Temas de derecho penal económico: empresa y *compliance*
Anuario de Derecho Penal 2013-2014

El delito de minería ilegal: principales aspectos sustantivos sobre el tipo base y sus agravantes

Daniel Osarim Huamán Castellares

Sumario: **I.** Preliminares. **II.** El delito de minería ilegal. **A.** El objeto de protección. **B.** La conducta típica. **1.** El acto minero. **2.** La autorización administrativa. **3.** El daño, potencial o efectivo, al medioambiente. **C.** Propuesta de reforma: creación del delito de tráfico de minerales ilegales. **III.** Las formas agravadas. **A.** La realización de la actividad en zonas prohibidas para la actividad minera. **B.** En áreas naturales protegidas o en tierras de comunidades nativas, campesinas e indígenas. **1.** Las áreas naturales protegidas. **2.** Tierras de comunidades campesinas, nativas e indígenas. **C.** Utilizando dragas, artefactos u otros similares. **D.** Utilización de instrumentos u objetos capaces de poner en peligro la vida, la salud o el patrimonio de las personas. **E.** Si se afectan sistemas de irrigación o aguas destinadas al consumo humano. **F.** Aprovechamiento de la condición de funcionario público o servidor público. **G.** Empleo de menores o inimputables para la comisión de este ilícito. **IV.** Delitos conexos. **A.** El financiamiento de la minería ilegal. **B.** La obstaculización de la autoridad administrativa. **C.** El tráfico de insumos y maquinarias para la minería ilegal. **V.** Conclusiones.

I. Preliminares

En nuestro país, la minería ilegal siempre ha existido, incluso en lugares como Madre de Dios, donde eran célebres los famosos lavaderos de oro de dicha región. De igual manera, también es conocida la actividad minera realizada en la sierra por distintos comuneros desde hace ya mucho tiempo, en lugares como Pasco, Junín, Huancavelica o Cajamarca. Esta actividad no cobraba la importancia que actualmente tiene por un solo factor: el precio del mineral, sobre todo del oro.

La repentina subida del precio de los minerales en la última década conllevó al desarrollo de grandes proyectos mineros formales, los cuales tienen su sustento en el alto precio de los minerales, hecho que justifica la inversión a realizar. Tal como es de conocimiento público, la realización de la actividad minera no resulta gratuita y mucho menos barata, sino que es realmente cara. Esta actividad siempre genera un impacto en el medioambiente y precisa de adoptar medidas para que el impacto generado pueda ser eliminado, atenuado o compensado. De ahí que la realización de esta actividad requiera de un capital elevado, a efectos de cumplir con las obligaciones ambientales que se derivan del mismo. Por ello, en un contexto de subida del precio de los minerales, se justifica realizar actividad minera, pues el precio final del mineral podrá abarcar el costo de prevención y remediación ambiental.

La extracción en sí misma del mineral no es una actividad muy cara, sobre todo si se trata de minería aluvial. Sin embargo, los costos de extracción no son los únicos costos que se han de pagar para obtener el mineral, también están los salarios y el costo de seguridad de los trabajadores que extraen el mineral y realizan la actividad de beneficio; los costos de los impactos ambientales generados por la exploración, la explotación y el beneficio; el pago de los tributos como las regalías y el canon; entre otros costos que tienen que ser cubiertos por el minero.

En un contexto en el cual el precio del mineral es alto y la capacidad estatal de fiscalización y aplicación de sanciones ambientales, laborales y penales es muy baja, se tiene las condiciones necesarias para que —a la par con la minería formal— se dé una expansión de la actividad minera ilegal. Esta actividad, a diferencia de la minería regulada, solo tiene en consideración los costos asociados a la extracción del mineral y al beneficio, dejando de lado los otros costos, fundamentalmente aquellos que derivan de las obligaciones ambientales propias de la actividad minera.

Por esta razón, la minería ilegal es uno de los fenómenos delictivos que ha cobrado mayor trascendencia en nuestro país y América Latina en la actualidad[1]. De todos los posibles problemas delictivos asociados, a los que se debe esta notoriedad (trata de personas, lavado de activos, evasión de impuestos, entre

1 Véase Varios autores, 2014, *passim*.

otras), el que más atención del público ha llamado es la intensa afectación al medioambiente, la cual es notoria en lugares como Madre de Dios[2] o Cajamarca. Tal cómo ahondaremos en el presente artículo, la minería ilegal tiene un alto costo ambiental, fundamentalmente cuando se trata de minería aluvial, dado que la extracción del mineral se realiza sin ningún respeto por los estándares de calidad ambiental, causando un gran impacto en el medioambiente. Asimismo, dicha actividad agudiza otros problemas ambientales, entre los cuales destaca el cambio climático[3], los que en su conjunto justificaron la creación de un tipo penal independiente como es el delito de minería ilegal.

En el Perú, afortunadamente, el fenómeno —entendido en las proporciones que desde hace unos pocos años no tenía, así como su rápido crecimiento— ha despertado un gran interés de parte del Estado por erradicarlo. Este interés se ha concretado en acciones y normas cuyo objetivo final es la interdicción y erradicación de la minería ilegal, lo cual resulta loable si se tiene en cuenta las consecuencias múltiples de esta actividad ilícita[4].

La problemática ha sido afrontada desde distintos sectores del derecho. Especialmente desde del derecho sancionador —tanto administrativo como penal— dado que el principal énfasis ha sido el establecimiento de una serie de medidas dictadas con la intención de erradicar este fenómeno. De la mano con la creación de normativa especial sobre la materia, también se han creado diversas estrategias y realizado varias acciones concretas, las cuales están destinadas a asegurar el cumplimiento de estas normas, como la designación de un «alto comisionado para la interdicción y formalización de la minería ilegal de la presidencia del Consejo de Ministros».

Desde el ámbito penal, hemos visto el surgimiento de nuevos tipos penales, emitidos al amparo del DLeg. 1102, tales como el delito de minería ilegal, del financiamiento a la minería ilegal, el tráfico de insumos químicos y maquinarias destinados a la minería ilegal, entre otros. La inclusión de estas normas en el CP

2 Ídem.

3 Existe una relación directa entre el fenómeno del cambio climático y el fenómeno de la minería ilegal, sobre todo la aluvial. Uno de los principales medios de protección de este fenómeno es la existencia de bosques, los cuales absorben mucho del CO2 emanado por las distintas actividades humanas. El CO2 es de vital importancia, pues es uno de los gases causantes del efecto invernadero, el cual ocasiona directamente el cambio climático. Los mineros ilegales, fundamentalmente aquellos que realizan su actividad en zonas aluviales de la selva, son los que mayor daño causan al medioambiente; pues no solo contaminan los ríos, sino que deforestan los bosques que se encuentran en las laderas de estos, lo que evidentemente reduce el porcentaje de CO2 capturado.

4 Un breve pero esclarecedor análisis de las medidas adoptadas por el Estado sobre este punto puede verse en Ipenza Peralta, 2012, *passim*.

demuestra la importancia que este problema presenta en nuestra realidad nacional. Sin embargo, las mismas resultan insuficientes para combatir el problema.

El objeto de nuestra contribución es la interpretación jurídico-penal de la actual normativa penal, desde una perspectiva exclusivamente sustantiva, del delito de minería ilegal, las peculiaridades de su tipo base y de sus formas agravadas. Para ello, en primer lugar, analizaremos el objeto de protección de este delito, el cual se encuentra intrínsecamente unido a la protección penal del medioambiente. Luego, teniendo como punto de partida a las conclusiones a las cuáles lleguemos en la anterior sección, determinaremos cuáles son los elementos normativos necesarios para consumar esta acción. Sobre la base de las anteriores partes, analizaremos si la actual legislación es suficiente o no, de cara a la proscripción de esta actividad. Desde ya adelantamos que no consideramos que el actual sistema de protección sea suficiente, sino que —por el contrario— debería ser modificado para incorporar el delito de tráfico ilegal de minerales ilegales, el cual sancione todas aquellas actividades posteriores a extracción del mineral hasta su comercialización.

En segundo lugar, analizaremos las agravantes existentes en torno a este delito, poniendo un especial énfasis tanto en la primera como en la segunda. Ambas son más complicadas de interpretar desde una perspectiva jurídica penal, dado que contienen elementos normativos que se encuentra definidos en normatividad administrativa ambiental. Si bien es un punto importante la relación entre la norma administrativa y la ambiental, por razones de espacio no podremos desarrollarla, lo que nos obliga directamente a dar nuestro concepto de accesoriedad a efectos de interpretar los elementos normativos de estas agravantes[5].

Finalmente, nos avocaremos a la interpretación de los tres delitos conexos a la minería ilegal. Antes de comenzar el análisis, volveremos a incidir en la finalidad de la legislación penal sobre minería ilegal, la cual nos ayudará a interpretar de forma correcta estos tipos penales, los cuales se entienden solo como un complemento en el programa penal de proscripción de esta actividad.

II. El delito de minería ilegal

A. El objeto de protección

Las normas jurídicas —vistas en relación con el objeto de protección— no son más que instrumentos a través de los cuales la sociedad desea que las personas realicen, o se abstengan de realizar, una acción determinada[6]. El objeto de

5 Un excelente trabajo sobre esta relación en el ámbito del derecho penal ambiental y la accesoriedad administrativa puede verse en Frisch, 1993, *passim*. Asimismo, en el ámbito español, véase De la Mata Barranco, 1996, *passim*.

6 Sobre este dilema, véase Silva Sánchez, 2003, pp. 15-39.

protección constituye la esencia misma de una norma penal, pues él fija los contornos de la interpretación que se realizará al tipo[7]. Por ejemplo, en el delito de conducción en estado de ebriedad, el objeto de protección es la seguridad vial o la seguridad en el tráfico, lo que delimita el ámbito objetivo de acciones que pueden ser consideradas como afectaciones o puestas en peligro de este objeto de protección y, por tanto, subsumibles en el mencionado tipo penal. Es por ello que acciones como la conducción en estado de ebriedad en una zona absolutamente desértica, no pueden generar una acción sancionable, porque la acción no afectó de modo alguno la seguridad en el tráfico, ni la puso en peligro. Asimismo, por un fundamento similar, tampoco sería sancionable el conducir en estado de ebriedad al interior de un circuito de carreras que pertenezca al conductor, pues en este caso tampoco se pone en peligro a un tercero, sino que la persona mantiene el riesgo dentro de su esfera de competencias.

El objeto de protección del delito de minería ilegal es, a nuestro entender y sobre la base de una interpretación sistemática de la norma, el medioambiente. El legislador ha creado este tipo para reprimir las acciones mineras no autorizadas, que afectarán al medioambiente o a sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental. Por muy discutible que sea este objeto de protección (en términos de su definición), es el que ha adoptado el legislador peruano, el cual podemos apreciar que tiene mucha similitud con el tipo penal de contaminación ambiental.

En el plano estricto de la dogmática, no es posible una interpretación alternativa del tipo penal, pues la técnica de tipificación y los elementos del tipo no dejan duda que el objeto de protección es el medioambiente. Distinto hubiera sido el supuesto si no se lo hubiera considerado dentro del capítulo de delitos contra el medioambiente o si la técnica de tipificación hubiera sido distinta y se lo hubiere tipificado como un delito de peligro abstracto.

La presente afirmación puede ser comprobada si es que observa atentamente la distinción entre un minero informal y uno ilegal. La minería, en sí misma, es una actividad económica lícita y es permitida siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico. El incumplimiento de estos requisitos impide a la persona el inicio o la continuación de un acto minero. Si la persona, en contravención con la normativa vigente, inicia o continúa

7 Es necesario precisar que existe una sutil distinción entre el objeto de protección delimitado por la norma penal y las expectativas normativas que emanan de ella. La norma penal, en términos de Luhmann, es la «expectativa de conducta que se estabiliza inclusive en contra de los hechos "contrafácticamente"» (2005, p. 191). La interacción social solo es posible cuando existen expectativas, de ahí que su estabilización es menester de todo el ordenamiento jurídico, pero —en caso de defraudaciones a expectativas que definen a una sociedad— compete solo al derecho penal (cfr. Lesch, 1999b, p. 11 y ss.).

con la actividad minera, realiza una actividad estrictamente informal. Este fenómeno es abarcado ya por el derecho administrativo, el cual prevé una serie de sanciones para la persona que realice esta conducta. Lo que torna en ilegal la conducta y a nuestro entender difiere de las consideraciones hechas por un sector de la doctrina[8] es el daño efectivo, o potencialidad de causación, del acto minero en el ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental; no su realización en zonas prohibidas o utilizando instrumentos pesados como dragas.

De esta forma, consideramos que el género al que pertenecen todos aquellos mineros que realizan la actividad, sin contar con la autorización administrativa, es el de los mineros informales. De este género existen dos grupos, diferenciados por el daño causado por su actividad: a) los mineros informales en sentido estricto, quienes con su actividad no generan un daño al medioambiente, ni se encuentran en potencialidad de generarlo, sino tan solo realizan su actividad sin contar con la autorización correspondiente; y b) los mineros ilegales, quienes con su accionar ocasionan o pueden generar un daño ambiental. Asimismo, cabría una distinción entre los mineros ilegales: entre aquellos que realizan una conducta simple y los que realizan una conducta agravada.

Finalmente, como clara evidencia de que el objeto de protección es el medioambiente y no la proscripción de la actividad en sí misma, el legislador ha ubicado a este delito y a los delitos conexos a él en el título XIII del libro segundo del CP, específicamente dentro del capítulo de los delitos de contaminación. Con ello, queda claro que el objeto de protección de estos delitos debe estar íntimamente vinculado a la proscripción de la contaminación ambiental y no de la minería ilegal en sí misma. No obstante ello, pareciera que la vigente regulación se encuentra orientada a la interdicción de la minería ilegal, como si dicho acto fuera un fin en sí mismo, perdiendo de vista el real horizonte: la evitación de actos de contaminación.

B. La conducta típica

Tal como lo señaláramos, el delito de minería ilegal se encuentra intrínsecamente vinculado a la contaminación ambiental, de ahí la relación con su estructura típica. El tipo base tiene tres elementos normativos centrales que lo conforman: a) la

8 Ipenza Peralta (2012, pp. 31-35) realiza una descripción de la distinción entre la minería ilegal y la minería informal, sobre la base de los decretos legislativos emitidos para luchar contra la minería ilegal. Aunque no lo señala expresamente, da a entender que —sobre la base del DLeg. 1105— el ilegal es quien realiza su actividad en zonas prohibidas, mientras que el informal la realizaría en zonas no permitidas.

realización de un acto minero; b) el no contar con la autorización de la entidad administrativa; y c) el daño potencial o efectivo al medioambiente.

1. El acto minero

El acto minero, en sentido amplio, puede ser definido como toda acción dirigida a la obtención final de un mineral. El tipo penal, acertadamente, no delimita cual es el espectro de actos mineros que son punibles, sino que establece un catálogo semiabierto de actividades donde puede concretarse. Es el caso de la exploración, la extracción y la explotación. Asimismo, por eso el carácter de semiabierto establece que es posible la inclusión de otros actos similares. Dicha expresión debe ser interpretada en función al fin último de la actividad minera: la obtención de un mineral en un estado que pueda ser comercializado.

Un aspecto problemático que es necesario tener en consideración, sobre todo de cara a la interpretación del tipo penal, es la aparente ausencia de tipificación de los actos de beneficio. La norma penal, expresamente, no señala que estos actos sean reprimidos. Al respecto, existen dos posibilidades de incluirlos en el ámbito objetivo de conductas reprimidas: la primera es considerar que están incluidos dentro del término «u otros actos similares»; o considerar que sean incluidos dentro de la explotación, dando una interpretación extensiva a este término.

La acción minera se distingue de las otras actividades extractivas porque se dirige a la obtención de minerales. Acertadamente, la normativa penal establece esta finalidad última al señalar que estas actividades tienen como objeto la obtención de recursos minerales. Con esta delimitación evita que se pueda confundir con otros recursos naturales también valiosos, pero —por razones técnicas— mucho más difíciles de extraer, como es el caso de los hidrocarburos.

Finalmente, la norma señala de forma adecuada que son abarcados todos los tipos de minerales, tanto los metálicos (oro, plata, zinc, cobre, entre otros) como los no metálicos (azufre, yodo, litio, sal, entre otros). Es necesario resaltar que este elemento normativo debe ser leído en concordancia con el perjuicio típico, pues no necesariamente la extracción de alguno de los minerales antes mencionados puede implicar una puesta en peligro al medioambiente o sus componentes.

2. La autorización administrativa

La actividad minera siempre realiza una modificación en el medioambiente, lo que conlleva un gran riesgo de contaminación ambiental. Actividades que parecerían inocuas, como un acto de exploración, son en realidad susceptibles de ser contaminadoras, como es el caso de una exploración que pusiera en contacto

un cuerpo de agua con un determinado mineral, produciendo como consecuencia de ello un ácido.

Para atenuar este riesgo ambiental, la administración requiere al productor una serie de condiciones para autorizar un acto minero. Las condiciones varían en función del tipo de actividad minera que se desee realizar, no son los mismos requisitos los solicitados a quien realiza minería artesanal o pequeña, que aquellos que son solicitados a quien realiza mediana y gran minería; y el acto minero en concreto. La razón de dicha distinción radica en la potencial afectación al medioambiente por parte de la actividad minera, pues se considera que las actividades menores son menos dañinas. Si bien dicho enfoque es casi siempre correcto un enfoque de real protección al medioambiente debería tener en consideración el daño potencial al medioambiente y no al nivel de la actividad desplegada por la persona.

En un esquema sectorial como el nuestro, la actividad minera requiere de autorización del Ministerio de Energía y Minas para poder operar formalmente. Sin embargo, no solo requiere permisos y autorizaciones de dicha entidad, sino que —en función de la actividad y el sector involucrado— puede requerir autorizaciones de otros sectores, como es el caso del Ministerio de Transportes y Comunicaciones o el Ministerio de Agricultura o de entidades adscritas. Tal como puede apreciarse, son una serie de requisitos los que una persona ha de cumplir antes de efectuar el acto minero.

Ahondando en el debate que se puede formar en torno a este elemento normativo, pensemos en el caso de las actividades no autorizadas a personas autorizadas. Por ejemplo, una empresa minera formal realiza un acto de extracción en lugares donde no contaba autorización; una empresa que realiza una actividad de exploración, pero que no contaba con un plan de cierre. Desde nuestro de vista, solo podrían ser considerados actos de minería ilegal si es que estas actividades causan o pudieron causar un daño al medioambiente, no por la mera realización de una actividad. Lo sancionado no es la actividad en sí misma, sino la afectación al medioambiente.

Mucho más polémico sería el caso donde el funcionario público hubiera emitido un acto administrativo que autorizase la actividad; pero que, por diversas razones, dicho acto fuera nulo. Al respecto, la satisfacción de este elemento del tipo, a nuestro entender, dependerá de la intervención del administrado en la decisión de la administración. Si el primero es el causante de una nulidad —por un acto de corrupción, por ejemplo—, entonces se debería considerar que su actividad es nula. Si el acto no depende de una acción realizada por el administrado, escapa a su esfera de competencias y depende solo de un factor de nulidad imputable a la administración, entonces no se debe considerar que su acción configura este elemento del tipo.

El último aspecto abordado nos da pie a un debate muy actual en torno a este delito: la declaración de compromisos. Si este documento tiene o no el valor de una autorización administrativa y que, por tanto, permitiría operar al minero ilegal. Somos de la opinión categórica de que este acto no puede ser considerado como una autorización para operar. La única autorización válida para ello es el permiso de inicio de operaciones, el cual autoriza el comienzo de la actividad minera. La declaración de compromisos solo es un documento que da fe de la voluntad del administrado de formalizar su actividad, mas no es un documento que lo autorice a realizarla.

Se sostiene que la existencia de un minero en el marco de un proceso de formalización impediría su interdicción; sin embargo, ello no es preciso. Una interdicción penal es un acto de proscripción de una actividad delictiva; por ejemplo, la interdicción de una planta de procesamiento de cocaína o la intervención de un local donde se explota sexualmente a menores de edad. En el caso de la interdicción en minería ilegal, el objeto de la misma es que se evite la continuación de una actividad que afecta al medioambiente. Por ende, si el minero realiza un acto de minería que afecte al medioambiente, pese a tener una declaración de compromisos, será susceptible de ser responsabilizado penalmente.

3. El daño, potencial o efectivo, al medioambiente

El tercer elemento en este delito es que la acción de minería ilegal afecte o pueda causar un perjuicio, alteración o daño al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental. Se trata de un delito de peligro concreto o de resultado, según el nivel de consumación de la acción. Para que esta se produzca, tan solo basta que el acto minero no autorizado pueda afectar potencialmente a uno de los elementos antes dicho. No es necesario que se produzca el resultado, la sola acción peligrosa (comprobable *ex post*) es suficiente para la consumación.

Según la norma, el objeto sobre el que recae la acción peligrosa es el medioambiente o sus componentes, la calidad ambiental y la salud ambiental. Por medioambiente o sus componentes, se entenderá al conjunto de elementos que conforman un ecosistema determinado, cuya normalidad se ve alterada por la acción, la misma que no necesariamente se encuentra vinculada a una acción de contaminación ambiental, sino que puede implicar una afectación a un paisaje, por ejemplo. La calidad ambiental es mucho más específica, pues hace referencia a la fijación de un estándar de presencia de un agente contaminante en un determinado cuerpo, por lo que presupone que el Estado ha normativizado cuál es la presencia máxima del contaminante.

En este caso, claramente, la referencia al efecto contaminante de la acción ambiental resulta más que evidente. Finalmente, el último elemento previsto (salud ambiental) es el que resulta de más difícil interpretación. La salud es el estado de bienestar físico y psicológico que tiene una persona, sea de forma individual o colectiva. Ateniéndonos a una interpretación sistemática de la salud, podemos entender que la misma solo ha sido restringida a las personas naturales, por lo que la salud ambiental deberá ser entendida como el conjunto de condiciones necesarias para que una población pueda vivir sin que su estado de bienestar sea alterado.

La actual norma, siguiendo lo establecido en el delito de contaminación ambiental, considera que el daño ambiental se pueda concretar en los tres elementos antes descritos. Desde nuestra perspectiva, teniendo en consideración que el medioambiente es el objeto de protección, hubiera sido suficiente que se considere que el daño ambiental se sintetice en el medioambiente o sus elementos. Las otras dos formas de concreción —vale decir, la calidad ambiental o la salud ambiental— pudieron considerarse como formas agravadas de daño ambiental. Asimismo, implícitamente, pueden entenderse como formas de afectación al medioambiente y a sus elementos, por lo que bastaría el primer elemento para hacer efectivo este delito.

C. Propuesta de reforma: creación del delito de tráfico de minerales ilegales

Si el problema de fondo que se desea atacar es la contaminación ambiental producida por los actos de minería ilegal y no la minería ilegal en sí misma, entonces podemos llegar a la conclusión de que la legislación actual en torno a la minería ilegal resulta claramente insuficiente. Existe un gran sector que no ha sido incluido en esta legislación, cuya actuación es esencialmente tan importante como la obtención final del mineral. Nos referimos al conjunto de personas que realizan actos de tráfico (activo o pasivo) del mineral ilegal, quienes finalmente gozan de una absoluta impunidad en esta materia.

La actual legislación sobre minería ilegal, emitida en el contexto del DLeg. 1102, tiene como objetivo final la proscripción de la minería ilegal en sí misma. Por ello, sancionan las acciones conexas que estimulan la generación de minerales ilegales, como son el financiamiento de la minería ilegal o el tráfico de insumos químicos y maquinaria para la minería ilegal. En el primer caso, el objeto del delito es sancionar el traslado de activos a favor de mineros ilegales, para que —de esta forma— se reduzca su capacidad productiva. En el segundo caso del tráfico de insumos químicos y maquinaria, destinados a la minería ilegal, también se busca reducir la capacidad productiva de los mineros ilegales al reducir los elementos necesarios que necesitan para realizar con normalidad su actividad ilegal.

Las medidas adoptadas son loables, pero solo son la mitad de un conjunto de medidas que se debieron adoptar para asegurar la protección penal del ambiente. La razón que, probablemente, ha conllevado a esta visión, es la idea de que la desaparición de los actos de minería ilegal traerá consigo el cese de la contaminación ambiental. La mencionada razón es válida; pues efectivamente, si la minería ilegal desapareciera, entonces uno de los grandes actos de contaminación cesaría. Sin embargo, la minería ilegal no va a desaparecer mientras tenga un mercado que adquiera los minerales ilegales y existan personas que realicen actos de tráfico con el mineral ilegal.

Existe una diferencia entre el mineral obtenido de forma legal y aquel que ha sido ingresado de forma ilegal: la carga ambiental. Mientras que, en el primer caso, el minero legal tiene una serie de costos asociados a la protección del medioambiente, tales como el establecimiento de medidas de protección y de remediación ambiental, políticas de cumplimiento de los instrumentos de la gestión ambiental (LMP y ECA), entre otros; en el segundo caso, el acto minero ilegal no solo se realiza cumpliendo la licencia social, ambiental o administrativa, sino que por el contrario se produce por los elementos necesarios para la realización del acto ilegal, mas no se invierte en los costos legales para llevarla a cabo. En buena cuenta, se convierte en una actividad donde la rentabilidad, por el precio del mineral, es sumamente alta y los costos de producción son bajos, no por la eficiencia de la actividad ilegal, sino porque estos costos han sido trasladados hacia la población en general.

De ahí que la única propuesta razonable sería que no solo se proscriba a un sector de la cadena del mineral ilegal, que es la producción; sino que se sanciones a quienes realicen cualquier acto de promoción del tráfico del mineral ilegal, lo que se concreta en actividades como: el transporte del mineral ilegal, la venta del mismo, la compra del mineral, entre otros supuestos de la cadena de distribución del mineral ya producido.

Nuestra legislación penal sanciona al acto de receptación en el artículo 194 del CP, el cual consiste en sancionar a quienes adquieran, reciban en donación o prenda o guarden, escondan, vendan o ayuden a negociar un bien cuya procedencia delictuosa conocían. La sanción prevista por este acto es no menor de uno ni mayor de cuatro años. Podría entenderse que el tráfico de minerales ilegales podría encontrarse previsto en este artículo; sin embargo, dicha observación solo sería parcialmente correcta. En primer lugar, si se considerara que el mineral extraído es un bien y que no existía autorización del titular del mismo (el Estado) para su extracción, entonces es claro que el vendedor del mineral ilegal y el comprador del mismo estarían sancionados penalmente. Por ello, tanto la venta como la adquisición de mineral ilegal estarían ya sancionados. Sobre este punto solo cabe hacer una atingencia: si se considera que una actividad ilícita es igualmente

de reprochable, tanto en la producción cómo el tráfico, correspondiendo por tanto una pena igual a ambas conductas (por ejemplo, el delito de tráfico ilícito de drogas), ¿sería razonable considerar que el productor tenga una sanción mucho mayor que el traficante? La respuesta es evidentemente negativa, lo que justificaría un incremento de pena.

En segundo lugar, los actos de tráfico no se agotan en la venta o la adquisición, existen otros actos de tráfico que no se encuentran cubiertos por la receptación. Es el caso del transporte de minerales ilegales, el cual —en la actualidad— podría ser considerado impune. Una interpretación extensiva consideraría que esta acción podría subsumirse en el elemento «ayudar a negociar»; sin embargo, dicha interpretación no es correcta, pues la ayuda en la negociación forma parte directa de esta actividad, pero el transporte —en sentido estricto— no tiene una cercanía directa con la negociación, sino que se puede considerar un acto previo a la misma.

Ambas razones nos llevan a considerar que es necesaria la creación de un tipo penal que sancione los actos de tráfico de minerales ilegales. Dicha acción requiere ser independizada del delito de receptación, pues este no abarca todas las formas de tráfico y prevé una pena que no se condice con el nivel de protección que se desea dar al medioambiente ni con la pena establecida para los actos de producción. De esta forma, la protección penal será más eficiente, pues se aborda el problema teniendo un objeto claro: la evitación de la circulación de mineral ilegal, que es el obtenido sin respetar el conjunto de costos ambientales asociados a la producción, para dar pase a la circulación del mineral legal. El problema pasa de ser la proscripción de una actividad ilícita, a ser la proscripción de la producción y circulación de mineral ilegal, asociándose estos procesos a la contaminación producida que se encuentra detrás de los mismos.

III. Las formas agravadas

A. La realización de la actividad en zonas prohibidas para la actividad minera

La actividad minera no puede ser realizada en cualquier lugar, existen zonas especialmente sensibles donde, como paso previo a la realización del acto minero, requieren de un estudio de compatibilidad. O puede ser que *per se* la actividad minera se encuentre prohibida al interior de aquellas. El más claro ejemplo es el de los parques nacionales, los cuales son zonas de uso indirecto y no permiten la realización de actividades mineras, sobre todo en zonas de protección estricta. El no uso de la zona tiene dos fundamentos: a) la necesidad de conservar *in situ* un sector determinado de la biodiversidad; y b) el gran impacto generado por la actividad minera en el ecosistema protegido.

La interdicción de la realización de actividades mineras ilegales en las Áreas Nacionales Protegidas (ANP) se encuentra ya sancionadas en la siguiente agravante. Ante ello, subsiste una duda: ¿cuáles son entonces las zonas donde la actividad minera se encuentra prohibida? La respuesta se centra en dos zonas esenciales: las zonas de amortiguamiento y las zonas reservadas.

Una zona reservada es un espacio geográfico determinado, el cual está sujeto a catalogación, pues se va a transformar en una ANP; sin embargo, no se tiene la certeza de cuál tipo de ANP será, por lo que se han de realizar estudios en esta área para efectuar dicha catalogación. Las zonas reservadas no llegan a ser consideradas como ANP, pero han de ser tratadas como tales. Una zona de amortiguamiento es el espacio geográfico que es cercano a una ANP y que es necesario para que sus ecosistemas puedan seguir existiendo con normalidad.

La realización de actividades mineras no es *per se* prohibida en cualquiera de esas zonas, sino que se encuentra sujeta a los mismos requisitos de un área de uso directo. Vale decir, para casos de actividades preexistentes se respetan los derechos previos, siempre y cuando los mismos sean compatibles con los fines de ambas zonas. En caso de actividades posteriores a la creación, estas se encuentran sujetas a un estudio de compatibilidad que es realizado por el Servicio Nacional de Administración de Áreas Naturales Protegidas, que verificará si la actividad minera es o no compatible con el uso de la zona.

No solo estas dos zonas son las posibles de considerar como lugares donde la actividad minera se encuentra prohibida. También lo serán todas aquellas zonas que, según lo determine la legislación, tengan una finalidad determinada, como es el caso de las zonas arqueológicas, las urbanizaciones, los terrenos que tienen un uso agrícola, entre otros. En estos casos, no existe una prohibición expresa de la actividad minera; sin embargo, al ser zonas que tienen usos determinados, existe una prohibición general de realizar actividades distintas al fin determinado.

B. En áreas naturales protegidas o en tierras de comunidades nativas, campesinas e indígenas

1. Las áreas naturales protegidas

Las áreas naturales protegidas tienen un único y claro fin: proteger la biodiversidad. Es posible que existan valores asociados que pretendan ser protegidos con ella; sin embargo, no puede concebirse su creación con un fin distinto (por ejemplo, la creación de una frontera viva o el combate contra una actividad ilícita). Para el cumplimiento correcto de este fin, el Estado delimita un espacio geográfico, el cual se dedicará exclusivamente al fin antes mencionado, y en algunos casos incluso se llegará a prohibir la realización de ciertas actividades (por ejemplo,

en parques nacionales)[9] o limitarla (estudio de compatibilidad para la realización de una determinada actividad económica)[10] y a imponer una carga sobre la propiedad preexistente a su creación[11].

Las ANP tienen una doble clasificación. La primera es la de las denominadas «áreas de uso indirecto», las cuales son aquellas que buscan promover la conservación de la biodiversidad en su estado más puro, sin que intervengan agentes externos como el hombre, permitiéndose las actividades de carácter científico. Dentro de estas se agrupan las siguientes categorías: los parques nacionales[12], los santuarios nacionales[13] y los santuarios históricos[14]. La segunda clase agrupa a las «áreas de uso directo», en las cuales se permite el uso directo del área natural para actividades humanas, como actividades extractivas, turísticas, entre otras. Podemos encontrar

9 El objeto de la protección penal de un ANP, sobretodo en áreas de uso indirecto y más aún en las zonas de protección estricta, puede proscribir la realización de todo tipo de actividad al interior de esta zona del ANP.

10 La realización de un tipo de actividad *per se* no se encuentra prohibida, sino tan solo se encuentra limitada a una serie de requisitos, de los cuales destaca el estudio de compatibilidad que se analiza en función de la naturaleza de la actividad, el plan maestro y la zonificación de la misma. Un ejemplo claro de esta actividad son los hidrocarburos, cuya extracción no es prohibida, sino que está sujeta a una serie de parámetros. Para un mayor detalle, véase Calle Valladares & Brehaut, 2007, pp. 18-34.

11 La propiedad preexistente a la creación de una ANP se limita en un solo punto: la transferencia, pues el propietario está obligado a dar al Estado la opción de compra del predio que desee vender para que este pueda ejercer su derecho de retracto. El Estado tendrá treinta días desde que el particular le comunica de su decisión de venta.
La constitución de una ANP es una limitación al derecho real de uso, la misma que es inscribible en los registros públicos. Lo inscribible es la carga de la utilización del predio, la cual no es la no afectación de los fines con los cuales fue creada la ANP.
Para un mayor detalle sobre la limitación a la propiedad en una ANP, aunque sobre la base de la experiencia comparada, véase Gonzáles Porras, 2006, pp. 255-258.

12 Artículo 22.a: «[…] áreas que constituyen muestras representativas de la diversidad natural del país y de sus grandes unidades ecológicas. En ellos se protege con carácter intangible la integridad ecológica de uno o más ecosistemas, las asociaciones de la flora y fauna silvestre y los procesos sucesionales y evolutivos, así como otras características, paisajísticas y culturales que resulten asociadas».

13 Artículo 22.b: «[…] áreas donde se protege con carácter intangible el hábitat de una especie o una comunidad de la flora y fauna, así como las formaciones naturales de interés científico y paisajístico».

14 Artículo 22.c: «[…] áreas que protegen con carácter de intangible espacios que contienen valores naturales relevantes y constituyen el entorno de sitios de especial significación nacional, por contener muestras del patrimonio monumental y arqueológico o por ser lugares donde se desarrollaron hechos sobresalientes de la historia del país».

a las siguientes categorías dentro de esta clasificación: reservas paisajísticas[15], refugios de vida silvestre[16], reservas nacionales[17], reservas comunales[18], bosques de protección[19] y cotos de caza[20/21].

Si bien toda ANP constituye una unidad, ello no significa que todo el espacio en su interior tenga un mismo uso. El ANP puede ser zonificada y a cada zona podría asignársele un uso distinto. De acuerdo al artículo 23 de la «Ley de áreas naturales protegidas», al interior de una ANP pueden converger todas las siguientes zonas: zonas de protección estricta[22], zonas silvestres[23], zonas de uso turístico

15 Artículo 22.d: «[…] áreas donde se protege ambientes cuya integridad geográfica muestra una armoniosa relación entre el hombre y la naturaleza, albergando importantes valores naturales, estéticos y culturales».

16 Artículo 22.e: «[…] áreas que requieren intervención activa con fines de manejo, para garantizar el mantenimiento de los hábitats, así como para satisfacer las necesidades particulares de determinadas especies, como sitios de reproducción y otros sitios críticos para recuperar o mantener las poblaciones de tales especies».

17 Artículo 22.f: «áreas destinadas a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de los recursos de flora y fauna silvestre, acuática o terrestre. En ellas se permite el aprovechamiento comercial de los recursos naturales bajo planes de manejo, aprobados, supervisados y controlados por la autoridad nacional competente».

18 Artículo 22.g: «[…] áreas destinadas a la conservación de la flora y fauna silvestre, en beneficio de las poblaciones rurales vecinas. El uso y comercialización de recursos se hará bajo planes de manejo, aprobados y supervisados por la autoridad y conducidos por los mismos beneficiarios. Pueden ser establecidas sobre suelos de capacidad de uso mayor agrícola, pecuario, forestal o de protección y sobre humedades».

19 Artículo 22.h: «[…] áreas que se establecen con el objeto de garantizar la protección de las cuencas altas o colectoras, las riberas de los ríos y de otros cursos de agua y en general, para proteger contra la erosión a las tierras frágiles que así lo requieran. En ellos se permite el uso de recursos y el desarrollo de aquellas actividades que no pongan en riesgo la cobertura vegetal del área».

20 Artículo 22.i: «[…] áreas destinadas al aprovechamiento de la fauna silvestre a través de la práctica regulada de la caza deportiva».

21 Las categorías antes señaladas se encuentran en la «Ley de áreas naturales protegidas» (ley 26834), específicamente en su artículo 22. Un análisis interesante, de cara a la clasificación propuesta por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, puede encontrarse en Pulgar-Vidal Otárola & Calle Valladares, 2010, pp. 89-92.

22 Artículo 23.a: «Zona de Protección Estricta (PE): Aquellos espacios donde los ecosistemas han sido poco o nada intervenidos, o incluyen lugares con especies o ecosistemas únicos, raros o frágiles, los que, para mantener sus valores, requieren estar libres de la influencia de factores ajenos a los procesos naturales mismos, debiendo mantenerse las características y calidad del ambiente original. En estas Zonas solo se permiten actividades propias del manejo del área y de monitoreo del ambiente, y excepcionalmente, la investigación científica».

23 Artículo 23.b: «Zona Silvestre (S): Zonas que han sufrido poca o nula intervención humana y en las que predomina el carácter silvestre; pero que son menos vulnerables que las áreas incluidas en la Zona de Protección Estricta. En estas zonas es posible, además de las actividades de administración

y recreativo[24], zonas de aprovechamiento directo[25], zonas de uso especial[26], zonas de recuperación[27] y zonas histórico-culturales[28].

Dada la especial relevancia de una ANP para la protección de la biodiversidad, es que las mismas gozan de una protección penal más intensa, lo que evidentemente justifica que una actividad de minería ilegal al interior de las mismas sea mucho más reprochable.

2. Tierras de comunidades campesinas, nativas e indígenas

El acto minero ilegal puede ser realizado en zonas de especial protección, las cuales no pertenecen al estado, sino a particulares con personería jurídica propia (comunidades campesinas y nativas). Al respecto, es necesario detallar que ha de interpretarse por dichos elementos normativos. El concepto de comunidad es un grupo humano asentado en un espacio geográfico determinado que tiene un nexo cultural común. Este concepto, al coincidir con el de asentamiento tradicional y originario en un lugar, forma la esencia de lo que es el género de pueblo indígena u

y control, la investigación científica, educación y la recreación sin infraestructura permanente ni vehículos motorizados».

24 Artículo 23.c: «Zona de Uso Turístico y Recreativo (T): Espacios que tienen rasgos paisajísticos atractivos para los visitantes y, que por su naturaleza, permiten un uso recreativo compatible con los objetivos del área. En estas zonas se permite el desarrollo de actividades educativas y de investigación, así como infraestructura de servicios necesarios para el acceso, estadía y disfrute de los visitantes, incluyendo rutas de acceso carrozables, albergues y uso de vehículos motorizados».

25 Artículo 23.d: «Zona de Aprovechamiento Directo (AD): Espacios previstos para llevar a cabo la utilización directa de flora o fauna silvestre, incluyendo la pesca, en las categorías de manejo que contemplan tales usos y según las condiciones especificadas para cada ANP. Se permiten actividades para la educación, investigación y recreación. Las Zonas de Aprovechamiento Directo solo podrán ser establecidas en áreas clasificadas como de uso directo, de acuerdo al Artículo 21 de la presente Ley».

26 Artículo 23.e: «Zona de uso Especial (UE): Espacios ocupados por asentamientos humanos preexistentes al establecimiento del Área Natural Protegida, o en los que por situaciones especiales, ocurre algún tipo de uso agrícola, pecuario, agrosilvopastoril u otras actividades que implican la transformación del ecosistema original».

27 Artículo24.f: «Zona de Recuperación (REC): Zona transitoria, aplicable a ámbitos que por causas naturales o intervención humana, han sufrido daños importantes y requieren un manejo especial para recuperar su calidad y estabilidad ambiental, y asignarle la zonificación que corresponde a su naturaleza».

28 Artículo24.g: «Zona Histórico-Cultural (HC): Define ámbitos que cuentan con valores históricos o arqueológicos importantes y cuyo manejo debe orientarse a su mantenimiento, integrándolos al entorno natural. Es posible implementar facilidades de interpretación para los visitantes y población local. Se promoverán en dichas áreas la investigación, actividades educativas y uso recreativo, en relación a sus valores culturales».

originario. Vale decir, todo aquel pueblo que —asentado en un lugar— pertenece a un grupo étnico determinado y comparte una cultura en común, la cual data desde hace mucho tiempo.

Estos pueblos preexisten a su calificación jurídica y tienen una connotación más sociológica que jurídica. Los mismos adquieren personería y, asociado a ella, derechos sobre ciertos bienes como la tierra que poseen, desde la Constitución de 1979, la cual reconoció la categoría de comunidades campesinas y nativas. Ambos adquirieron el estatus de personas jurídicas y por tanto se convirtieron en sujetos de derechos y deberes colectivos.

La distinción entre ambas categorías es el lugar del asentamiento, lo que también identificaría su relación con los procesos productivos. Las comunidades que se asentaron en los andes y ciertas zonas de la costa, se denominaron «comunidades campesinas». Las comunidades que se asentaron en la selva se han venido a denominar «comunidades nativas».

El tercer elemento, el de comunidades indígenas, no tiene una definición normativa exacta, pues la concreción normativa de las poblaciones indígenas son las comunidades campesinas y las nativas. No obstante, es posible considerar como comunidades indígenas a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario. Este grupo humano no tiene un lugar especial de asentamiento, por lo que en sentido estricto no posee un espacio geográfico que pueda considerarse propio. El estado reconoce su capacidad de autodeterminación y los protege del contacto no deseado, para lo cual crea reservas territoriales en las cuales estas poblaciones tienen su área de influencia. Dicho estatus es provisional, pues en el momento que decidan asentarse podrán convertirse en una comunidad nativa o campesina.

En cualquiera de los tres casos, un elemento central es el reconocimiento jurídico del estatus por parte del Estado, de forma previa a la realización de la actividad delictiva. En el caso de la comunidad campesina o comunidad nativa, deberá ser reconocida la personalidad jurídica de la comunidad y su territorio deberá estar geográficamente delimitado. En el caso de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, la acción solo se realizará si el acto minero ilegal tiene lugar en una reserva nacional creada antes de su realización, pues solo a partir de dicho acto administrativo existe el deber de respeto sobre este espacio geográfico.

C. Utilizando dragas, artefactos u otros similares

La draga es una máquina que succiona materiales de los lechos de un río, los cuales son la base para la extracción del mineral contenido en ellos. La definición de qué artefactos son los que se refiere la presente norma puede ser encontrada en el DLeg. 1100, el cual señala —en su artículo 5.1— que son:

- Las unidades móviles o portátiles que succionan materiales de los lechos de ríos, lagos y cursos de agua con fines de extracción de oro u otros minerales.
- Draga hidráulica, dragas de succión, balsa gringo, balsa castillo, balsa draga, tracas y carancheras.
- Otros que cuentan con bomba de succión de cualquier dimensión y que tengan o no incorporada una zaranda o canaleta.
- Cualquier otro artefacto que ocasione efecto o daño similar.

Es evidente que esta agravante tiene un sector de la minería al cual va dirigido exclusivamente: la minería aluvial. En el caso de la minería de socavón o de tajo abierto, no son requeridas las dragas para su actividad, pues el mineral se extrae de vetas. En el caso de la minería aluvial, el mineral se extrae de los ríos o cualquier otro cuerpo de agua que contenga acumulación de estos recursos naturales. Para hacer una extracción mucho más grande, se utilizan estos artefactos, los cuales aumentan la capacidad de producción del minero ilegal, de la mano que causan un daño ambiental mucho mayor.

D. Utilización de instrumentos u objetos capaces de poner en peligro la vida, la salud o el patrimonio de las personas

En la presente agravante se sanciona el uso de instrumentos altamente peligrosos. Sobre estos, no existe una definición taxativa, dando un amplio margen al juzgador para subsumir dentro de esta agravante a todo objeto u instrumento peligroso. Cabe señalar que dicha interpretación tiene un límite muy adecuado: que el instrumento sea susceptible de poner en peligro la vida, la salud, u el patrimonio de las personas.

Esta es una conducta de peligro, dado que no es necesario que el instrumento utilizado haya causado un daño, sino que basta la potencialidad del mismo para configurar la acción delictiva.

Un supuesto sumamente interesante podría ser la utilización de explosivos no autorizados por parte del minero ilegal, como es el caso de la dinamita. En este caso, podría considerarse que la acción solo debería ser subsumida dentro del delito de minería ilegal agravada, mas no configuraría otro delito. Desde nuestra perspectiva, esto no es preciso, dado que la persona habría configurado con su acción un doble delito: el delito de tenencia de materiales explosivos, que se justifica por el almacenamiento de dinamita sin contar con la autorización correspondiente; y el delito de minería ilegal agravada, siempre y cuando el acto minero no autorizado se hubiere concretado o podido concretar en un daño ambiental, para lo cual se hubiera utilizado dicha dinamita.

E. Si se afectan sistemas de irrigación o aguas destinadas al consumo humano

La minería necesariamente requiere de agua para poder realizar sus procesos productivos. Existe en torno al agua utilizada un procedimiento para tratarla. En el caso de la minería ilegal, por lo general, el minero ilegal no realiza el tratamiento de las aguas que utiliza, lo cual evidentemente puede causar un daño al medioambiente en función del tipo de procedimiento utilizado.

El uso de las aguas, al interior del territorio nacional, precisa de la autorización de la Autoridad Nacional del Agua (ANA), la misma que es la entidad estatal con capacidad de disposición en torno a ella. No toda agua se encuentra destinada al consumo humano, aunque pueda ser apta para tal, sino solo un grupo específico de aguas es el que se dedica al mismo.

La presente agravante también comprende la afectación de sistemas de irrigación como consecuencia del acto de minería ilegal. Para ambos supuestos, será necesario acreditar que el minero ilegal conocía que el vertimiento que realizaba iba a recaer en un cuerpo de agua que tuviera cualquiera de los dos mencionados usos. No bastará que una población de un uso determinado a un cuerpo de agua, sino que dicho uso deberá corresponder con la categorización realizada por el ANA.

En ambos casos, tanto en lo referente a sistemas de irrigación, como a las aguas destinadas al consumo humano, se requiere una afectación real. La norma no precisa que se ha de entender por una afectación real; sin embargo, sobre la base de una interpretación sistemática que parta sobre el esquema del delito de contaminación ambiental, debe considerarse que una afectación es la superación de un límite máximo permisible, o la superación del estándar de calidad ambiental del cuerpo de agua. Al realizar estas acciones, deberá comprobarse que el cuerpo de agua posee un cuerpo, sobretodo metálico, en proporciones que impidan que las mismas puedan seguir prestando el uso para el que habían sido destinadas.

F. Aprovechamiento de la condición de funcionario público o servidor público

El funcionario público es aquella persona que ha sido dotada por el Estado de la administración de un sector del poder; mientras que el servidor público es aquel que realiza actividades destinadas a apoyar el correcto ejercicio de la función pública. Ambos, en su respetivo sector, tienen una capacidad de decisión sobre el funcionamiento de la actividad estatal, lo que los sitúa en una situación de especial ventaja sobre el ciudadano normal.

Por ello, en el caso de un funcionario o un servidor, la infracción de sus deberes administrativos, que conlleve a un reproche penal, es mayor, dado que no solo tienen un deber negativo, sino que claramente también tienen un deber institucional. Por ende, este reproche implicará una mayor sanción penal.

Es necesario distinguir que se sanciona al aprovechamiento del cargo y no la realización del acto de minería ilegal en el ejercicio de un cargo. En el primer caso, la conducta requiere que la persona se haya valido del cargo, de cualquier manera, aprovechándose del mismo para poder realizar el acto de minería ilegal. Por ejemplo, es el caso de aquel funcionario de un gobierno regional que evita las fiscalizaciones ambientales en una determinada área donde operan mineros ilegales que él dirige. En el segundo caso, no es necesario que el funcionario o servidor usen su cargo, sino por el solo hecho de tener dicha condición y realizar la conducta ya son sancionados de forma agravada. Este último supuesto no ha sido previsto en nuestra norma. Un ejemplo de ello es el caso de aquel servidor judicial que por las mañanas trabaja para el Estado y por las tardes, en sus ratos libres, se dedica a la minería ilegal.

G. Empleo de menores o inimputables para la comisión de este ilícito

Finalmente, la última agravante es que se utilice a menores o inimputables para la comisión del delito. No existe mayor dificultad en comprender que un menor es aquella persona que es menor de 18 años de edad, dado que en el artículo 20, inciso 2, del CP, exime de responsabilidad al menor de 18 años. Con ello, se cierra un posible debate, proveniente del derecho civil, en relación a aquellas personas que son menores de 18 años, pero que ya son capaces civiles.

En lo referente al inimputable, la definición del mismo se encuentra en el artículo 20, inciso 1, del CP. Según esta norma, un inimputable es quien tuviere una anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o sufriera alteraciones de la percepción, los cuales afecten su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictivo de su acción o no pueda determinarse según esta comprensión.

IV. Delitos conexos

De forma conexa a la proscripción de los actos de minería no autorizados, se crearon tipos penales destinados a evitar la producción del mineral en cualquiera de sus fases, tales como: a) el financiamiento de la minería ilegal, destinado a proveer de fondos al minero ilegal para la realización de su actividad; b) la obstaculización de la fiscalización administrativa, destinada a reforzar la actividad de fiscalización que permita descubrir casos de minería ilegal; y c) el tráfico de insumos químicos y de maquinaria destinados a la minería ilegal, que busca que el acto minero sea más difícil de ser realizado ante la falta de estos elementos necesarios para esta actividad.

A. El financiamiento de la minería ilegal

La acción típica consiste en proveer de recursos económicos a aquella persona que va a realizar una actividad de minería ilegal. El financiamiento no debe ser entendido, exclusivamente, como el otorgamiento de dinero hacia quien realiza la actividad ilegal. Por el contrario, es posible considerar que cualquier aporte de activos para la realización del acto de minería ilegal podría ser considerado una especie de financiamiento. Por ejemplo, la entrega de maquinarias para la actividad minera, la entrega de insumos químicos para la separación del mineral, la entrega de herramientas menores para la extracción, entre otros supuestos de entrega de activos a favor del minero ilegal.

Un supuesto que vale la pena mencionar es el del caso de aquella persona que compra un mineral ilegal. ¿Podría considerarse que su acción constituye un acto de financiamiento de la minería ilegal? Al respecto, es posible considerar que el comprador es un financiador, en la medida que es con su dinero que se posibilitará la comisión de una actividad que afecte al medioambiente. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, ello no es posible porque la financiación es un acto previo con un objetivo determinado: procurar la obtención de un mineral ilegal. El comprador participa en un momento posterior a la realización del acto de minería ilegal; pues, cuando adquiere el mineral, el proceso productivo se encuentra ya realizado, por lo que no cabría un financiamiento cuando el delito ya se encuentra consumado. En todo caso, si se desea sancionar al comprador, podría proscribirse directamente la compra de minerales ilegales o el tráfico de los mismos, tal cómo hemos propuesto en la primera parte.

B. La obstaculización de la autoridad administrativa

La autoridad administrativa tiene el deber de evaluar, controlar o fiscalizar las actividades mineras realizadas en el territorio nacional. En materia de formalización de minería ilegal, la entidad competente para realizar estas acciones es la Dirección Regional de Energía y Minas de cada región, salvo para el caso de Madre de Dios, la cual tiene un tratamiento diferenciado para esta materia.

La acción básicamente consiste en el impedimento de las acciones antes descritas por parte de una o más personas. De cara al objeto de protección del título de este delito (delitos ambientales), nos encontramos frente a un delito de peligro, dado que el solo impedimento de que la autoridad realice la acción de control es el que configura la acción típica, sin que sea necesario comprobar que los administrados estaban realizando un acto de minería ilegal que afectara —o pudiera afectar— al medioambiente. De ahí que la sanción por esta acción

sea especialmente elevada, pues no es cualquier desobediencia la sancionada, sino será aquella que se presume hecha para ocultar una acción contaminante.

C. El tráfico de insumos y maquinarias para la minería ilegal

Finalmente, la norma reseñada prevé un último tipo penal, el cual fuera modificado por el DLeg. 1107. Nos referimos al tráfico de insumos químicos y de maquinaria destinados para la minería ilegal.

En la primera modalidad, la conducta típica es la adquisición, venta, distribución, comercialización, transporte, importación, posesión o almacenamiento de insumos químicos. El primer elemento normativo es la infracción de leyes o reglamentos sobre las conductas antes descritas que regulan a los insumos químicos. Cómo es conocido, son muchos los insumos químicos que pueden ser utilizados en los procesos de minería; sin embargo, no necesariamente se encuentra reglamentada la realización de cualquiera de las ocho conductas antes descritas. Por ende, ante la inexistencia de reglamento de la materia, existirían insumos químicos que pueden ser destinados a la minería; pero, si una de las ocho conductas descritas no se encuentra regulada, entonces la persona que la cometa no realizará una acción típica de tráfico de insumos químicos.

Desde nuestro punto de vista, esta redacción debería variar sustancialmente, dejando de lado la necesidad de que se regule previamente, en una ley o reglamento, la realización de cualquiera de una de las ocho conductas sobre un insumo químico determinado. De esta forma, se ampliaría el espectro de conductas sancionadas y se estaría emitiendo una norma más eficaz de proscripción de elementos necesarios para la minería ilegal.

Si bien no se señala cuáles son los insumos químicos que han de ser proscritos, sí se puede entender que serán aquellos que se encuentran en relación directa con la realización del acto de minería. No obstante, a este elemento debe agregarse que se tratará solo de aquellos cuya adquisición, venta, distribución, comercialización, transporte, importación, posesión o almacenamiento se encuentren regulados.

Asimismo, esta modalidad —que es eminentemente dolosa— prevé un elemento subjetivo de trascendencia interna: el propósito del autor de que la acción sobre el insumo químico tenga como destino la minería ilegal.

En la segunda modalidad, la conducta típica es la adquisición, venta, arrendamiento, transferencia o cesión en uso —de cualquier título—, distribución, comercialización, transporte, importación, posesión o almacenamiento de maquinarias, las cuales tiene que tener como finalidad el servir para la realización de una actividad propia de la minería.

V. Conclusión

El delito de minería ilegal, así como sus delitos conexos, forman parte de una estrategia de lucha frontal y desde distintos sectores en contra de la minería ilegal. Su énfasis principal es la sanción de las actividades ilícitas de minería sin contar con la autorización ambiental. Sin embargo, no se debe perder de vista que el objetivo final de estas medidas no es otro que la protección penal del medioambiente.

Tal cómo se puede apreciar, la actual normativa solo sanciona a un sector de la cadena del tráfico ilegal de minerales ilegales (al productor); mas no sanciona, o en algunos casos no lo hace suficientemente, al otro gran sector que es aquel que trafica y que compra los minerales ilegales. El mineral ilegal tiene tras de sí una grave carga ambiental que es trasladada hacia todas las personas. Por ende, para dar una protección integral al medioambiente, no solo se debería prohibir la realización de las actividades de producción de la minería ilegal, sino que debería atarse a la cadena completa de circulación del mineral ilegal. En buena cuenta, a los productores (cuya conducta ya está prevista) y los traficantes.