha sido confirmada en segunda instancia. |
| 444-2013-OEFA/DFSAI/PAS | 594-2014-OEFA/DFSAI | Se declaró la existencia de un grupo económico, el cual pertenece al estrato de mediana minería. Se archivó el procedimiento en el extremo referido a la señora Erika Muller Sohn de Añorga. Dicha resolución fue declarada consentida. |

| | | |
|-----------------------------|-------------------------|--|
| 648-2013- OEFA/DFSAI/PAS | 592-2014- OEFA/DFSAI | Se declaró que el administrado pertenece al estrato de la mediana minería. Dicha resolución fue materia de reconsideración, la cual fue declarada infundada. |
| 501-2014- OEFA/DFSAI/PAS | 596-2014- OEFA/DFSAI | Se declaró la existencia de un grupo económico, el cual pertenece al estrato de mediana y gran minería. Dicha resolución fue materia de reconsideración, la cual fue declarada improcedente. También fue materia de apelación, la cual se encuentra en trámite. |
| 505-2013- OEFA/DFSAI/PAS | 612-2014- OEFA/DFSAI | Se declaró la existencia de un grupo económico, el cual pertenece al estrato de mediana y gran minería. Dicha resolución fue declarada consentida. |
| 429-2013- OEFA/DFSAI/PAS | 617-2014- OEFA/DFSAI | Se declaró que los señores Cielo Verónica Carneiro Ponce y Jorge Enrique Guerra Rodas, así como las empresas J y R Ingenieros S. A. C., Perú Metal Trading S. A. C., Perú Metal Trading & Process S. A. C. y Perú Metal Transport S. A. C. conforman un grupo económico, el cual pertenece al estrato de mediana y gran minería. Se archivó el procedimiento en el extremo referido al señor Cristóforo Emanuele De Rosa. Dicha resolución fue materia de apelación y ha sido confirmada en parte. |

Como se puede advertir, en diferentes oportunidades, el OEFA ha determinado el real estrato minero de los administrados de los cuales fueron materia de fiscalización a partir de los grupos económicos e indicios existentes, es decir, seguía teniendo una posición respecto al real estrato minero de los administrados.

Un caso importante que se resolvió en el OEFA es el Caso de los señores Baca, la primera instancia, mediante Resolución Directoral N° 1710-2017-OEFA/DFSAI, determinó la existencia de un grupo económico y señaló que pertenecían a la mediana o gran minería, asimismo, los sancionó teniendo como base el artículo 17 de la Ley del SINEFA ya analizado.

Sin embargo, con fecha 16 de octubre de 2018, se emitió la Resolución N° 329-2018-OEFA/TFA-SMEPIM, que abarca un análisis sobre la fiscalización a un pequeño productor minero o minero artesanal a partir de la normativa vigente y de las instituciones establecidas.

El Tribunal de Fiscalización Ambiental declaró nula la Resolución Subdirectoral N° 614-2013-OEFA y la Resolución Directoral N° 1710-2017-OEFA/DFSAI, culminando con el procedimiento administrativo sancionador, asimismo, dispuso la remisión de todo lo actuado al Gobierno Regional de Madre de Dios, teniendo como cuestión controvertida determinar si OEFA es competente para fiscalizar las actividades mineras desarrolladas por los administrados, analizando lo siguiente:

- El TFA señaló que, de acuerdo con el artículo 91 del TUO de la LGM, los encargados de fiscalizar y sancionar a los pequeños productores mineros o mineros artesanales, sean acreditados o no, son los Gobiernos Regionales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y Minería Artesanal y al inciso c del artículo 58 de la Ley 27867, Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales.
- De acuerdo con el artículo 4 del Decreto Legislativo No. 1293, los pequeños productores mineros o productores mineros artesanales que se encontraban tramitando el proceso de formalización minera regulado en los Decretos Legislativos No. 1100 y 1105, y contaban con inscripción vigente en el Registro de Saneamiento o Registro Nacional de Declaraciones de Compromiso, podían seguir el procedimiento de formalización minera integral¹⁴.
- Cuando no se cumpla con los requisitos del artículo 91 del TUO de la LGM, la DGFM es competente para fiscalizar la información contenida en el Registro de Saneamiento, pudiendo cancelar las declaraciones de compromiso y excluir del proceso de formalización minera integral, conforme a lo dispuesto en el artículo

¹⁴ **Artículo 4.- Registro Integral de Formalización Minera**

4.1 Forman parte del Registro Integral de Formalización Minera:

1. Los sujetos que cuenten con inscripción vigente en el Registro de Saneamiento, a que se refiere el artículo 2 del Decreto Supremo N° 029-2014-PCM.
2. Los sujetos que formen parte del Registro Nacional de Declaraciones de Compromisos, con inscripción vigente, y que acrediten su inscripción en el Registro Único de Contribuyentes.
3. Excepcionalmente, las personas naturales que se encuentren desarrollando actividades de pequeña minería o de minería artesanal de explotación, que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo 91 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por el Decreto Supremo N° 014-92-EM, y que además realicen su actividad en una sola concesión minera, a título personal y que cuenten con inscripción en el Registro Único de Contribuyentes.

4 del Anexo N° 1 de la Resolución Ministerial N° 470-2014-MEM-DM¹⁵ y el artículo 3 del Decreto Supremo N° 029-2014-PCM¹⁶.

- En los casos de Cecilio Baca Fernandez, Maruja Baca Casas, Gregoria Casas Huamanhuillca, Yony Baca Casas, José Luis Baca Cazas, Cecilio Baca Casas y Goya E.I.R.L., la DGFM canceló las Declaraciones de Compromiso y la inscripción en el Registro Nacional de Declaraciones de Compromiso por incumplir los requisitos del artículo 91 del TUO de la LGM.
- La DGFM reestableció las Declaraciones de Compromiso y la inscripción en el Registro Nacional de Declaraciones de Compromiso de Maruja Baca Casas, Cecilio Baca Fernandez, Yony Baca Casas, Gregoria Casas Huamanhuillca, José Luis Baca Cazas, Cecilio Baca Casas y Goya E.I.R.L.
- En ese sentido, se concluyó que, en tanto se había confirmado que los administrados sí cumplían con los requisitos indicados en el artículo 91 del TUO de la LGM para ser considerados como pequeños productores mineros, por ello, el OEFA no tiene indicios razonables y verificables para ejercer su competencia, siendo competente el Gobierno Regional de Madre Dios para fiscalizar y sancionar por presuntos incumplimientos a la normativa ambiental.
- En esa misma línea, se concluyó que Marco Baca Cazas ya no era titular de derechos mineros, en tanto sus derechos y acciones habían sido transferidos a la empresa minera Marcelo's Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, la cual cuenta con inscripción vigente en el Registro Integral de Formalización Minería.

Es decir, el Tribunal de Fiscalización ambiental señaló que el OEFA no era competente para fiscalizar ni sancionar a estos supuestos pequeños productores mineros, dado que ya existía una confirmación de que los administrados sí cumplían con el artículo 91 del TUO de la LGM.

¹⁵ **Artículo 4.- Procedimiento de Cancelación de Declaraciones de Compromisos**

4.1. Conforme a lo establecido en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 029-2014-PCM, la Dirección General de Formalización Minera del Ministerio de Energía y Minas depurará el Registro de Saneamiento mediante la fiscalización de la información contenida en dicho Registro; fiscalización que podrá ser efectuada con el apoyo de la autoridad regional competente.

¹⁶ **Artículo 3.- Fiscalización de la actividad declarada.**

La Dirección General de Formalización Minera del Ministerio de Energía y Minas, depurará el Registro de Saneamiento mediante la fiscalización de la información contenida en dicho Registro.

La fiscalización antes mencionada podrá ser efectuada con el apoyo de la autoridad regional competente.

4.4. Análisis y postura personal

Durante el periodo 2011-2016, el Estado peruano desarrolló un marco normativo que tenía como finalidad la lucha contra la minería ilegal, así como la formalización minera. Para ello, se emitieron diferentes Decretos Legislativos para combatir y erradicar la minería ilegal a través del fortalecimiento de los mecanismos de formalización y fiscalización de la pequeña minería y minería artesanal.

Así, el 26 de abril de 2013 se publicó la Ley N° 30011, Ley que modifica la Ley N° 29325, en el cual dentro de sus modificaciones se encontraba el artículo 17 señalado, implementando el principio de primacía de la realidad y real estrato minero para fortalecer la fiscalización ambiental.

Por ello, la finalidad de esta nueva normativa, así como de las modificaciones, es la acción del Estado para regular y reducir la minería ilegal e informal a través de la formalización minera. Con respecto a dichas modificaciones, el Ministerio del Ambiente señaló lo siguiente¹⁷:

“4.3. IMPLEMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD Y REAL ESTRATO MINERO PARA FORTALECER LA FISCALIZACIÓN

(...)

La fiscalización ambiental realizada a los estratos de la pequeña minería y minería artesanal es competencia de los gobiernos regionales; correspondiéndole únicamente al OEFA la competencia para fiscalizar los estratos de mediana y gran minería.

No obstante, el OEFA sí puede fiscalizar a aquellos titulares mineros que incumplan los requisitos establecidos para los estratos de pequeña minería y minería artesanal. En efecto, la Ley N° 30011, cuyo proyecto fue promovido desde el Ministerio del Ambiente, modificó el artículo 17 de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental el mismo que dispone que, cuando el OEFA obtenga indicios razonables y verificables del incumplimiento de las condiciones para que determinada actividad se encuentre en el ámbito de competencias de los gobiernos regionales y, por tanto, su condición debiera corresponder al ámbito de sus competencias del OEFA, este se encontrará facultado para desarrollar las acciones de fiscalización ambiental a las que hubiere lugar”

¹⁷ Ministerio del Ambiente. La Lucha por la Legalidad en la Actividad Minera (2011-2016)

Se trata de que una norma con rango de ley que faculta al OEFA a aplicar el principio de primacía de la realidad, siempre y cuando obtenga indicios razonables y verificables para que una actividad se encuentre en el ámbito de sus competencias.

La competencia de OEFA radica en que, si no se cumplen las condiciones previstas en el artículo 91 del TUO de la Ley General de Minería, entonces la fiscalización ambiental será a cargo del OEFA, quien ejecutará estas funciones sin perjuicio de las competencias que le corresponden a los Gobiernos Regionales.

Asimismo, el artículo 14 de la Ley 27651, Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal, es claro en señalar que los Gobiernos Regionales son los encargados de fiscalizar y sancionar las actividades mineras que cumplen con las condiciones previstas en el artículo 91 del TUO de la Ley General de Minería, se encuentren o no acreditados como pequeños productores mineros o productores mineros artesanales ante la Dirección General de Minería; no obstante, si no se cumplen con estas condiciones, la fiscalización y sanción estará a cargo del OEFA, Ministerio de Trabajo y del OSINERGMIN según sus respectivas competencias.

Un punto importante en señalar es que, de acuerdo con el artículo 3 Decreto Legislativo N° 1101, de fecha 29 de febrero de 2012, que establece medidas para el fortalecimiento de la fiscalización ambiental como mecanismo de lucha contra la minería ilegal, las condiciones básicas para el ejercicio de las funciones de fiscalización ambiental, las EFA comprendidas en el presente Decreto Legislativo deberán cumplir con lo siguiente:

- a. *Identificar a los administrados sujetos a la fiscalización bajo su ámbito de competencias.*
- b. Adoptar las medidas necesarias para contar con los recursos económicos necesarios para el ejercicio de sus funciones de fiscalización ambiental.
- c. Contar con instrumentos legales, técnicos y otros requeridos para el adecuado ejercicio de sus funciones.
- d. Contar con personal capacitado en materia de fiscalización ambiental aplicable a su ámbito de competencias.

Es decir, las EFA tienen la facultad de identificar a los administrados sujetos a la fiscalización bajo sus ámbitos de competencia. Por ello, el OEFA, tiene dentro de sus facultades poder identificar qué sujetos están bajo su competencia.

Por ello, el OEFA siempre y cuando obtenga indicios razonables y verificables para determinar que una actividad está dentro de sus competencias, puede iniciar la fiscalización respectiva. Es relevante señalar que no se está transgrediendo las competencias de los Gobiernos Regionales, ya que estos siguen ejerciendo la fiscalización y sanción de aquellos productores mineros que cumplen con las condiciones para ser un pequeño productor minero y minero artesanal.

Tanto el artículo 14 de la Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y Minería Artesanal como el artículo 17 de la Ley del SINEFA, facultan al OEFA a realizar un análisis de las condiciones mediante las cuales los titulares realizan las actividades mineras, aun en el caso en que formalmente estas se encuentren en el ámbito de competencias de los Gobiernos Regionales, y aun en el caso en que cuenten con acreditación de pequeños productores mineros o productores mineros artesanales, cuando tenga indicios razonables y verificables de que la actividad minera debiera encontrarse dentro del ámbito de competencias del OEFA.

Como finalidad de esta facultad, el OEFA puede ver que hay titulares mineros que formalmente son considerados pequeños productores mineros o productores mineros artesanales por cumplir con las condiciones del TUO de la LGM de manera individual, pero que en la realidad y los hechos pertenecen a un grupo económico o controlen efectivamente otros derechos mineros, de tal manera que incumplan las condiciones TUO de la LGM para ser considerados como pequeños productores mineros o productores mineros artesanales.

Es importante tener en cuenta por qué los administrados optan para ser considerados como pequeños productores mineros o productores mineros artesanales, esto radica en que estos administrados puedan tener algunas ventajas como en los costos en materia ambiental. Por ejemplo, el hecho de que la actividad minera pueda ser ejercido sin contar con certificación ambiental por un tiempo. A los administrados que se encuentran en el proceso de formalización minera, pueden evadir la fiscalización ambiental por parte del OEFA, ya que los gobiernos regionales son responsables de ello. De acuerdo con el Informe de 2013 de Fiscalización Ambiental a la Pequeña Minería y Minería Artesanal, el OEFA ha señalado lo siguiente:

Actualmente, la situación es crítica. Los indicadores demuestran que las funciones de fiscalización ambiental realizadas a la pequeña minería y minería artesanal durante el

2013 han sido desarrolladas de manera deficiente. Esto se debe principalmente al desconocimiento, por parte de la mayoría de los funcionarios y servidores públicos de los gobiernos regionales, de la normativa y los procedimientos técnicos y legales referidos a la fiscalización ambiental minera. Se observa que, por ejemplo, la mayoría de las entidades supervisadas no inician procedimientos sancionadores a los administrados que incumplen sus obligaciones ambientales (OEFA 2013: 9).

De lo señalado por el OEFA, los gobiernos regionales no han tenido buenos resultados en materia de fiscalización ambiental, por ello, para aprovechar de esta situación, los administrados prefieren que su actividad sea competencia de los gobiernos regionales.

Así, hay casos en los cuales los titulares mineros pertenecían al estrato de pequeño productor minero o minero artesanal de manera formal, sin embargo, en la realidad, no cumplían con las condiciones para ser considerados como tales, ya que pertenecían a un grupo económico o mantenían el control efectivo de otros pequeños productores mineros o productores mineros artesanales, por lo tanto, la realidad no plasmaba lo que se había señalado formalmente.

Con la finalidad de terminar el real estrato minero de los administrados, lo que hace el OEFA es aplicar el llamado principio de primacía de la realidad, lo cual podríamos entender de la siguiente manera:

“El principio de primacía de la realidad es un principio propio del Derecho Laboral, que parte del rol protector del Estado frente al desequilibrio aparente de las relaciones laborales. No obstante, dicho principio no es privativo del Derecho Laboral, sino de todo el ordenamiento jurídico, en tanto tiene su origen remoto en el ideal de justicia que se fundamenta en la equidad de las partes, fundando el privilegio de la verdad real sobre la verdad formal” (Lora – Ávalos 2009: 150).

Pla Rodríguez señala que *“el principio de primacía de la realidad se determina en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, por lo que debe darse preferencia a lo primero, esto es, a lo que sucede en el terreno de los hechos”* (1978: 243).

En tal sentido, se privilegia lo que acontece efectivamente sobre lo que los sujetos dicen que discurren; es decir, primarán los hechos fácticamente comprobados sobre lo dicho por las partes y documentos suscritos por los mismos. Dicho principio excluye su aplicación sobre la base de presunciones o ficciones jurídicas (Arbulú 2005: 233).

El Artículo 17° de la Ley del SINEFA reconoce la aplicación del principio de primacía de la realidad, lo cual implica determinar la verdadera naturaleza de las actividades y relaciones económicas, teniendo en consideración las situaciones que en la realidad se desarrollen o establezcan, más allá del aspecto formal jurídicamente exteriorizado, con la finalidad de verificar el real estrato del titular de la actividad minera (Resolución Directoral N° 071-2014-OEFA-DFSAI 2014: 7).

En el derecho administrativo no se encuentra establecido el principio de primacía de la realidad, sino la Ley del Procedimiento Administrativo General (actual TUO de la LPAG) consagra los principios a aplicar dentro de los procedimientos administrativos. No obstante, como ya se ha señalado anteriormente, este principio está dentro del ordenamiento jurídico y puede aplicarse de manera extensiva a otras áreas del derecho. Sin embargo, el principio relacionado a este es el de **verdad material**, el cual está consagrado como un principio del derecho administrativo y es aplicado en los procedimientos administrativos sancionadores.

De manera independiente de la denominación de los principios, resulta oportuno señalar que el principio de primacía de la realidad (como ya se ha explicado) hace referencia a la necesidad de comprobar el real escenario de un hecho jurídico a efectos de aplicar la consecuencia que la ley ha establecido. Por ello, considero que en el derecho administrativo la aplicación de este principio, sería más relacionado al principio de verdad material, principio que tiene como objetivo llegar a la verdad en base a hechos, pruebas e indicios, tomando en cuenta los hechos plasmados en la realidad y no estrictamente en los documentos o muestras formales, el cual está definido en el derecho administrativo.

Por esta razón, el OEFA, el OEFA sí tiene competencia para analizar a los supuestos pequeños productores mineros o mineros artesanales, siempre y cuando tenga indicios razonables y verificables de que las condiciones no estén siendo cumplidas.

5. Conclusiones

Las conclusiones que pueden derivarse del presente trabajo son las siguientes:

- a. Para la consecución de sus fines, el Estado peruano ha adoptado la estructura sobre la base del principio de separación de poderes. Así, las Administraciones Públicas se instituyen y se ordenan con funciones y atribuciones concretas, buscando la satisfacción del interés público de manera organizada. Se trata de una estructuración instrumental para garantizar la eficacia y la eficiencia en sus actuaciones, así como el respeto de la legalidad y la promoción de la buena administración.
- b. La descentralización es positiva en cuanto a la actuación de los distintos niveles del gobierno, dado a que el desenvolvimiento es más eficaz y contribuye a mejorar la calidad de vida de las personas y a lograr un desarrollo sostenible en el país, en aras de asegurar el respeto de los derechos vinculados a la protección del ambiente.
- c. Para poder cumplir con los fines del Estado en materia ambiental de manera eficiente, las competencias del OEFA y de los gobiernos regionales son determinadas para que se actúe de manera coordinada sin dejar de lado las políticas nacionales. Lo que se busca promover es el desarrollo del país sin dejar de lado el desarrollo sostenible, tomando en cuenta el aspecto social, ambiental y económico. En cuanto al aspecto ambiental, fortaleciendo el principio de prevención, para así evitar daños al ambiente o a la salud pública.
El OEFA tiene la competencia para la mediana y gran minería, mientras que los gobiernos regionales tienen competencia para la fiscalización de la pequeña minería y minería artesanal.
- d. De acuerdo con el artículo 17 de la Ley del SINEFA, el OEFA siempre y cuando obtenga indicios razonables y verificables para determinar que una actividad está dentro de sus competencias, puede iniciar la fiscalización respectiva. Es relevante señalar que no se está transgrediendo las competencias de los Gobiernos Regionales, ya que estos siguen ejerciendo la fiscalización y sanción de aquellos productores mineros que cumplen con las condiciones para ser de su competencia.
- e. El OEFA sí tiene competencia para aplicar el artículo 17 mencionado, ya que no se puede dejar de lado que existen ciertos administrados que forman parte de grupos económicos y tienen control sobre otras concesiones mineras para ocultar

su real estrato minero, haciéndose pasar por pequeños productores mineros y mostrándose así formalmente, pero que en la realidad el estrato minero es otro. Con la lectura del artículo 14 de la Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y Minería Artesana, OEFA está facultado para fiscalizar a los supuestos pequeños productores mineros o mineros artesanales siempre y cuando existan indicios de que son parte de su competencia, a pesar de que alguna autoridad los señale formalmente como pequeños productores mineros.



6. Bibliografía

- ARBULÚ ALVA, Luis
2005 “La Consideración y Aplicación de Principio de Primacía de la Realidad en el procedimiento de Inspección de Trabajo.” *Revista Derecho y Sociedad*. Lima, N° 24, 2005. Pp. 230-239
- LORA ÁLVAREZ, Germán y ÁVALOS RODRÍGUEZ, Brian
2009 “Del dicho al hecho: límites a la aplicación del principio de primacía de la realidad por parte de la Autoridad Administrativa del Trabajo”. *Revista Ius Et Veritas*. Lima, N° 38, pp. 156-168
- MARTÍN TIRADO, Richard.
2003 “Descentralización y desconcentración administrativa: Análisis del proceso de selección de los directores regionales sectoriales en el marco de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y su norma modificatoria”. En: *Derecho y Sociedad*, no. 20, 2003.
- OEFA
2013 Informe 2013 de Fiscalización Ambiental a la Pequeña Minería y Minería Artesanal
https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=8368
- OEFA
2016 Guía para la fiscalización ambiental a la pequeña minería y minería artesanal.
<http://www.oefa.gob.pe/wp-content/uploads/2016/08/Gu%C3%ADa-para-la-fiscalizaci%C3%B3n-ambiental-a-la-PM-y-MA-FINAL-11.08.16.pdf>
- OEFA
2015 Manual de Competencias de Fiscalización Ambiental para Gobiernos Regionales.
<http://www.oefa.gob.pe/wp-content/uploads/2016/08/Gu%C3%ADa-para-la-fiscalizaci%C3%B3n-ambiental-a-la-PM-y-MA-FINAL-11.08.16.pdf>

MINISTERIO DEL AMBIENTE

2016 La lucha por la legalidad en la actividad minera (2011-2016). Avances concretos y retos para enfrentar la problemática de la minería ilegal y lograr la formalización de los operadores mineros. Informes sectoriales. Lima. MINAM, pp. 120-125. Consulta: 5 de junio de 2019.

<http://www.minam.gob.pe/informessectoriales/wp-content/uploads/sites/112/2016/02/12-La-lucha-por-la-legalidad-en-la-actividad-minera.pdf>

MABEL IVANEGA, Miriam.

2004 “Los principios de la organización administrativa”. En: Documentación Administrativa, no. 267-268 (septiembre 2003-abril 2004).

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo

1978 *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Desalma

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel.

2015 Derecho Administrativo. Parte General. Undécima Edición. Madrid: Tecnos, 2015.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel.

1992 “La coordinación administrativa como concepto jurídico”. En: Documentación Administrativa, no. 230-231 (abril-septiembre 1992).

Sentencia citada por GUILLÓ SÁNCHEZ-GALIANO,

1992 Amparo y Diego CÓRDOBA CASTROVERDE. “Principio de coordinación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: Documentación Administrativa, no. 230-231 (abril-septiembre 1992).